

**Colección Estándares del Sistema
Interamericano de Derechos Humanos:**
miradas complementarias desde la academia

5

**LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES
Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Eduardo Ferrer Mac-Gregor



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Comisión Nacional de los Derechos Humanos



LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Colección Estándares del Sistema Interamericano
de Derechos Humanos: miradas complementarias
desde la academia, Núm. 5

COORDINACIÓN EDITORIAL

IJJ-UNAM

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

CENADEH-CNDH

Lic. Miguel Ángel Ortiz Buendía
Director de Publicaciones

Eugenio Hurtado Márquez
Director Editorial

Isidro Saucedo
Cuidado de la edición

Jose Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Jose Antonio Bautista Sánchez
Diseño de interiores

Aramxa Guillén Sánchez
Diseño y elaboración del forro

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

LA JUSTICIABILIDAD
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES
Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
México, 2017

Esta colección es el resultado del proyecto editorial del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



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

Primera edición: de septiembre de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

DR © 2017. Comisión Nacional de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469, Col. San Jerónimo Lídice
Delegación Magdalena Contreras, 10200 Ciudad de México

Impreso y hecho en México
ISBN: 978-607-729-350-7 (Obra completa)
ISBN: 978-607-729-355-2 (Cuaderno núm. 5)



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretario Académico

Francisco Ibarra Palafox

Secretario Técnico

Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Alberto Manuel Athié Gallo

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	XIII
INTRODUCCIÓN	1
I. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN LOS SISTEMAS UNIVERSAL, EUROPEO Y AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS	11
1. Sistema Universal de Derechos Humanos	11
A. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones Generales	17
B. El Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ..	24
2. Sistema Europeo de Derechos Humanos	34
A. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	34
B. Comité Europeo de Derechos Sociales	39
3. Sistema Africano de Derechos Humanos	42
II. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	53
1. La Protección de los DESCAs en el Sistema Interamericano: el artículo 26 de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador	53
A. Una visión general del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	53
B. Desarrollo histórico de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	59

2. La protección indirecta de los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . .	67
A. La protección indirecta por conexidad de los DESCAs: los principios de interdependencia e indivisibilidad . . .	67
B. Los DESCAs protegidos de manera indirecta por conexidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana	75
B.1. Derecho a la salud (artículo 10 del Protocolo de San Salvador)	76
B.2. Derecho a la Seguridad Social-Pensiones (artículo 9 del Protocolo de San Salvador) . . .	105
B.3. Derecho a la Educación (artículo 13 del Protocolo de San Salvador)	110
B.4. Derechos Sindicales (artículo 8 del Protocolo de San Salvador)	115
B.5. Derecho al Trabajo y Condiciones Justas y Satisfactorias de Trabajo (artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador)	119
B.6. Derecho al Medio Ambiente Sano (artículo 11 del Protocolo de San Salvador)	127
B.7. Derecho a la Alimentación (artículo 12 del Protocolo de San Salvador)	134
B.8. Derecho a los Beneficios de la Cultura (artículo 14 del Protocolo de San Salvador)	136
B.9. Derecho a la Vivienda ¿un derecho ausente?	144
III. OBSTÁCULOS Y VÍAS INTERPRETATIVAS PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	149
Crónica de un debate abierto: el artículo 26 de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador	149

1. Debates doctrinales en torno a la justiciabilidad de los DESCAs en el Sistema Interamericano	150
2. Debates jurisprudenciales en torno a la justiciabilidad de los DESCAs en el Sistema Interamericano	163
A. El alcance del artículo 126 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	165
B. Establecimiento de los DESCAs mediante una enmienda y no en un Protocolo Adicional a la Convención Americana.	172
C. La alegada incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	175
D. La interpretación literal, sistemática y teleológica vs. la interpretación evolutiva	183
E. La alegada imposibilidad de la aplicación del principio <i>pro persona</i> en materia de DESCAs. . .	189
F. La alegada imposibilidad de utilizar el derecho comparado	194
G. Abonando al debate: la aplicación del principio <i>iura novit curia</i> en materia de DESCAs.	195
 IV. NUEVAS APROXIMACIONES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	 203
1. La Comisión Interamericana y los DESCAs	203
A. La Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) . . .	203
B. La Unidad Especial sobre los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores	205
2. Pobreza, DESCAs y discriminación múltiple interseccional	206

3. Los sindicatos como sujetos de derechos en el Sistema Interamericano: ¿la justiciabilidad del derecho de asociación?	214
4. La justiciabilidad de los DESCAs de los pueblos indígenas y tribales	223
CONCLUSIÓN: HACIA LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	227
ANEXOS	235
Anexo 1: Concordancia de los DESCAs en los instrumentos de los sistemas de derechos humanos	235
Anexo 2: DESCAs protegidos vía indirecta mediante las disposiciones de la CADH	236
Anexo 3: Casos relacionados con los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte IDH	237

PRESENTACIÓN

En la actualidad es indiscutible que, en la protección de los derechos humanos, no basta con hacer referencia a tratados internacionales en la materia. Por suerte, cada vez se acude con mayor intensidad al uso de jurisprudencia producida por organismos internacionales como una fuente adicional para fundamentar dicha protección. De esta forma, la jurisprudencia ha adquirido un nuevo papel en el sistema de fuentes a nivel nacional e internacional.

La producción de jurisprudencia es resultado de la labor de las y los jueces que, desde los pronunciamientos que hacen en los casos que se someten a su conocimiento, interpretan los instrumentos internacionales (tratados, convenciones y otras fuentes del derecho internacional), aportando una gran variedad de criterios para la mejor protección de la dignidad, la igualdad y los derechos humanos.

La existencia de una serie de principios y valores universales, así como de marcos jurídicos de naturaleza similar, ha permitido que la jurisprudencia que se genere en un ámbito regional o en un contexto nacional, sea retomada por otros tribunales. A esta dinámica o proceso de intercambio, que ha sido denominada de múltiples maneras, se le conoce como diálogo jurisprudencial. Como sostiene Irene Spigno, con independencia de los matices que hay entre las diferentes expresiones de este fenómeno, el mismo consiste

en la ampliación, explícita –es decir mediante una referencia textual a decisiones o técnicas argumentativas de otro juez perteneciente a un ordenamiento jurídico diverso– e implícita,

PRESENTACIÓN

del espectro de parámetros interpretativos y argumentativos a los cuales el juez recurre en el procedimiento de asignación de significado a un cierto enunciado normativo, de ponderación y de argumentación de las decisiones.¹

Uno de los espacios en los cuales se produce una amplia jurisprudencia es en los sistemas regionales de protección (el interamericano, el europeo y el africano). La revisión de casos resueltos en estos sistemas permite constatar que la producción y uso de jurisprudencia ha permitido el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales, siendo ésta una de las razones de su relevancia.

Ahora bien, reconocer el valor de la jurisprudencia no supone pasar por alto la complejidad de retomarla, principalmente en función de los múltiples tribunales que la producen y de que en muchos casos no la sistematizan, lo que vuelve necesaria su búsqueda caso por caso. Frente a este escenario, se consideró útil impulsar una iniciativa de sistematización de jurisprudencia de organismos regionales y tribunales nacionales.

La Colección *Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, en tanto iniciativa del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), pone el énfasis en la sistematización, de manera especial pero no exclusiva, de la jurisprudencia producida por dicho sistema regional.

¹ Spigno, Irene, “El diálogo entre Europa y América Latina. El estudio comparado de los casos líderes de la Corte IDH y el Tribunal EDH”, Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (Directores), *Estudios de casos, líderes interamericanos y europeos*, Vol. I. Libertad religiosa/ Libertad de expresión/ Derechos económicos, sociales y culturales/ Derechos de las personas desaparecidas, 2016, México, Tirant lo Blanch, p. 6.

PRESENTACIÓN

Sin desconocer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene su propia Colección de Jurisprudencia,² además de Boletines Jurisprudenciales,³ en un ánimo de no duplicar, se pensó en desarrollar otra iniciativa editorial que fuera complementaria.

Que la Colección se desarrolle desde la academia, permitió incluir otros elementos que hacen de este proyecto un verdadero aporte en la sistematización de la jurisprudencia, tales como incorporar los estándares de la Comisión Interamericana y de otros sistemas de protección, e incluso jurisprudencia de Tribunales Constitucionales; análisis y problematización de la producción jurisprudencial; poner énfasis en la visión pragmática, es decir, abordar cómo podría darse la implementación práctica de los estándares, además de una evaluación de los retos por venir y, de esa forma, los temas pendientes en el Sistema Interamericano.

Es importante poner énfasis en que –sin desconocer el valor de la jurisprudencia, y en ese sentido, de los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es indiscutible– las decisiones de la Comisión Interamericana también se consideran un referente obligado para la protección de los derechos humanos en sede nacional. Por esa razón, la Colección ha puesto énfasis en considerar, también, a este tipo de decisiones.

La Colección incluye siete Cuadernos, cada uno sobre un tema diferente, los cuales fueron seleccionados a partir de la revisión de las decisiones recientes de los dos órganos que for-

² Véase *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Consúltese en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/publicaciones>

³ Para consultarlos acceder a <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/publicaciones>

PRESENTACIÓN

man parte el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de su relevancia para el escenario mexicano.

Queremos agradecer de manera especial a las personas que participaron en la escritura de los cuadernos que integran esta colección, reconociendo que su calidad de especialistas en los temas que abordaron garantiza un análisis exhaustivo, a profundidad y con alto rigor académico.

La Colección es una iniciativa del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a través del Centro Nacional de Derechos Humanos.

Esperamos que esta Colección sea una herramienta a nivel nacional para que las decisiones judiciales, administrativas y de política pública en todos los órdenes de gobierno, estén permeadas por los estándares internacionales que en materia de derechos humanos se han desarrollado, coadyuvando en la garantía plena de estos derechos.

Dr. Pedro Salazar Ugarte
Director IJJ-UNAM

Lic. Luis Raúl González Pérez
Presidente de la CNDH

INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo la garantía jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales¹ –y ahora ambientales– (en adelante “los DESCAs” o “los derechos sociales”), se ha convertido en un tema recurrente en la discusión académica y judicial. Las posiciones van desde aquellas que consideran que los DESCAs son normas programáticas y no tienen cabida en un tribunal, hasta las que estiman que la solución a todos los conflictos sociales debe quedar en manos de los jueces. Incluso, se han propuesto vías alternativas para su justiciabilidad, como sucede con las visiones dialógicas.²

Lo cierto es que los derechos sociales no son los únicos que tienen, en su contenido, “acciones de hacer” o “acciones positivas”. Los derechos civiles y políticos, al igual que los derechos sociales, también contienen, en cierta cantidad, acciones

¹ En la tradición constitucional se habla de los “derechos sociales” y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión de los “derechos económicos, sociales y culturales” e inclusive “derechos ambientales”. Para efectos de este trabajo se emplearán indistintamente estas expresiones, siguiendo a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64.

² Cfr., entre otros, Gargarella, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, pp. 279-294; Alterio, Micaela y Niembro Ortega, Roberto, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional: el caso vacantes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp. 353-377. Sobre un método alternativo véase Pelayo Möller, Carlos María, “El ‘mínimo vital’ como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Methodos*, México, núm. 3, 2012, pp. 31-51.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

de hacer o positivas, para su realización y los derechos sociales a su vez contienen acciones de no hacer o negativas que por mucho tiempo se relacionaron únicamente con los derechos civiles.³ Por otro lado, los justiciables, en reiteradas ocasiones, argumentan que los derechos sociales resultan demasiado ambiguos para poder determinar el núcleo del derecho. Esta supuesta falta de determinación de la conducta debida o falta de especificación concreta del contenido, no sólo aplica a los derechos sociales. En efecto, en el inicio de la protección de los derechos fundamentales, se tuvo que partir de cero para poder definir el contenido de la libertad de expresión, de la propiedad, de los alcances de la igualdad, etcétera, por lo tanto, la determinación del contenido de los derechos sociales, como cualquier otro derecho, dependerá en buena medida del caso en concreto, de las circunstancias y atendiendo a las particularidades del asunto.⁴

En la mayoría de los casos, las reticencias para hacer justiciables estos derechos tienen raíces políticas e ideológicas, muchas veces basadas en una mal entendida concepción democrática,⁵ ya que jurídicamente nada impide que los tribunales conozcan de sus incumplimientos. Afortunadamente, los mitos que durante mucho tiempo acompañaron la justiciabilidad de los DESCA se han venido desvaneciendo.⁶ Así, la posibilidad de someter a

³ Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Carbonell, Miguel et al. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa, 2004, p. 139.

⁴ Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 18 y 19.

⁵ Sobre este punto véase Gargarella, Roberto, “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, núm. 28, 2006, pp. 29-30.

⁶ Cfr., entre otros, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit.; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007; Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, México, Porrúa-IMDPC, 2012; Rey Martínez, Fernando, *La dignidad humana en serio*, Méxi-

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

consideración de un tribunal la violación de estos derechos va ganando terreno en la práctica gracias al debate que se ha dado en sede doctrinal. El debate, sin embargo, sigue abierto.

En el caso del Sistema Universal y de los Sistemas Regionales de Derechos Humanos (Europeo y Africano), sus instrumentos han permitido, en cierto modo, la justiciabilidad de los DESCAs. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos se cuenta con la Carta Social Europea (1961),⁷ los Protocolos Adicionales de 1988 y 1995 a dicha Carta y algunos medios interpretativos derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); el Sistema Africano de Derechos Humanos contempla la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1986,⁸ la cual incluye en un solo texto los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo que respecta al Sistema de Naciones Unidas, la entrada en vigor en 2013 del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ha materializado la justiciabilidad directa de los derechos sociales en la sede de Naciones Unidas. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “el Sistema Interamericano” o “el SIDH”), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la CADH”, “la Convención Americana” o “el Pacto de San José”) contiene en el artículo 26, una cláusula de progresividad de derechos en materia de DESCAs y se contempla el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y

co, Porrúa-IMDPC, 2013, pp. 13 y ss.; Carbonell, Miguel, *Derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH, 2005, pp. 782 y ss.

⁷ En el caso de la Carta Social Europea ésta garantiza, entre otros derechos, el derecho al trabajo (artículo 1), condiciones equitativas de trabajo (artículo 2), seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3), remuneración equitativa (artículo 4), derechos sindicales (artículo 5), derecho a la formación profesional (artículo 10), protección de la salud (artículo 11), derecho a la seguridad social (artículo 12).

⁸ En lo que respecta a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ésta protege el derecho a la salud y a la asistencia médica (artículo 16), el derecho a la educación (artículo 17), el derecho a participar en la vida cultural (artículo 17), el derecho sobre los recursos naturales (artículo 21) y el derecho al desarrollo económico, social y cultural (artículo 22).

Culturales o “Protocolo de San Salvador “ (1988) y de manera más reciente la Carta Social Interamericana (2012).

La discusión sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs ha tenido lugar también a nivel interamericano, aunque con sus propias especificidades. Como veremos más adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) ha abordado los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de manera indirecta bajo el ropaje de los derechos civiles y políticos.⁹ Las razones para ello son de diversa índole, las que analizaremos y discutiremos en este trabajo. En términos normativos se reducen a la posibilidad y conveniencia o no de exigir jurisdiccionalmente el cumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana, así como en determinar qué derechos derivan de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la Carta de la OEA”), conforme con el mismo numeral.

Como regla general la Corte IDH se ha pronunciado sobre algunas dimensiones de diversos derechos sociales con base en su interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos. Así, en algunos casos lo ha hecho en conexión con los derechos a la vida o integridad personal;¹⁰ en otros dentro

⁹ Lo anterior ha llevado a algunos autores de considerar “la práctica inexistencia de derechos económicos sociales y culturales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos”: Santolaya Marchetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio M., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 273 y ss.

¹⁰ Con independencia de referencias precisas en medidas provisionales y en opiniones consultivas, resultan relevantes las siguientes sentencias: *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246; *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214; *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, y *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

del concepto de “vida digna”.¹¹ bajo los principios de igualdad y no discriminación o bien mediante el debido proceso y las garantías judiciales, etcétera. Por su parte, en muy pocos casos ha entrado al análisis sobre los alcances del artículo 26 de la Convención Americana, limitándose en general a interpretar ciertas porciones normativas de dicho dispositivo convencional en relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En ningún caso ha declarado de manera directa y autónoma la violación de dicho precepto.¹²

Algunos ejemplos en los últimos años han abierto debates para la reflexión. En el *Caso Suárez Peralta* de mayo de 2013,¹³ la Corte IDH declaró responsable internacionalmente a Ecuador por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, así como al deber de garantía del derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1, todos en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José. Y en el *Caso Gonzales Lluy* de septiembre de 2015, la Corte Interamericana declaró violado los derechos a la vida y a la integridad personal de la víctima por haber sido infectada con VIH/SIDA en un banco privado de sangre. En ambos asuntos, el Tribunal

¹¹ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

¹² Las referencias al artículo 26 de la Convención Americana y su análisis específico por la Corte IDH se han realizado en muy pocas ocasiones, especialmente en los siguientes casos: *Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párrs. 99-103; *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130, párr. 185; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 163. y *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 147-148. En el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, el Estado se allanó a su responsabilidad por la violación del artículo 26, pero la Corte sólo involucró dicho artículo en su narrativa sobre la violación del derecho a la vida.

¹³ Cfr. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

Interamericano pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que dichos casos llegaran al Sistema Interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional, que fueron las implicaciones al “derecho a la salud” por una mala praxis médica y por el contagio de VIH/SIDA, respectivamente, que en ambos casos habían generado una afectación grave a la salud de una mujer y una niña, que habían sido víctimas de los casos señalados con anterioridad lo que provocó padecimientos en detrimento de su dignidad humana.

Por las razones que se explicarán más adelante, estas situaciones pudieron haberse considerado de manera explícita, para que se abordara la cuestión con plenitud; y se estudiaran las implicaciones que los derechos sociales de manera autónoma tienen en cada uno de los casos que ha tenido la oportunidad de conocer el Tribunal Interamericano. Lo anterior, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre los derechos sociales y entendiendo la justiciabilidad directa como posible –y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles–; lo que hubiera derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el artículo 1.1 del Pacto de San José.

En efecto, las obligaciones generales de “respeto” y “garantía” que prevé el mencionado precepto convencional –conjuntamente con la obligación de “adecuación” del artículo 2 de la propia Convención Americana– aplican a *todos los derechos*, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad existente entre *todos los derechos humanos* reconocidos en el Pacto de San José; esta “interdependencia e indivisibilidad” fue expresamente reconocida con particular intensidad respecto al derecho a la salud en el *Caso Suárez Peralta*, y reiterado en el *Caso Gonzales*

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Lluy;¹⁴ lo que implica una serie de consecuencias trascendentales, entre las que se encuentra el aceptar que los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí, pudiendo ser justiciables de manera directa, tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; cuestión que ha sido motivo de interesantes debates posteriores que se analizarán en el presente trabajo.

A nuestro entender, la competencia de la Corte IDH para conocer de los DESCAs se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas que repasaremos más adelante, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances a los derechos sociales –como lo ha hecho la Corte IDH respecto de los derechos civiles y políticos–,¹⁵ como

¹⁴ Véase el párr. 131 de la Sentencia del *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, que textualmente señala que: “la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”; lo anterior, siguiendo el precedente del Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101.

¹⁵ Por ejemplo, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 153, se estableció: “El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar”.

lo son el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social de las Américas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumento¹⁶ y fuentes internacionales¹⁷ –incluso nacionales vía el artículo 29.b¹⁸ de

Otro ejemplo es el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrs. 147-148, este último señala: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”.

De igual forma, en el *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 121, la Corte IDH estableció que: “María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección... [por lo que] las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

¹⁶ Por ejemplo, el artículo 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias. En general, véanse los instrumentos que se mencionan en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, párr. 2.

¹⁷ Como pueden ser las recomendaciones y observaciones generales de distintos Comités. Especialmente resultan relevantes, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así como los Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señalan en su párrafo 25: “Se obliga a los Estados Partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”. Asimismo, también resulta de interés los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012.

¹⁸ Convención Americana: “Artículo 29 b. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que puedan estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes”.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

la Convención Americana—. ¹⁹ Lo anterior sin que sea obstáculo el artículo 19.6²⁰ del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad, como veremos más adelante.

Evidentemente, esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos; sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado. De hecho, tal como señaló la Corte IDH en el caso *Acevedo Buendía* de 2009, pueden surgir casos donde el control judicial se concentre en alegadas medidas regresivas o en indebido manejo de los recursos disponibles (es decir, control judicial respecto al avance progresivo).

Además, esta exigencia argumentativa requiere una visión e interpretación evolutiva, acorde con los tiempos actuales, lo que exige considerar los avances del derecho comparado —especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Esta-

¹⁹ Conviene tener presente que la Corte IDH, ha utilizado los contenidos de las Constituciones nacionales para otorgar distintos alcances a los derechos civiles, por ejemplo “en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia” (derechos fundamentales de los niños). *Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra*, párr. 153.

²⁰ Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Artículo 19. *Medios de Protección*. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

dos Partes, incluso de la tendencia en otros países del mundo—; así como una interpretación que analice el *corpus juris* interamericano en su conjunto, particularmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

A continuación, se iniciará con una breve exposición de la temática en los sistemas de protección de derechos humanos en general (universal, europeo y africano), con la finalidad de brindar una perspectiva panorámica y actual destacando los avances que se han materializado sobre la materia (capítulo 1). Posteriormente se abordarán los desarrollos y la problemática en la protección de los DESCAs en el ámbito interamericano (capítulo 2). Luego se advertirán los principales obstáculos, debates y vías interpretativas que estimamos posibles para su justiciabilidad directa (capítulo 3). Al final se expondrán algunas de las nuevas aproximaciones sobre la temática en el Sistema Interamericano y particularmente en la jurisprudencia de la Corte IDH (capítulo 4), arribando a unas breves conclusiones generales.

I. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN LOS SISTEMAS UNIVERSAL, EUROPEO Y AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Sistema Universal de Derechos Humanos

En la actualidad, los diversos sistemas de protección de derechos humanos contemplan instrumentos que consagran derechos económicos, sociales, culturales y, ahora, ambientales. En muy pocos casos, sin embargo, los organismos y tribunales regionales han hecho efectivos estos derechos de manera autónoma y directa (justiciabilidad directa). En el caso del Sistema Universal, después de la Segunda Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”) inició los trabajos correspondientes que culminarían,²¹ en 1966, con la adopción, por la Asamblea General, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), entrando ambos pactos en vigor en 1966.

Cabe destacar que la intención de la Asamblea General –y así fue trasladada a la entonces Comisión de Derechos Huma-

²¹ También se tiene en consideración la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin embargo, se hace mención hasta 1966 pues fueron los primeros instrumentos vinculantes para los Estados que los ratificaron. Con independencia de lo anterior, no es menos cierto que, por ejemplo, la Declaración Universal goza en cierto modo del mismo estatus que un tratado internacional por la práctica constante de los Estados al invocarla.

nos— fue la de elaborar un único texto en el que se contuvieran todos los derechos enumerados en la Declaración Universal,²² que originalmente se llamaba *Pacto de los Derechos del Hombre*. Sin embargo, la Comisión de Derechos Humanos consideró que los DESCAs eran demasiado complejos para incorporarse a un instrumento que tratase de la aplicación de los derechos civiles y políticos, y se tomó la decisión —propuesta por Reino Unido y Estados Unidos— de preparar dos pactos en lugar de uno. La postura que consideraba que debían ser dos instrumentos con catálogos diferentes de derechos fue la que finalmente prevaleció. Sin embargo, esta separación en “categorías” de derechos fue el principal detonador para que los DESCAs sean tratados de forma desigual respecto de los derechos civiles y políticos en el ámbito universal (y que después se expandiría a algunos de los Sistemas Regionales de Derechos Humanos).²³

Si bien los Pactos Internacionales desarrollaron los derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, a diferencia de ésta, constituyeron, al menos en el caso del PIDCP, instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados signatarios. De esta forma, mientras que el PIDCP consagró los derechos de la Declaración Universal, el PIDESC estableció una gama más amplia de derechos que hasta hace algunos años no eran plenamente reconocidos ni aceptados por las naciones, pues consideraban que no constituían derechos

²² Cfr. Asamblea General, Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, *Proyecto del Pacto Internacional de los Derechos del Hombre*, la cual proclamaba que ambas generaciones de derechos quedaran recogidas en un único texto, en tanto que el goce de las libertades cívicas y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente, por lo que el hombre privado de sus derechos económicos, sociales y culturales, no representa esa persona humana que la Declaración Universal considera como ideal del hombre libre. Así, la Asamblea General concluye que “7. a) Decide incluir en el Pacto de los Derechos del Hombre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el reconocimiento explícito e la igualdad de los hombres y mujeres en cuanto a esos derechos...”.

²³ Textier, Philippe, “Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal”, *Construyendo una Agenda para la Justicia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, San José, Costa Rica, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 2004, p. 13.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

humanos propiamente, sino cuestiones y objetivos en cuanto a las aspiraciones de una política social.²⁴ Como señalara Textier “en definitiva, [al] adop[ta]r dos Pactos ... se les otorgó a los DESC[A] un estatus mucho menos protector que a los DCP”.²⁵ Este fenómeno, como veremos en apartados posteriores, el de separar “categóricamente” los DCP y los DESCA, se reprodujo con mayores implicaciones en el Sistema Europeo e Interamericano con una importante excepción, el Sistema Africano.

Con independencia de los desaciertos de la entonces Comisión de Derechos Humanos en materia de DESCA, el Sistema de Naciones Unidas se dio a la tarea de hacer hincapié en la inexistencia de jerarquías o categorías de derechos. En este punto, en 1968, un primer pronunciamiento de especial relevancia se dio en la Proclamación de Teherán que puso de manifiesto que la disparidad creciente entre los países económicamente desarrollados y los países en desarrollo impide la realización de los derechos humanos en la comunidad internacional.²⁶ Además, consideró que como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos *sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible*. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.²⁷ Finalmente, la Proclamación plasmó que la existencia, en ese entonces, de más de 700 millones de personas analfabetas en el mundo era el mayor obstáculo con el que tropezaban todos los esfuerzos encaminados a lograr que se cumplan los propósitos y objetivos de la Carta de

²⁴ Cfr. Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, UNAM, México, 2010, p. 101.

²⁵ Textier, Philippe, *op. cit.*, p. 14.

²⁶ Proclamación de Teherán, 13 de mayo de 1968, Principio 12.

²⁷ *Ibidem*, Principio 13.

Naciones Unidas y las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos.²⁸

El 16 de diciembre de 1977, la Asamblea General tomó con mucha satisfacción la entrada en vigor de los Pactos Internacionales; no obstante, también se permitió recordar que de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, “el ideal de que los seres humanos se vean libertados del temor y la miseria sólo puede lograrse si se crean condiciones por las cuales todos puedan gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, como también de sus derechos civiles y políticos”.²⁹ A diferencia del PIDESC, el Protocolo Facultativo del PIDCP entró en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

En 1986, un grupo de expertos adoptaron los *Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Estos principios expusieron diversas opiniones sobre la interpretación de las disposiciones del PIDESC. Entre otras cuestiones estos principios consideraron que los derechos económicos, sociales y culturales forman parte integral del derecho internacional de derechos humanos y que el PIDESC, en conjunto con el PIDCP, ayuda a ampliar el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos siendo todos estos instrumentos los que constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos. Enfatizaron que en vista que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos (los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales). Los Principios de Limburgo recogieron la experiencia de la protección de ciertos derechos sociales en el mundo y manifestaron

²⁸ *Ibidem*, Principio 14.

²⁹ Cfr. Asamblea General, Resolución No. 32/130, del 16 de diciembre de 1977. En 1993 la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, reiteró que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. (Apartado 1.5).

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

que era posible lograr la efectividad de los DESCAs en diversos contextos políticos, pues esta realización no responde a un solo camino en vista de que se habían registrado éxitos y también fracasos tanto en economías de mercado como en economías dirigidas, en estructuras políticas centralizadas como en descentralizadas. Sin embargo, sí fueron muy puntuales al señalar que aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo.³⁰

En este sentido, el entonces Relator Especial para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Danilo Türk, en 1992, elaboró los postulados básicos de los enfoques de los DESCAs. Dichos postulados establecían que los Estados tenían diversas obligaciones jurídicas de distinto rango (local, nacional, regional e internacional) para la realización de los DESCAs. Para Türk, los DESCAs son derechos intemporales por esencia, su aplicación y pertinencia deberían ser consecuentes y sostenibles, a pesar de los frecuentes vaivenes del entorno económico tanto interno como externo, además debe concederse prioridad a las personas que son más desfavorecidas y vulnerables, y en consecuencia “menos aptas” para conseguir por sí mismas estos derechos y los Estados, con independencia de su desarrollo económico, tienen la obligación de garantizar el respeto de unos derechos mínimos de subsistencia para todos. Türk consideraba que los derechos humanos no existían en el vacío, la realización de todos los derechos, incluidos los de naturaleza socioeconómica, dependen de una gran variedad de opciones y fuerzas económicas, sociales, políticas, históricas, filosóficas y legales.³¹

³⁰ Cfr. Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2 al 6 de junio de 1986, Parte I. A.1, 2, 3, 6.

³¹ Cfr. ONU. Informes del Sr. Danilo Türk, Relator Especial de la Subcomisión en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/CN.4/Sub.2/1991/17, párr. 52.

Con posterioridad, en 1997, los Principios de Limburgo fueron dotados de un mayor panorama a través de otra reunión de expertos académicos, quienes concretaron las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en donde desarrollaron algunas obligaciones que derivaban del PIDESC como las de *respetar, proteger y cumplir*, las cuales al ser inobservadas por el Estado podrían derivar en la configuración de una violación a derechos consagrados en el PIDESC. Para ello, las Directrices de Maastricht consideraron que las tres obligaciones anteriormente descritas implican *obligaciones de conducta y de resultado*. Por un lado, las obligaciones de conducta exigen acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. Las obligaciones de resultado requieren que los Estados Partes cumplan objetivos específicos que satisfagan una norma sustantiva precisa.³² Sin perjuicio de lo anterior, las Directrices de Maastricht expresaron que existen *obligaciones mínimas esenciales* independientemente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.³³ Las Directrices también enmarcaron que los derechos contenidos en el PIDESC podían ser violados por comisión y omisión por responsabilidad directa del Estado, por la ocupación o dominación extranjera o acciones de entidades no estatales (como empresas transnacionales).³⁴

El 28 de septiembre de 2011, nuevamente en Maastricht, expertos adoptaron los *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales*. Estos principios

³² Cfr. *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, del 22 al 27 de enero de 1997, directrices 6 y 7.

³³ Cfr. *Ibidem*, directriz 9.

³⁴ Cfr. *Ibidem*, directrices 14 a 18. Puede verse también la descripción que se hace en: Díaz de García, Luciana, "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", pp. 152-154, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Argentina, tomo IX, 1999, y Schutter, de Oliver, *Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales*, México, UNAM, 2016.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

son de singular interés, pues precisamente surgen en un momento de coyuntura global, en el que nuevas realidades de derecho internacional se han hecho presente para conseguir la realización de los derechos sociales a nivel mundial. Consistentes de la ausencia de regulación específica en derecho humanos por corporaciones transnacionales, las obligaciones extraterritoriales surgen como un eslabón que no se ha concretado de manera formal en el seno del derecho internacional de los derechos humanos pues sin las obligaciones extraterritoriales los Estados no pueden garantizar la no vulneración de derechos frente a la globalización y de esta manera garantizar la protección universal de todas las personas y grupos.³⁵

A. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones Generales

Con la creación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el “Comité DESC”), mediante la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social,³⁶ se facultó a este nuevo órgano para supervisar el cumplimiento del PIDESC. A partir de entonces, el Comité DESC inició con la tarea de desarrollar los alcances de los derechos contemplados en ese instrumento internacional a través de la emisión de Observaciones Generales, que consisten en la interpretación del Comité sobre el articulado del PIDESC, especialmente en relación con el contenido de los derechos recogidos en el Pacto, pero también respecto de su aplicación misma.³⁷ Así, podemos agrupar en tres

³⁵ Cfr. *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los derechos, económicos, sociales y culturales*, Heidelberg, ETOS, 2013, pp. 1-3.

³⁶ Cfr. ONU, *Revisión de la composición, organización y administración; acuerdos del Grupo de Trabajo del periodo de sesiones de la Gubernamental Expertos en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución del Consejo Económico y Social, 1985/17 del 28 de mayo de 1985.

³⁷ Salamero Teixidó, Laura, *La protección de los derechos sociales en el ámbito de Naciones Unidas. El nuevo protocolo facultativo del Pacto Internacional de De-*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

rubros las Observaciones Generales del Comité DESC: a) derechos del PIDESC, b) grupos o situaciones de vulnerabilidad y c) lineamientos específicos sobre el funcionamiento del PIDESC.

En cuanto al primer grupo, el Comité DESC ha desarrollado el contenido del derecho a la vivienda,³⁸ el derecho a la alimentación adecuada,³⁹ el derecho a la educación,⁴⁰ el derecho a la salud⁴¹ (en específico a la salud sexual y reproductiva),⁴² el derecho al agua,⁴³ el derecho a la cultura⁴⁴ el derecho al trabajo⁴⁵ (en específico a las condiciones justas del trabajo),⁴⁶ el

rechos Económicos, Sociales y Culturales, Madrid, Cuadernos Cívitas y Thomson Reuters, 2012, p. 50.

³⁸ Véase: Comité DESC, Observación General No. 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), (Sexto periodo de sesiones, 1991), U.N. Doc. E/1991/23 (1991).

³⁹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 12, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), (20o. periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999).

⁴⁰ Véase: Comité DESC, Observación General No. 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), (21o. periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999).

⁴¹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22o. periodo de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

⁴² Véase: Comité DESC, Observación General No. 22: El derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12), E/C.12/GC/22, 4 de marzo de 2016.

⁴³ Véase: Comité DESC, Observación General No. 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29o. periodo de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).

⁴⁴ Véase: Comité DESC, Observación General No. 17, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (artículo 15 del Pacto, apartado c) párrafo 1), (35 Periodo de Sesiones, 2005) U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2006) y Observación General No. 21, El derecho a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a) del Pacto), (43o. Periodo de Sesiones, 2009) U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1 (2010).

⁴⁵ Véase: Comité DESC, Observación General No. 18, El derecho al Trabajo (35o. periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006).

⁴⁶ Véase: Comité DESC, Observación General No. 23: El derecho a condiciones favorables de trabajo (artículo 7), E/C.12/GC/23, 26 de abril de 2016.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

derecho a la seguridad social⁴⁷ y el derecho a la no discriminación.⁴⁸

En cuanto al segundo rubro, el Comité DESC se ha pronunciado sobre condiciones específicas como los derechos sociales de las personas con discapacidad,⁴⁹ de las personas adultas mayores,⁵⁰ el derecho a la vivienda en el contexto de desalojos forzosos⁵¹ y la igualdad de derecho del hombre y la mujer.⁵² En tercer lugar, ha brindado lineamientos sobre las obligaciones de los Estados Partes en materia de DESCA,⁵³ la presentación de informes por los Estados Partes,⁵⁴ medidas internacionales de asistencia técnica,⁵⁵ la relación entre las sanciones económicas

⁴⁷ Véase: Comité DESC, Observación General No. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto) (39o. Periodo de Sesiones, 2007), U.N. Doc. E/C.12/GC/19 (2008).

⁴⁸ Véase: Comité DESC, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto) (42 Periodo de Sesiones, 2009) U.N. Doc. E/C.12/GC/20 (2009).

⁴⁹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 5, Personas con discapacidad (11 periodo de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994).

⁵⁰ Véase Comité DESC, Observación General No. 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores (13 periodo de sesiones, 1995), U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1 (1995).

⁵¹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos (16o. periodo de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997).

⁵² Véase: Comité DESC, Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto) (34o. Periodo de Sesiones, 2005), U.N. E/C.12/2005/4 (2005).

⁵³ Véase: ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto periodo de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

⁵⁴ Véase: Comité DESC, Observación General No. 1, Presentación de informes por los Estados Partes (Tercer periodo de sesiones, 1989), U.N. Doc. E/1989/22 (1989).

⁵⁵ Véase: Comité DESC, Observación General No. 2, Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto), (Cuarto periodo de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1990/23 (1990).

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

y el respeto de los DESCA,⁵⁶ la aplicación interna del Pacto,⁵⁷ la función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los DESCA⁵⁸ y los planes sobre la enseñanza primaria.⁵⁹

El aporte más importante del Comité DESC ha sido el gradual desarrollo de las obligaciones que los Estados deben de observar para materializar los derechos consagrados en el Pacto. De esta forma en las Observaciones Generales sobre *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* y *La aplicación interna del Pacto*, No. 3 y No. 9, respectivamente, el Comité desarrolló el contenido de los compromisos que los Estados tienen que implementar en el ámbito interno.

En lo que respecta a la Observación General No. 3, el Comité DESC consideró que el artículo 2 del Pacto es de suma relevancia para entender el contenido de los propios derechos sociales y de los alcances de las obligaciones. Así, consideró que el propio Pacto impone, tanto obligaciones de comportamiento, como de resultado; pero además impone obligaciones paulatinas y de efecto inmediato.⁶⁰ Expresó que “adoptar medidas”, no queda condicionado ni limitado por ninguna consideración y deben ser deliberadas, concretas y orientadas a la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.⁶¹ Por otro lado, determinó que la enunciación “todos los medios apropiados,

⁵⁶ Véase: Comité DESC, Observación General No. 8, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales (17o. periodo de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1998/22 (1997).

⁵⁷ Véase: Comité DESC, Observación General No. 9, La aplicación interna del Pacto, (19 periodo de sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/ 24 (1998).

⁵⁸ Véase: Comité DESC, Observación General No. 10, La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (19o. periodo de sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/25 (1998).

⁵⁹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 11, Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 20o. periodo de sesiones, 1999, U.N.Doc.E/C.12/1999/4(1999).

⁶⁰ Comité DESC, Observación General 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto periodo de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990), párr. 1.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, párr. 2.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” implicaba que dichas medidas legislativas en muchos casos resultan deseables e, incluso, indispensables. Sin embargo, las medidas apropiadas no solamente se agotan con las medidas legislativas sino que en todo caso también es importante proveer de recursos judiciales, el establecimiento de políticas públicas o las medidas de carácter administrativo, financiero, educacional y social.⁶²

A lo anterior, debe considerarse que la OG No. 3 desarrolló el contenido de la obligación de progresividad (como obligación principal del Pacto); entendiendo que el PIDESC al referirse a la *progresiva efectividad [de los derechos del Pacto]*, ésta se usa en el sentido de reconocer que el hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, una interpretación errónea de la obligación de progresividad es que si bien ésta implica un largo periodo de tiempo (o progresivamente), no es sinónimo de inacción que dejaría sin contenido a la obligación; por el contrario, dicha obligación debe interpretarse en el sentido de ser un objetivo general, la razón del ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto de la plena efectividad de los derechos de que se trata, siendo así que se imponen dos sub-obligaciones: de proceder lo más (i) *expedita* y (ii) *eficazmente* posible con miras de lograr ese objetivo.⁶³

Sumado al hecho de la existencia una obligación de carácter progresivo, y que las medidas generales sean de gradual cumplimiento en la jurisdicción interna, el PIDESC también impone una serie de obligaciones de cumplimiento para asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos; el Comité DESC también fue consciente de que éstas obligaciones mínimas dependerán, en gran medida, de las limitaciones de recursos que aplican del país de que se tra-

⁶² Cfr. *Ibidem*, párrs. 3-7.

⁶³ *Ibidem*, párr. 9.

te. Sin embargo, para que un Estado pueda atribuir su incumplimiento a las obligaciones mínimas al Pacto por la ausencia de recursos, deberá demostrar que ha utilizado todos los recursos que están a su disposición en su esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas,⁶⁴ inclusive, en tiempos de crisis en los cuales los Estados deberán proteger a los grupos más vulnerables.⁶⁵

En cuanto a la OG No. 9, el Comité DESC sostuvo que las normas del PIDESC han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de los medios adecuados de reparación, o de un recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos. En este sentido, tal incorporación parte de dos elementos fundamentales:

- a) los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean parte;
- b) los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos sociales consagrados en el Pacto, tendrían que demostrar que esos recursos no son medios apropiados según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, éstos son innecesarios.⁶⁶

En la misma Observación General, el Comité DESC expresó que las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar de manera directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 10.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 11.

⁶⁶ Comité DESC, Observación General No. 9, La aplicación interna del Pacto, (19o. periodo de sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/ 24 (1998), párrs. 2 y 3.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Parte, permitiendo de esta forma reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales. En esta línea si bien el Comité DESC fue enfático al señalar que el PIDESC no estipula los medios concretos que pueden utilizarse para aplicarlo en el ordenamiento jurídico nacional, sí ha resaltado que los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte; en cuanto a la materia judicial para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la *justiciabilidad*.⁶⁷ En este sentido, *la justiciabilidad se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales*.⁶⁸

Dos aspectos importantes a destacar y que quizá han pasado inadvertidos en la discusión de la justiciabilidad de los DESCAs en el plano nacional e internacional es, por un lado, que el compromiso de adoptar medidas en el ámbito del cumplimiento y la realización paulatina de los DESCAs, no exige, ni excluye un modelo único de economía para la materialización de este tipo de derechos; por el contrario, el PIDESC es neutral y, por lo tanto, no es necesario. Implantación de un sistema socialista o capitalista o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laisser-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico.⁶⁹ Es decir, los modelos económicos existentes no representan un obstáculo o justificación para no cumplir con las disposiciones del Pacto.

Por otro lado, el Comité ha señalado en que si bien hay que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles.⁷⁰

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 7.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 10.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 8.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 10.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

B. El Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Un paso importante producido por el Sistema Universal fue la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 10 de diciembre de 2008;⁷¹ entrando en vigor el 5 de mayo de 2013 (en adelante el “PF-PIDESC”), el cual permite la presentación de quejas ante el Comité por alegadas violaciones a los derechos contenidos en el PIDESC, cumplidos ciertos requisitos, como el agotamiento de los recursos internos.⁷²

El PF-PIDESC, fue uno de los instrumentos del Sistema Universal más ampliamente discutidos para hacer efectivos los derechos sociales en las jurisdicciones nacionales; ya que la experiencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en

⁷¹ De acuerdo al artículo 18 del PF-PIDESC este instrumento entrará en vigor tres meses después de que se haya depositado en poder del Secretario General de la ONU el décimo instrumento de ratificación o adhesión. De acuerdo al estatus de ratificación a agosto de 2017, 48 Estados han firmado el PF-PIDESC: Angola, Argentina, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Benín, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Congo, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Gabón, Ghana, Guatemala, Guinea Bissau, Irlanda, Islas Salomón, Italia, Kazajistán, Luxemburgo, Madagascar, Macedonia, Maldivas, Malí, Mongolia, Montenegro, Níger, Países Bajos, Paraguay, Portugal, República Democrática del Congo, República Central de África, San Marino, Senegal, Timor-Leste, Togo, Ucrania, Uruguay y Venezuela. De éstos, 21 Estados lo han ratificado, convirtiéndose en Estados Partes del PF-PIDESC: Argentina, Bolivia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Finlandia, Francia, Gabón, Italia, Luxemburgo, Mongolia, Montenegro, Níger, Portugal, República Central de África, San Marino, Eslovaquia, España y Uruguay.

⁷² Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008 por la Asamblea General de la ONU. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Conforme al Protocolo Facultativo las comunicaciones las pueden presentar al Comité los Estados Partes o las personas o grupos de personas respecto a los Estados Partes en el Protocolo. El procedimiento general para las personas y grupos de personas es el siguiente: el Comité examina la comunicación y dicta, en su caso, la admisibilidad. El Comité puede dictar medidas provisionales en cualquier momento antes de pronunciarse sobre el fondo. Se hace del conocimiento del Estado, el que tiene seis meses para presentar por escrito las explicaciones o aclaraciones, e indique las medidas correctivas que haya tomado. El Comité examina la comunicación y emite un dictamen junto con sus recomendaciones. El Estado tiene seis meses para dar una respuesta por escrito e informar sobre las medidas que haya adoptado.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

donde ya se habían llevado casos sobre derechos de índole económica, social, cultural o ambiental hacían rezagar al Sistema de Naciones Unidas frente a la protección de estos derechos. El PF-PIDESC contempla, como mecanismos o procedimientos para atender las violaciones a los derechos consagrados en el PIDESC: a) las comunicaciones individuales o colectivas,⁷³ b) quejas interestatales⁷⁴ y c) la investigación.⁷⁵ Mediante estos mecanismos, el Comité DESC⁷⁶ es el órgano encargado de vigi-

⁷³ Artículo 2. Comunicaciones: Las comunicaciones podrán ser presentadas por o en nombre de personas o grupos de individuos, bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto por ese Estado Parte. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

⁷⁴ Artículo 10. Comunicaciones entre Estados: 1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento en el presente artículo que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Las comunicaciones previstas en el presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. No se admitirá comunicación por el Comité que concierna a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración.

⁷⁵ Artículo 11 Procedimiento de investigación: ... 2. Si el Comité recibe información fidedigna que revele graves o violaciones sistemáticas por un Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y para tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate; 3. Teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna de que disponga, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio; 4. La investigación será de carácter confidencial y se solicitará la cooperación del Estado Parte en todas las fases del procedimiento...

⁷⁶ Actualmente el Comité DESC está conformado por 18 miembros: Aslan Abashidze (Federación Rusa), Mohamed Ezzeldin Abdel-Moneim (Egipto); Clement Atangana (Camerún); María Virginia Bras Gomes (Portugal); Shiqiu Chen (China); Chandrashekhar Dasgupta (India); Oliver de Schuter (Bélgica); Zdzislaw Kedzia (Polonia); Az-zouz Kerdoun (Argelia); Mikel Mancisidor de la Fuente (España); Lydia Ravenberg (Suriname); Renato Zerbini Ribeiro Leão (Brasil); Waleed Sadi (Jordania); Heisoo Shin (República de Corea) y Rodrigo Uprimny (Colombia). Los puestos de Sergei Martynov (Belarus), Arianga Govindasamy (Mauricio) y Nicolas Jan Schrijver (Países Bajos) fueron ocupados por Laura María Craciunean (Rumania), Muchael Windfuhr

lar y supervisar el contenido del PIDESC en los Estados Partes que ya han firmado el PF-PIDESC.

En 2015, el Comité DESC emitió su primer dictamen en tenor del PF-PIDESC mediante la Comunicación 2/2014 en donde resolvió, por primera vez, la violación a un derecho consagrado en el PIDESC. El caso en cuestión estaba relacionado con la falta de acceso efectivo a los tribunales para proteger el derecho a una vivienda adecuada, en específico la autora tramitó la petición porque alegaba que se había vulnerado su derecho a recibir una notificación previa en los casos de desalojo de su vivienda. El caso se enmarcó en la grave crisis económica que vivió España y en la cual la autora adquirió una vivienda en Madrid valorada en 742,890.68 euros de la cual, por circunstancias personales, no pagó varias cuotas del préstamo hipotecario por un importe de 11,000 euros al banco (en adelante “la entidad acreedora”). Derivado de la falta de pagos, la entidad acreedora procedió a liquidar la totalidad del préstamo e inició un procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecarios ante un juzgado de primera instancia. Por orden de dicho juzgado se procedió a notificar a la autora mediante el Servicio Común y Ejecución de Madrid en tres ocasiones en las cuales el notificador no encontró a la autora. Ante la imposibilidad de notificación, el juzgado de primera instancia decidió la publicación de un edicto en el tablón de anuncios del juzgado para llevar a cabo la diligencia de notificación del auto y decreto de admisión.⁷⁷

La autora de la petición externó que en ninguna de las ocasiones en las que se le intentó notificar se encontraba en la vivienda y sobre el edicto señaló que la publicación se hizo sin

(Alemania) y Azzouz Kerdoun (Algeria) quienes tienen su mandato hasta el 2020. Sobre la competencia del Comité DESC y la legitimación ante el Comité puede consultarse: *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión Internacional de Juristas, 2008, pp. 39 y ss.

⁷⁷ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación 2/2014, 17 de junio de 2015, E/C.12/55/D/2/2014, párrs. 2.1 a 2.4.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

ninguna publicidad exterior, anuncio en medio oficial o publicación en el boletín oficial. Señaló que al no encontrarse ella en su residencia habitual, el juzgado debió proceder a notificarle dejando la demanda con el portero o con un vecino.⁷⁸ La peticionaria interpuso un recurso de reposición contra la diligencia de subasta del inmueble y solicitó la nulidad de todo el proceso de ejecución hipotecaria hasta el momento previo al emplazamiento, toda vez que no había sido notificada de la demanda en los domicilios que estaban en conocimiento de la entidad acreedora, como el domicilio de un familiar y la dirección de su centro laboral, violándose así su derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva. No obstante, el recurso de reposición fue desestimado aduciéndose que la notificación sólo se haría en el domicilio en el que las partes hayan acordado según el artículo 683 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC),⁷⁹ en este caso el domicilio de la autora. Se interpuso un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional; sin embargo, dicho órgano jurisdiccional consideró inadmisibles el recurso en virtud de que no era de manifiesta inexistencia la violación de algún derecho fundamental tutelable en amparo.⁸⁰

En lo relativo al derecho del PIDESC que se alegaba violado, la autora consideró ante el Comité DESC que España violaba su derecho a una vivienda adecuada en virtud del artículo 11, párr. 1 del Pacto. De esta forma, la falta de acceso efectivo a los tribunales, sobre los deficientes procesos de notificación, le impidieron cuestionar judicialmente el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y oponerse, por ejemplo, a la forma en que los intereses que le tocaban pagar fueron calculados por la autoridad acreedora. En este sentido, una de las principales

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 2.4.a.

⁷⁹ Al respecto el artículo 683 de la LEC disponía que “[tras la reforma de artículo 686(3) de la LEC, seguidamente se pasa directamente a la notificación edictal como especialidad del procedimiento sumario judicial de ejecución hipotecaria”, sin que sea necesario reiterar la notificación en el centro laboral u otros análogos del demandando. *Cfr. Ibidem*, párr. 2.8.

⁸⁰ *Cfr. Ibidem*, párrs. 2.8 y 2.9.

alegaciones que se hicieron por la parte actora fue que en España la legislación que regulaba los procesos de ejecución hipotecaria no protegía adecuadamente el derecho de las personas a ejercer adecuadamente la defensa legal de sus viviendas, ya que muchas veces las personas afectadas en sus viviendas no tienen conocimiento de la existencia de una demanda presentada por los acreedores.⁸¹

Lo importante de este primer caso es que, a pesar de que las violaciones en un primer análisis parecerían ser violaciones que atañen al debido proceso, el Comité DESC arriba a la conclusión de que:

... a la luz de la determinación del Comité sobre los hechos, el problema jurídico principal que plantea [la] comunicación es: si el derecho a la vivienda de la autora, establecido en el artículo 1.1, párrafo 1 del Pacto, fue violado por el Estado Parte como resultado de llevar a cabo un proceso de ejecución hipotecaria, en que, según la autora, no fue adecuadamente notificada de la demanda, lo que le impidió que tuviese la posibilidad de defender sus derechos reconocidos por el Pacto.⁸²

En este sentido, el Comité DESC recordó que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales; y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, inclusive a todos aquellos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, expresó que el artículo 2 del PIDESC impone varias obligaciones con efecto inmediato. Por tanto, con arreglo del artículo 2, párrafo 1 del Pacto, los Estados deben adoptar medidas para asegurar el disfrute de los derechos establecidos en el Pacto por

⁸¹ Cfr. *Ibidem*, párr. 5.3.

⁸² Cfr. *Ibidem*, párr. 10.6.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas. Este requisito incluye la adopción de medidas que garanticen el acceso a recursos judiciales efectivos para la protección de los derechos reconocidos en el Pacto, ya que no puede haber un derecho sin un recurso que ampare.⁸³

Sobre el proceso de notificación, el Comité DESC acudió a su Observación General No. 7 y estimó que la debida protección judicial y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, y tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzados, y que estas garantías procesales incluyen, *inter alia*, que el Estado Parte provea un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo, y brinde a estas personas recursos jurídicos para su defensa. El Comité consideró que esta protección es igualmente válida y apropiada para otras situaciones similares, como los procedimientos de ejecución hipotecaria, en el que el derecho a la vivienda puede ser seriamente afectado.⁸⁴

Sobre esta última afirmación el Comité DESC desarrolló un nuevo criterio al estimar que la notificación por edictos puede ser un medio adecuado de notificación judicial acorde con el derecho de tutela judicial efectiva; sin embargo, el Comité consideró que su empleo en casos que involucran una posible afectación de derechos humanos como el derecho a una vivienda adecuada, que requieren una supervisión judicial, debe ser una medida de último recurso, en especial con los actos que inician el procedimiento; además agregó que su uso debe estar estrictamente limitado a situaciones en que se han agotado todos los medios para practicar una notificación personal, y asegurándose la suficiente publicidad y plazo, de manera que la persona afectada pueda tener oportunidad de tomar real conocimiento del inicio del procedimiento y pueda participar en el mismo. Por consiguiente, la notificación inadecuada de la demanda de

⁸³ Cfr. *Ibidem*, párrs. 11.1 y 11.3.

⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, párr. 12.1.

ejecución hipotecaria que le impida a la persona defender su derecho en ese procedimiento, implica una violación al derecho a la vivienda.⁸⁵

En aplicación de los anteriores estándares, el Comité DESC en el caso en concreto estimó que reconocía los esfuerzos de los juzgados por notificar personalmente a la autora del auto y el decreto de admisión a trámite de la demanda de ejecución hipotecaria de su vivienda. Sin embargo, el Comité DESC consideró que España no demostró que el juzgado de primera instancia haya agotado todos los medios disponibles para practicar la notificación de manera personal, como lo pudieron ser dejar la notificación en buzón de correo, con un vecino, en su centro laboral o con algún familiar.⁸⁶

Lo relevante de esta primera decisión del Comité DESC es que rompe con la forma tradicional de justiciabilidad de un derecho social; en estos supuestos, mediante el uso de las garantías procesales o del debido proceso al afirmar que:

[La] irregularidad en la notificación podría no implicar una violación al derecho a la vivienda sino tuviera una consecuencia significativa sobre el derecho de defensa de la autora sobre el goce efectivo de su vivienda...

...

Por tanto, el Comité considera que esa notificación inadecuada constituyó en ese momento una violación al derecho a la vivienda, que no fue remediada por el Estado Parte ulteriormente pues a la autora le fueron negadas tanto en el [recurso de reposición como el amparo constitucional].

...

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, actuando en virtud del artículo 9 párrafo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto, *dictamina que al incumplir su obligación de proveer a la autora de un recurso efectivo, el Estado Parte viola sus derechos en virtud a los artículos 11 [derecho a la*

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, párrs. 12.3 y 12.4.

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, párr. 13.3.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

vivienda adecuada], leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1, del Pacto...⁸⁷

Tara Melish, ha expresado que uno de los modelos tradicionales de protección de derechos sociales en los sistemas regionales de derechos humanos ha sido precisamente el *enfoque indirecto de las garantías procesales*. El enfoque indirecto mediante las normas procesales no es algo nuevo, pues ya ha sido utilizado en casos concretos en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos. Su fuerza deriva de dos aspectos esenciales. En primer lugar, las normas procesales, al proteger el proceso en general, no se limitan a ningún tipo específico de derecho sustantivo. Por eso su aplicación es en gran parte inmune a las críticas tradicionales sobre la justiciabilidad de los DESCAs. En segundo lugar, las garantías procesales protegidas se aplican no sólo a los derechos en general sin importar el instrumento en el que se encuentren, sino también a todos los derechos reconocidos en la legislación interna de los Estados Partes.⁸⁸

Sin embargo, las normas procesales se refieren a normas que imponen requisitos de procedimiento a los Estados. Estas normas no protegen directamente a un derecho social específico, como el acceso a la vivienda, pues más bien protegen el derecho a un proceso justo en la distribución y recepción de todo DESCAs. Así, las garantías procesales incluyen las garantías judiciales como lo puede ser la notificación del procedimiento, la igualdad ante la ley y la protección judicial.⁸⁹ Es aquí la relevancia de la nueva doctrina jurisprudencial del Comité DESCAs pues deja de ver a las garantías procesales como parte de los derechos de índole civil y política y centra el análisis en cómo

⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, párrs. 13.5, 13.7 y 15.

⁸⁸ Melish, Tara J., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, CDES, Yale Law School, 2003, p. 261.

⁸⁹ *Idem*.

esta ausencia de garantías afecta al derecho a la vivienda, pues al igual que otros derechos, el derecho a la vivienda también puede ser afectado por la ausencia de las formalidades del procedimiento, lo que al igual que cualquier otro derecho civil y político, implica su posible violación.

Actualmente el Comité DESC ha emitido una resolución de fondo en el cual ha declarado que no existe violación a la no discriminación por acceso a una prestación no contributiva por discapacidad de una persona privada de la libertad en un centro penitenciario⁹⁰ y ha declarado dos comunicaciones inadmisibles por falta de competencia *ratione temporis*.⁹¹ El Comité DESC también tiene seis casos pendientes, los cuales sólo incluyen las comunicaciones que han sido transmitidas al Estado concernido y no implica la existencia de ninguna decisión sobre la admisibilidad o el fondo del asunto. Las comunicaciones actuales están relacionadas con 1.- La discriminación de un menor de edad extranjero en la participación de torneos de fútbol,⁹² 2.- El tratamiento médico no consentido por una persona,⁹³ 3.- Desalojo del arrendatario como resultado de un proceso judicial iniciado por la arrendadora,⁹⁴ 4.- Acceso a la indemnización complementaria establecida en el convenio colectivo,⁹⁵ 5.- La alegada violación del derecho a la vivienda en caso de posibles cláusulas contractuales abusivas⁹⁶ y 6.- La alegada discriminación al acceso del sistema nacional de seguridad social de una trabajadora doméstica por la ausencia de esquemas de pensiones no contributivas.⁹⁷

⁹⁰ ONU, Comité DESC, *Caso López Rodríguez vs. España*, Comunicación 1/2013 respecto de España, 20 de abril del 2016, E/C.12/57/D/1/2013.

⁹¹ ONU, Comité DESC, Comunicación 6/2015 respecto de España, 26 de febrero de 2016, E/C.12/56/D/6/2015 y Comité DESC, Comunicación 8/2015 respecto de España, 26 de febrero de 2016, E/C.12/56/D/8/2015.

⁹² ONU, Comité DESC, Comunicación 3/2014 respecto de Ecuador.

⁹³ ONU, Comité DESC, Comunicación 4/2014 respecto de España.

⁹⁴ ONU, Comité DESC, Comunicación 5/2015 respecto de España.

⁹⁵ ONU, Comité DESC, Comunicación 7/2015 respecto de España.

⁹⁶ ONU, Comité DESC, Comunicación 9/2015 respecto de España.

⁹⁷ ONU, Comité DESC, Comunicación 10/2015 respecto de Ecuador.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

De este modo, la adopción por parte de la comunidad internacional de un instrumento que acepta la posibilidad que los titulares de derecho puedan presentar denuncias ante un órgano de protección internacional en materia de derechos sociales, significa que la comunidad internacional reconoce que la justiciabilidad de derechos es conceptualmente posible y ofrece vías para materializar la tutela.⁹⁸ Sin embargo, una de las críticas que ha tenido el PF-PIDESC ha sido en torno a una de sus causales de admisibilidad regulada por el artículo 4. Este artículo dispone que, de ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una situación de grave importancia general. En este sentido, la idea de *clara desventaja* constituye un concepto jurídico indeterminado de extrema vaguedad. La redacción del precepto se refiere al supuesto de que el autor haya estado en una situación de clara desventaja, lo cual debe ponerse en relación con la alegada violación de un derecho. Es decir, la violación de uno de los derechos recogidos en el PIDESC debe poner en situación de clara desventaja al autor de la Comunicación para que ésta no sea desechada. Ello parece dar a entender que no todas las violaciones de un DESC colocaran a la víctima en una situación de clara desventaja, lo cual reconduce este criterio de admisibilidad a una categorización y jerarquización de distintos tipos de violaciones sobre DESC.⁹⁹

⁹⁸ Cfr. Courtis, Christian, “El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Cervantes Alcayde Magdalena et al., *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-UNAM/IJ, 2014, pp. 33 y 34.

⁹⁹ Salamero, Teixidó, Laura, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

2. Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, una de las particularidades es que dentro del Consejo de Europa existen dos órganos que se han encargado de verter jurisprudencia en materia de derechos sociales, es decir, el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El argumento que se dio por mucho tiempo sobre que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Convenio Europeo” o “el CEDH”) no protegía derechos económicos, sociales y culturales fue una postura limitada;¹⁰⁰ ya que por lo que hace al Sistema Europeo, la experiencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la justiciabilidad de los DESCAs ha sido en gran medida mediante los métodos de interpretación tradicional como la indivisibilidad,¹⁰¹ el principio de no discriminación¹⁰² y la conexión de derechos o vía indirecta de protección;¹⁰³ abordando temas

¹⁰⁰ Cfr. Warbick, Colin, “Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights”, en Baderin, Mashood y McCorquodale, Robert, *Economics, Social and Cultural Rights in Action*, New York, Oxford, 2012, p. 241.

¹⁰¹ Véase: *Caso Airey vs. Irlanda*, Application 6289/73, Sentencia de 9 de octubre de 1979; *Caso Of Annoni di Gussola and Others vs. Francia*, Applications No. 31819/96 y 33293/96, Sentencia de 14 de noviembre del 2000 y *Caso of the Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) vs. Bélgica*, Applications 2832/66, 2835/66 y 2899/66, Sentencia de 18 junio de 1971.

¹⁰² Véase: *Caso Marckx vs. Bélgica*, Application 6833/74, Sentencia de 13 junio de 1979; *Caso of Andrejeva vs. Letonia*, Application 55707/00, Sentencia de 18 febrero de 2009; *Caso Muñoz Días vs. España*, Application 49151/07, Sentencia de 8 de noviembre de 2011; *Caso Feldbrugge vs. The Netherlands*, Application 8562/79, Sentencia de 29 de mayo de 1986; *Caso Deumeland vs. Alemania*, Application No. 9384/81, Sentencia de 29 de mayo de 1986; *Caso Schuler-Zgraggen vs. Switzerland*, Application 14518/89, Sentencia de 24 de junio de 1993; *Caso Salesi vs. Italia*, Application 13023/87, Sentencia de 26 de febrero de 1993 y *Caso Delgado vs. Francia*, Application 38437/97, Sentencia de 14 de noviembre de 2000.

¹⁰³ Véase: *Case López Ostra, vs. España*, Application 16798/90, Sentencia de 9 diciembre de 1994; *Caso Moreno Gómez vs. España*, Application 4143/02, Sentencia de 16 de noviembre de 2004; *Caso D. vs. Reino Unido*, Application

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

como el cálculo y reconocimiento de pensiones, derechos laborales, protección al medio ambiente, contaminación acústica, derecho a la salud, derechos sindicales, entre otros. De esta forma, los derechos sociales han quedado subsumidos dentro del contenido de los derechos civiles y políticos que se encuentran plasmados en el cuerpo del Convenio Europeo o en sus Protocolos Adicionales. En la jurisprudencia europea pueden identificarse dos tipos de derechos de naturaleza social: a) los que se encuentran previstos de manera implícita en algunas disposiciones del CEDH y b) los que no aparecen en el Convenio Europeo pero que han sido derivados de otros derechos del mismo.

En el primer grupo de derechos tenemos el derecho de instrucción (artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH), la libertad sindical (artículo 11) y el trabajo y sus condiciones (artículo 4); mientras que, en el segundo grupo, el TEDH ha derivado de otras disposiciones del Convenio Europeo derechos como la seguridad social, la protección al medio ambiente, el derecho a la vivienda y el derecho a la salud.

En cuanto al primer grupo, sobre el derecho de instrucción, cabe resaltar que los redactores del CEDH pusieron especial interés en no consagrar “un derecho prestacional a la educación”, sino que se limita a reconocer un derecho de defensa o libertad negativa; por lo que se utilizó, para ello un lenguaje alejado del de los derechos de prestación.¹⁰⁴ La intención de los redactores era no imponer a los Estados obligaciones prestacionales sino únicamente la obligación negativa de no impedir el disfrute del derecho. Se trata de no negar a los individuos el derecho a la instrucción y, sí el Estado participaba en el sistema educativo

30240/96, Sentencia de 2 de mayo de 1997; *Caso Connors vs. Reino Unido*, Application 66746/01, Sentencia de 27 de mayo de 2004; *Caso Siliadin Vs, Francia*, Application 73316/01, Sentencia de 26 de julio de 2005 y *Caso Opuz vs. Turquía*, Application 33401/02, Sentencia de 9 de junio de 2009.

¹⁰⁴ Canosa Usera, Raúl, “Derecho a la instrucción y pluralismo educativo”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo, *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2005, p. 873.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

mediante escuelas públicas, lo que tampoco es obligatorio en el Convenio Europeo, de no violentar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres de los alumnos que acuden a ellas.¹⁰⁵ Sin embargo, el TEDH, en su jurisprudencia, ha acabado reconociendo que el derecho de instrucción, con independencia de su lenguaje negativo con el que fue redactado, deriva obligaciones positivas a cargo de los Estados.¹⁰⁶

Sobre el derecho a la libertad sindical, protegido por el artículo 11 del CEDH, bajo el derecho de asociación, el TEDH ha ido estableciendo que, en realidad, a pesar de estar consagrada en el derecho de asociación, aquélla es una manifestación de éste, dándole una especie de autonomía en el Convenio. Bajo esta interpretación, ha reconocido el derecho de fundar sindicatos,¹⁰⁷ afiliarse a los ya existentes,¹⁰⁸ las afectaciones que se tiene cuando se exige la sindicación obligatoria.¹⁰⁹ los derechos de negociación colectiva¹¹⁰ y el derecho de huelga.¹¹¹

¹⁰⁵ Díaz Ricci, Sergio y Santolaya, Pablo, “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier, Fernández et al. (edits.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012, p. 276.

¹⁰⁶ Véase: *Caso Chipre vs. Turquía*, Application 25781/94, Sentencia de 10 de mayo de 2001; *Caso D. H. y otros vs. la República Checa*, Application 57325/00, Sentencia de 7 de febrero de 2006; y *Caso Orsus y otros vs. Croacia*, Application 15766/03, Sentencia de 13 de marzo de 2010.

¹⁰⁷ Véase: *Casos Associated Society of Locomotiva Engineers and Firemen vs. Reino Unido*, Application 11002/05, Sentencia de 27 de febrero de 2007 y *Caso Young, James y Webster vs. Reino Unido*, Applications 7601/76 y 7806/77, Sentencia de 13 de agosto de 1981.

¹⁰⁸ Véase: *Casos Associated Society of Locomotiva Engineers and Firemen vs. Reino Unido*, Application 11002/05, Sentencia de 27 de febrero de 2007.

¹⁰⁹ Véase: *Caso Gustafsson vs. Suecia*, Application No. 15573/89, Sentencia de 25 de abril de 1996 y *Caso Sorensen y Rasmussen vs. Suecia*, Applications 52562/99 y 52620/99, Sentencia de 11 de enero de 2006.

¹¹⁰ Véase: *Caso Wilson, National Union of Journalists y otros vs. Reino Unido*, Applications 30668/96, 30671/96 y 30678/96, Sentencia de 2 de julio de 2002 y *Caso National Union of Belgian Police vs. Bélgica*, Application 4464/70, Sentencia de 27 de octubre de 1975.

¹¹¹ Véase: *Caso Schmidt y Dahlström vs. Suecia*, Application 5589/72, Sentencia de 6 de febrero de 1976 y *Caso Sindicato Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turquía*, Application No. 68959/01, Sentencia de 21 de abril de 2009.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En tercer lugar, el derecho al trabajo (y sus condiciones para realizarlo), no se encuentra expreso en el texto del Convenio, sino que la única disposición relativa a esta temática se encuentra plasmada en el artículo 4 del CEDH que expresa la prohibición de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio como forma de prohibición de esclavitud. De esta forma, el CEDH ha garantizado condiciones como que el trabajo no sea de manera involuntaria¹¹² o que no se realice bajo amenaza.¹¹³ Ya con más cercanía con el derecho al trabajo, el TEDH ha considerado la necesidad de implantar recursos efectivos antes escenarios de despidos,¹¹⁴ investigación en accidentes laborales,¹¹⁵ la discriminación para acceder a determinados empleos¹¹⁶ o despidos por motivos políticos o ideológicos.¹¹⁷

Sobre el segundo grupo de derechos, aquellos derechos que no se encuentran expresamente en el CEDH pero que han sido derivados de otras disposiciones –seguridad social, protección al ambiente, vivienda y salud–, podemos observar la siguiente práctica del Tribunal Europeo. En cuando al derecho a la seguridad social, este derecho ha sido derivado del derecho de propiedad contemplado en el artículo 1 del Protocolo 1 a partir

¹¹² Cfr. Comisión Europea de Derechos Humanos en el *Caso I. vs. Noruega*, Application 468/62, Decisión de 17 de diciembre de 1962.

¹¹³ Véase: *Caso van der Musselle vs. Bélgica*, Application 8919/80, Sentencia de 23 de noviembre de 1983.

¹¹⁴ Véase: *Caso Deumeland vs. Alemania*, Application No. 9384/81, Sentencia de 17 de diciembre de 1996; *Caso Duclos vs. Francia*, Applications 20940/92, 20941/92 y 20942/92, Sentencia de 17 de diciembre de 1996; *Caso Mianowicz vs. Alemania*, Application 42505/98, Sentencia de 18 de octubre de 2001 y *Caso Mangualde Pinto vs. Francia*, Application 43491/98, Sentencia de 9 de abril de 2002.

¹¹⁵ Véase: *Caso Pereira Henriques vs. Luxemburgo*, Application 44872/98, Sentencia de 9 de mayo de 2006.

¹¹⁶ Véase: *Caso Sidabras vs. Lituania*, Application 55480/00 59330/00, Sentencia de 27 de julio de 2004 y *Caso Rainys y Gasparavicius vs. Lituania*, Applications 70665/01 y 74345/01, Sentencia de 7 de abril de 2006.

¹¹⁷ Véase: *Caso Sidabras vs. Lituania*, Application 55480/00 59330/00, Sentencia de 27 de julio de 2004; *Caso Thlimmenos vs. Grecia*, Application No. 34369/97, Sentencia de 6 de abril de 2002 y *Caso Perry vs. Letonia*, Application 63737/00, Sentencia de 8 de noviembre de 2007.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

del concepto de “bienes”.¹¹⁸ En cuanto al derecho a la protección del medio ambiente¹¹⁹ éste ha surgido en la jurisprudencia europea a partir de la protección del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8¹²⁰ y de la protección del derecho a la vida del artículo 2¹²¹ del CEDH. En cuanto al derecho a la vivienda el TEDH lo garantiza por los derechos a la integridad,¹²² la vida privada y familiar,¹²³ la igualdad¹²⁴ o la propiedad privada.¹²⁵ En

¹¹⁸ El Tribunal Europeo ha entendido que las prestaciones del sistema de seguridad social pueden ser consideradas un bien al que la persona tendría derecho, en la medida en que lo reconociera la legislación nacional, y precisamente por su contribución al sistema de seguridad social correspondiente, contribución que generaría una expectativa razonable de acceso a la prestación social correspondiente. Cfr. *Caso Stec vs. Reino Unido*, Application 65731/01 65900/01, Sentencia de 12 de abril de 2006; *Caso Wessels-Bergervoet vs. Holanda*, Application 34462/97, Sentencia de 12 de noviembre de 2002 y *Caso Andrejeva contra Letonia*, Application 55707/00, Sentencia de 18 de febrero de 2009.

¹¹⁹ El TEDH ha reconocido que la mera contaminación ambiental no supone siempre una lesión del artículo 8 del CEDH, ya que éste no garantiza un “derecho a la preservación del medio ambiente”. Para que esta “contaminación” afecte al ámbito protegido por el artículo 8 CEDH, debe alcanzar un cierto nivel, que depende de todas las circunstancias del caso, como, por ejemplo, la intensidad y la duración de la molestia y sus efectos nocivos. *Caso Powell and Rayner*, Application 9310/81, Sentencia de 21 de febrero de 1990 y *Caso Hatton y otros vs. Reino Unido*, Application 36022/97, Sentencia de 2 de octubre de 2001.

¹²⁰ En el *Caso Taskin contra Turquía*, Application 46117/99, Sentencia de 10 de noviembre de 2004, el TEDH condenó a Turquía por las prácticas de explotación de las minas de oro basadas en la técnica del cianuro. Estos casos destacan porque declaran los efectos nocivos, no directamente en relación con la vida privada o el domicilio de una persona, sino sobre el medio ambiente, creando una obligación positiva de evitarlo y de informar a la sociedad de los procedimientos que puedan provocar un daño medioambiental.

¹²¹ Cfr. *Caso Önerildiz vs. Turquía*, Application 48939/99, Sentencia de 18 de junio de 2002.

¹²² Cfr. *Caso Dulas vs. Turquía*, Application 25801/94, Sentencia de 30 de enero de 2001 y *Caso Nuri Kurt vs. Turquía*, Application 37038/97, Sentencia de 29 de noviembre de 2005.

¹²³ Cfr. *Caso Connors vs. Reino Unido*, Application 66746/01, Sentencia de 27 de mayo de 2004; *Caso Stankova vs. Eslovaquia*, Application 7205/02, Sentencia de 9 de octubre de 2007; *Caso Cosic vs. Croacia*, Application 8261/06, Sentencia de 15 de enero de 2009 y *Caso Larkos vs. Chipre*, Application 29515/95, Sentencia de 18 de febrero de 1999.

¹²⁴ Cfr. *Caso Olaru y otros vs. Moldavia*, Applications 476/07, 22539/05, 17911/08 y 13136/07, Sentencia de 28 de julio de 2009.

¹²⁵ Cfr. *Caso James y otros vs. Reino Unido*, Application 8793/79, Sentencia de 21 de febrero de 1986 y *Caso Mellacher y otros vs. Austria*, Applications 10522/83, 11011/84 y 11070/84, Sentencia de 19 de diciembre de 1989.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

cuanto al derecho a la salud, éste se ha garantizado en el SEDH mediante el derecho a la vida, la integridad, la vida privada y familiar o la propiedad privada.¹²⁶

Como podemos constatar, en una primera aproximación, el TEDH, dado sus propios medios, no cuenta con una norma que expresamente pueda dotar de plena autonomía de los derechos sociales por lo que sus desarrollos se han visto limitados a la práctica jurisprudencial vía indirecta a través de derechos civiles y políticos.

B. Comité Europeo de Derechos Sociales

En el caso del Sistema Europeo, el instrumento regional que actualmente tiene un catálogo más amplio y taxativo en materia de derechos sociales es la *Carta Social Europea*, abierta a la firma a los Estados en Turín el 8 de octubre de 1961. Los Estados miembros del Consejo de Europa reconocieron que, cuando en 1951 se adoptó el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sólo convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos civiles y políticos; sin embargo, con la *Carta Social Europea* los pueblos europeos garantizaron los derechos sociales con objeto de mejorar su nivel de vida y su bienestar social.

Como se había mencionado, en el Sistema Europeo, la *Carta Social Europea* enumera una lista más amplia de derechos sociales entre los cuales se encuentran: condiciones laborales,¹²⁷

¹²⁶ Véase: *Caso Cha 'are Shalom Ve Tsedek vs. Francia*, Application 27417/95, Sentencia de 27 de junio de 2000, *Caso Calvelli y Ciglio vs. Italia*, Application No. 32967/96, Sentencia de 17 de enero de 2002 y *Caso Codarcea vs. Rumanía*, Application 31675/04, Sentencia de 2 de junio de 2009; *Caso Tarariyeva vs. Rusia*, Application 4353/03, Sentencia de 14 de diciembre de 2006 y *Caso Brânduse vs. Rumanía*, Application 6586/03, Sentencia de 7 de abril de 2009.

¹²⁷ Es de resaltar que la gran mayoría de las disposiciones de la *Carta Social Europea* hacen especial énfasis al derecho al trabajo en diferentes vertientes; ya que se contempla la protección de las condiciones laborales equitativas, a la seguridad e higiene en el trabajo, remuneración equitativa, negociación colectiva, protección de los niños, niñas y adolescentes de condiciones laborales, protección de la maternidad de las trabajadoras, orientación profesional, formación profesional, derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo de profesión sin

derechos sindicales (artículo 5), salud (artículo 11), seguridad social (artículo 12), asistencia social y médica (artículo 13), beneficios de los servicios sociales (artículo 14), derecho a la vivienda (artículo 31); de igual manera la Carta Social hace especial énfasis en ciertos grupos de protección como lo son las personas con discapacidad¹²⁸ (artículo 15), niños, niñas y adolescentes (artículo 17), trabajadores migrantes y sus familias (artículo 19) y a las personas adultas mayores (artículo 23).¹²⁹

Un aspecto relevante que tutela la Carta Social Europea lo encontramos en el artículo 30 que protege a *las personas contra la pobreza y la exclusión social*; por lo que los Estados se comprometen

a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias.

Este precepto de la *Carta Social Europea* tiene explícitamente como finalidad aliviar la pobreza y la exclusión social obligan-

discriminación por razón del sexo, derecho a la información y la consulta, derecho a participar en la determinación en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo, protección en caso de despido, derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador, derecho a la dignidad del trabajo, derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato, los derechos de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder, derecho a la información y consulta en los procedimientos de los despidos colectivos.

¹²⁸ Hace mención el artículo a la protección de los *derechos de las personas minusválidas a la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad*, sin embargo es de destacar que la concepción de “minusválidos” fue un concepto que se acuñó bajo el modelo médico de la discapacidad por lo que para los efectos de este trabajo hemos optado por seguir el lenguaje que adopta la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que consagra el modelo de derechos humanos de la discapacidad.

¹²⁹ El artículo hace mención a la protección de los *derechos de las personas de edad avanzada y protección social*.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

do a los Estados a tener un enfoque integral con respecto de esas cuestiones. Así, se entiende *pobreza* como aquella que cubre a personas que se encuentran en situaciones que van de la pobreza extrema por varias generaciones en esas familias, a aquellos que están expuestos provisionalmente al riesgo de sufrirla. Por su parte, la expresión *exclusión social*, se entiende como la situación de las personas que se encuentran en una posición de pobreza extrema debido a una acumulación de desventajas, que sufren situaciones o acontecimientos degradantes o marginalización, cuyos derechos a recibir ciertos beneficios (brindados por el Estado) pueden haber expirado hace tiempo o cuyas situaciones es producto de circunstancias concurrentes.¹³⁰

El Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano equivalente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos pero que aplica la Carta Social Europea, tiene dos mecanismos para hacerla cumplir: los informes y las denuncias colectivas. Respecto de las denuncias colectivas, el Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea permite que presenten denuncias las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores al que se refiere el apartado 2 del artículo 27 de la Carta, otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación.¹³¹

Finalmente, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales se ha enfocado en gran medida a la protección de los derechos de la infancia, personas con discapacidad, per-

¹³⁰ Véase: Khaliq, Urfan y Churchill, Robín, “El Comité Europeo de Derechos Sociales: darle cuerpo al esqueleto de la Carta Social Europea”, en Langford, Malcolm (edit.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2013.

¹³¹ Véase: Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1995, artículo 1.

sonas extranjeras y las personas de la etnia gitana, derechos laborales como la seguridad e higiene en el trabajo.¹³²

3. Sistema Africano de Derechos Humanos

El Sistema Africano de Derechos Humanos presenta menos problemas al momento de hacer efectivos los derechos de carácter económico, social y cultural. La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (en adelante “la Carta Africana” o “Carta de Banjul”), de 1981, contempla tanto derechos civiles y políticos como derechos de índole económico, social y cultural,¹³³ entre los que encontramos: el derecho al trabajo (artículo 15), el derecho a la salud (artículo 16), el derecho a la educación (artículo 17.1), derecho a la cultura (artículo 17.2 y 17.3) el derecho al uso y goce de sus riquezas y recursos naturales (artículo 21), el derecho al desarrollo (artículo 22) y el derecho al medio ambiente (artículo 24).

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante “la Comisión Africana”) apuntó que

la singularidad de la situación africana y las cualidades especiales de la Carta Africana impone a la Comisión Africana una tarea importante pues el derecho internacional y los derechos humanos deben ser sensibles a las circunstancias africanas; claramente los derechos colectivos, los derechos ambien-

¹³² Al respecto puede consultarse: Jimena Quesada, Luis, “La jurisprudencia europea sobre derechos sociales”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un lus Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011, pp. 290-296.

¹³³ Ssenyonjo, Manisuli, “Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter”, en Ssenyonjo, Manisuli, *The African Regional Human Rights System : 30 years after the African Charter on Human and People’s Rights*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, p. 57.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

tales y los derechos económicos y sociales son elementos esenciales de los derechos humanos en África.¹³⁴

De esta manera la Comisión Africana dejó sentado que aplicará cualquiera de los diversos derechos contenidos en la Carta Africana; así, se da la oportunidad para dejar claro que no existe derecho en la Carta Africana que no pueda ser hecho efectivo.¹³⁵ En el Sistema Africano, la Comisión Africana ha declarado violaciones autónomas a derechos sociales consagrados en la Carta Africana o bien ha desarrollado otros derechos sociales que no se encuentran expresamente reconocidos en la Carta a través de los existentes en dicho instrumento internacional.

Sobre el derecho a la salud en el caso *Purohit and Moore vs. Gambia*, la parte demandante argumentó que el régimen legal de salud aplicable en Gambia a las personas con algún grado de discapacidad mental violaba el derecho a gozar del mejor estado de salud física y mental alcanzable contemplado en el artículo 16 de la Carta Africana. En este sentido, los representantes argumentaban que la “*Ley de Detención de Lunáticos*” era incompatible con el derecho a la salud contemplado en el artículo 16 y con el artículo 18.4 que consagra la protección de medidas especiales para las personas con discapacidad (ajustes razonables) pues no existían disposiciones o requisitos que deberían ser observados durante el diagnóstico, certificación y detención del paciente.¹³⁶ En este sentido, la Comisión Africana consideró que era evidente que el esquema de la Ley referida era deficiente en cuanto a los objetivos terapéuticos, así como la provisión de adaptar recursos y programas de tratamiento de las personas con discapacidad mental, una situación que el Estado demandado no negó, pero al mismo tiempo la Comisión Africana

¹³⁴ African Commission on Human and People’s Rights. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria Communications 155/96, párr. 68.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ ACHPR, Comunicación 241/2001, *Caso Purohit y Moore vs. Gambia*, 29 de mayo de 2003, párr. 4.

constató que el Estado sí tenía los recursos para satisfacer los derechos establecidos en los artículos 16 y 18.4 de la Carta de Banjul.¹³⁷ Al respecto la Comisión Africana externó que:

80. El disfrute del derecho humano a la salud, ya es ampliamente conocido que es vital en todos los aspectos de la vida y el bienestar de una persona, y es fundamental para la realización de todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales. Este derecho incluye el derecho a los servicios de salud, el acceso a bienes y servicios que se deben garantizar a todos sin discriminación de ningún tipo.

81. Más aún, como resultado de la condición y en virtud de la discapacidad, los pacientes con [alguna discapacidad mental] deben ser sometidos a un tratamiento especial que les permita no sólo alcanzar, sino también mantener un nivel óptimo de independencia y desempeño de acuerdo al artículo 18.4 de la Carta Africana...

82.- [La] Salud Mental incluye el análisis y el diagnóstico de la condición mental de la persona y el tratamiento, la atención y la rehabilitación de una enfermedad mental o sospecha de enfermedad mental...¹³⁸

La Comisión Africana, reconociendo las circunstancias fácticas, en especial los índices de pobreza, consideró que si bien los países africanos no se encuentran en posibilidad de proveer servicios, infraestructura y recursos necesarios para salvaguardar el derecho a salud de manera general, los Estados Parte tienen la obligación de tomar medidas *concretas y específicas*, aprovechando plenamente sus recursos disponibles, a fin de asegurar que el derecho a la salud se realice plenamente en todos sus aspectos y sin discriminación.¹³⁹ Así, si bien la Comisión Africana felicitó al gobierno porque no existía escasez de ciertos medicamentos para las personas con discapacidad mental –y

¹³⁷ *Ibidem*, párr. 83.

¹³⁸ *Ibidem*, párrs. 80-82.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 84.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

en aquellos casos en los que existía el Estado hacía todos los esfuerzos para aliviar ese problema— y que si bien el gobierno conocía los aspectos obsoletos de la Ley y había considerado durante mucho tiempo medidas administrativas para complementar y/o reformar las partes arcaicas de dicha Ley, esto no era suficiente pues, a juicio de la Comisión Africana, estaban en juego los derechos y las libertades de las víctimas, por lo que a las personas con discapacidad mental no se les debe negar su derecho a la atención médica adecuada, que es crucial para su supervivencia e inclusión en la sociedad.¹⁴⁰

Respecto al derecho al trabajo, en el *Caso Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo en África vs. Angola*, derivado de un proceso colectivo y masivo de expulsión de personas migrantes dentro de territorio angoleño, la Comisión Africana analizó el argumento de los representantes en el sentido de que las víctimas se encontraban en posesión de documentos oficiales, incluidos los pasaportes, visados, permisos de trabajo y de residencia, que permitía permanecer y trabajar legalmente en Angola. Además, a las víctimas del caso se les había pedido que pagaran por sus permisos de trabajo para que pudieran seguir laborando en las minas; no obstante fueron detenidos en razón de que los extranjeros no se les permitía participar en actividades mineras en Angola¹⁴¹ y el Estado no remitió ningún argumento para refutar ninguna de las alegaciones hechas. Al respecto la Comisión Africana consideró que la expulsión repentina sin haberse ajustado los procedimientos al debido proceso o a interponer recursos en los tribunales nacionales para impugnar las acciones del Estado demandado, constituyó un hecho grave sobre el derecho a seguir trabajando en condiciones equitativas y satisfactorias que tutela el artículo 15 de la Carta Africana: en consecuencia, la Comisión Africana sostuvo que las acciones de Angola sobre el arresto arbitrario, detención y posterior expulsión dio lugar a

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 85.

¹⁴¹ ACHPR, Comunicación 292/2004, *Instituto de Derechos Humanos y el Desarrollo en África vs. República de Angola*, de mayo de 2008, párr. 75.

que las personas que se encontraban trabajando legalmente en Angola perdieran sus puestos de trabajo de una forma que es equivalente a la violación del artículo 15 de la Carta de Banjul.¹⁴²

Con independencia de estos desarrollos jurisprudenciales, una de las grandes interrogantes que se han planteado es el tema de los “*derechos sociales perdidos*”; así, la Carta de Banjul a pesar de consagrar derechos sociales no hace referencia expresa a una adecuada forma de vida (incluido el derecho a la alimentación, ropa y vivienda), el derecho a la seguridad social o el beneficio de los progresos científicos y es que lo más desconcertante es que esos derechos “perdidos” en la Carta de Banjul están relacionados con las necesidades socio-económicas de las personas de la África predominantemente rural y empobrecida quienes tienen un bajo acceso a agua potable, una vivienda adecuada, alimento, etcétera.¹⁴³

No obstante, la práctica jurisprudencial puede desarrollar más el alcance de las disposiciones de la Carta Africana, como otros tribunales lo han hecho en su práctica.¹⁴⁴ Un caso en el cual la Comisión Africana interpretó más allá de la literalidad de la Carta Africana fue en el caso *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) vs. Nigeria* –mejor conocido como el *Caso del Pueblo Ogoni*–. En este caso, los representantes argumentaron que el gobierno de Nigeria había participado directamente en la producción de petróleo a través de una empresa petrolera estatal (Compañía Nacional de Petróleo de Nigeria-NPC) y que las operaciones habían causado una degradación ambiental y problemas de salud derivados de la contaminación al medio ambiente en el pueblo Ogoni.¹⁴⁵

¹⁴² *Ibidem*, párr. 76.

¹⁴³ Cfr. Alemahu Yeshanew, Sisay, *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 241.

¹⁴⁴ Salamero, Teixidó, Laura, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴⁵ ACHPR, Comunicación 155/96 Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) / Nigeria, 27 de octubre de 2001, párr. 1.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En relación al derecho a la salud (artículo 16) y el derecho al medio ambiente (artículo 24) la Comisión Africana señaló que estos derechos reconocen la importancia de un entorno limpio y seguro que está estrechamente ligado a los derechos económicos, sociales y culturales en la medida que el entorno afecta la calidad de vida y la seguridad de las personas.¹⁴⁶ Específicamente en cuanto al artículo 24 la Comisión Africana consideró que la expresión que usa este artículo (*derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo*) equivale al derecho a un medio ambiente sano; así, en el marco de este derecho se le impone al Estado que adopte medidas razonables y de otra índole para prevenir la contaminación y la degradación ecológica, para promover la conservación, así como asegurar un desarrollo ecológicamente sostenible y el uso de los recursos naturales.¹⁴⁷ De esta manera, el cumplimiento de los gobiernos en el tenor de los artículos 16 y 24 de la Carta Africana debe incluir estudios de impacto ambiental y social antes de cualquier desarrollo industrial importante, la realización de un seguimiento adecuado y la información para las comunidades expuestas a los materiales y actividades peligrosas, proporcionando oportunidades significativas para que las personas sean escuchadas en la toma de decisiones de los planes de desarrollo que afecten sus comunidades.¹⁴⁸ En este caso constató que ninguna de las medidas descritas anteriormente habían sido tomadas por el gobierno nigeriano en la tierra de las comunidades Ogoni.

En cuanto al derecho a disfrutar de los recursos naturales (artículo 21), los reclamantes alegaron que el gobierno de Nigeria estuvo involucrado en la producción de petróleo y por lo tanto no supervisó ni reguló las operaciones de las compañías petroleras dentro del territorio Ogoni. Por otro lado, el gobierno tampoco incluyó a la comunidades Ogoni en la decisiones que afectaban el desarrollo de la región Ogoni, por lo que no existió

¹⁴⁶ *Ibidem*, párr. 51.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 52.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párr. 53.

beneficios materiales para la población Ogoni.¹⁴⁹ En este tenor, la Comisión Africana refirió que a pesar de la obligación del Estado de proteger a las personas contra las interferencias en el disfrute de sus derechos, el gobierno de Nigeria facilitó la destrucción de la tierra Ogoni, lo que afectó de manera devastadora el bienestar de las comunidades, además dichas comunidades no tuvieron beneficios, lo que equivalía a la violación del artículo 21 de la Carta.¹⁵⁰

En relación a los *derechos perdidos* a los que nos referimos anteriormente, en este caso la Comisión Africana desarrolló el derecho a la vivienda adecuada y el derecho a la alimentación a partir de otros derechos de la Carta Africana. En cuanto a la violación del derecho de vivienda adecuada se analizó –conjuntamente– la violación de los artículos 14 (derecho a la propiedad), 16 (derecho al mejor estado de salud físico y mental posible/salud) y 18.1 (protección de la familia), la Comisión Africana sostuvo en la Carta de Banjul que:

60. Si bien el derecho a la vivienda o al refugio no está explícitamente previsto en la Carta Africana, el corolario de la combinación de las disposiciones que protegen el derecho a disfrutar del mejor estado posible de salud física y mental, así como el derecho a la propiedad y la protección de la familia, se prohíbe la destrucción sin sentido del refugio porque cuando la vivienda es destruida, la propiedad, la salud y la vida familiar se ven afectados de manera adversa. Por lo tanto, se observa que el efecto combinado de los artículos 14, 16 y 18.1 en la Carta Africana debe leerse en el sentido que se protege el derecho a la vivienda...

61. Como mínimo, el derecho a la vivienda obliga... a no destruir la vivienda de sus ciudadanos o de no obstaculizar los esfuerzos de los individuos o comunidades para reconstruir sus hogares perdidos. La obligación del Estado de respetar el derecho a la vivienda requiere –y por lo tanto todos

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 55.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 58.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

sus órganos y agentes— a que se abstenga de llevar a cabo, propiciar o tolerar cualquier práctica, política o medida legal que viole la integridad de la persona o infringir su libertad de usar los recursos materiales o de otro tipo disponibles, de tal manera que les resulte más adecuado al individuo, la familia, las familias o a las comunidades, para satisfacer el derecho a la vivienda. Las obligaciones de proteger obligan a impedir la violación del derecho de toda persona a una vivienda por cualquier otro actor individual o no estatal, como los propietarios, promotores inmobiliarios y los propietarios de tierras, y donde se producen estas violaciones se debe actuar para evitar o impedir nuevos atropellos, así como el garantizar el acceso a recursos legales. El derecho a la vivienda va más allá de un techo pues se extiende al derecho de todo individuo a vivir en paz, ya sea bajo un techo o no.¹⁵¹

En cuanto a la violación del derecho a la alimentación se estudió de manera conjunta la violación de los artículos 4 (derecho a la vida), 16 (derecho a la salud) y 22 (derecho al desarrollo económico, social y cultural) de la Carta Africana, estimando que:

65. El derecho a la alimentación está inseparablemente vinculado con la dignidad del ser humano y, por tanto, es esencial para el disfrute y el ejercicio de los demás derechos como la salud, la educación, el trabajo y la participación política. La Carta Africana y el derecho internacional requieren [que los Estados] protejan y mejoren las fuentes de alimentos existentes y garanticen el acceso a una alimentación adecuada para todos los ciudadanos. [Requiere, además,] que los gobiernos no destruyan ni contaminen las fuentes de alimentos. No se debe permitir que los particulares destruyan o contaminen las fuentes de alimentos, e impidan los esfuerzos de las personas para alimentarse.¹⁵²

¹⁵¹ *Ibidem*, párrs. 60 y 61.

¹⁵² *Ibidem*, párr. 65.

En el caso *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) vs. Kenya* –mejor conocido como el caso de la Comunidad Endorois– la Comisión Africana abordó el derecho a la cultura (17.1 y 17.2) y al desarrollo económico, social y cultural (artículo 22). En este caso, la Comunidad Endorois no había tenido acceso a su territorio ancestral –específicamente al Lago Bogoria– por las concesiones mineras que se habían permitido en su territorio ancestral, lo que les impedía realizar sus prácticas culturales.

En cuanto al derecho a la cultura, la Comisión Africana expresó que la protección de los derechos humanos van más allá de la obligación de no destruir o debilitar deliberadamente a grupos minoritarios, sino que requiere el respeto y la protección de su herencia religiosa y cultural esencial para su identidad de grupo, incluidos los edificios y sitios tales como bibliotecas, iglesias, mezquitas, templos y sinagogas. Además, agregó, que el artículo 17 de la Carta Africana es de una doble dimensión (naturaleza individual y colectiva) pues por una parte protege la participación de los individuos en la vida cultural de su comunidad y, por otro, obliga al Estado a promover y proteger los valores tradicionales reconocidos en la comunidad. De este modo, se debe entender

la cultura en el sentido de todo complejo que incluya una asociación espiritual y física con las tierras ancestrales, conocimientos, creencias, arte, normas, moral, costumbres o cualesquiera otras capacidades o hábitos adquiridos por el hombre como miembros de la sociedad –la suma total de las actividades materiales y espirituales y los productos de un grupo social dado que lo distingue de otros grupos similares–.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Por lo que la identidad cultural abarca la religión y el idioma de un grupo y otras características que lo definen.¹⁵³ En suma, fue de la opinión que:

246. [En] su interpretación de la Carta Africana, se ha reconocido el deber del Estado de tolerar la diversidad y de introducir medidas de protección de los grupos de identidad diferentes de las del grupo mayoritario o dominante. Así, se ha interpretado el artículo 17.2 en el sentido de obligar a los gobiernos a tomar medidas destinadas a la conservación, desarrollo y difusión de la cultura, así como la promoción de la identidad cultural como factor de apreciación mutua entre individuos o grupos... promover el conocimiento y el disfrute del patrimonio cultural de los grupos étnicos y minorías nacionales y de los sectores indígenas de la población.

...

248. [El] Estado no sólo tiene una obligación aún mayor en términos de tomar medidas positivas para proteger a los grupos y comunidades... sino también para promover los derechos culturales, incluyendo la creación de oportunidades políticas, institucionales u otros mecanismos que permitan a las diferentes culturas y formas de vida de existir...

La Comisión Africana concluyó que el Estado no había tenido en cuenta el hecho de que mediante la restricción al acceso al Lago Bogoria, se había negado el acceso a la comunidad a un sistema integrado por creencias, valores, normas, costumbres y tradiciones, por lo que se violaba el artículo 17 en sus numerales 2 y 3.¹⁵⁴

En cuanto al derecho a la violación del derecho al desarrollo, la Comisión Africana expresó que éste tiene dos facetas pues constituye un medio y un fin, y en tanto sólo se cumpla una

¹⁵³ ACHPR, Comunicación 276/03 *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, 25 de noviembre de 2009, párr. 241.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párrs. 250-251.

de las dos constituye una violación al derecho al desarrollo. Al respecto, la Comisión Africana consideró que el derecho al desarrollo requiere el cumplimiento de cinco criterios: a) debe ser equitativo, b) no discriminatorio, c) participativo, d) responsable y e) transparente.¹⁵⁵ Al tratarse de un caso de una comunidad indígena, la Comisión Africana desarrolló el contenido de estos criterios a la luz de las obligaciones de consulta (previa, libre, informada y de buena fe) y beneficios compartidos y vida digna desarrollados por el derecho internacional en materia indígena y el Sistema Interamericano.¹⁵⁶ Así, la Comisión Africana fue de la opinión que el Estado tenía la obligación de crear condiciones favorables para el desarrollo de un pueblo.¹⁵⁷

Sin duda el Sistema Africano se aventura como un sistema con un estándar mayor de protección a los derechos de naturaleza social explícita y contundentemente reconocido en su articulado; no obstante, hay que tener en cuenta que éste es el más “joven” de los tres sistemas regionales de protección de derechos humanos y apenas está en una fase temprana de funcionamiento y en pleno desarrollo de sus estándares regionales.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibidem*, párr. 277.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 278-297.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párr. 298.

¹⁵⁸ Cfr. Salamero Teixidó, Laura, *op. cit.*, p. 75.

II. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. *La Protección de los DESCAs en el Sistema Interamericano: el artículo 26 de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador*

A. *Una visión general del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

La estructura de la Convención Americana, que fue aprobada en 1969, sólo en su artículo 26 (Desarrollo Progresivo) contiene una norma que hace alusión a los DESCAs al disponer que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.¹⁵⁹

Si bien en 1988 se aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o “Protocolo de San Salvador”, y pese a conte-

¹⁵⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 26 (22 de noviembre de 1969).

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

ner un catálogo mucho más amplio y detallado de derechos sociales;¹⁶⁰ el Protocolo dispone en su artículo 19.6¹⁶¹ que sólo los derechos relacionados con la asociación sindical (artículo 8.1.a) y el derecho a la educación (artículo 13), pueden ser exigidos de *manera directa* ante los órganos del Sistema Interamericano, excluyendo a los demás derechos.¹⁶²

En el Sistema Interamericano, la justiciabilidad directa de los DESCAs *sobre derechos no contemplados* en el artículo 19.6 aún no se ha materializado, dado que la jurisprudencia interamericana ha optado por desarrollar el contenido de los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos contemplados en la Convención Americana (temática que se desarrollará en los apartados posteriores), como ha sucedido también en el Sistema Europeo;¹⁶³ es decir, mediante la vía de la conexi-

¹⁶⁰ Los derechos que contiene el Protocolo de San Salvador que no son exigibles vía artículo 19.6 son: Derecho al Trabajo (artículo 6), Derecho a las Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo (artículo 7), Derechos Sindicales (artículo 8), Derecho a la Seguridad Social (artículo 9), Derecho a la Salud (artículo 10), Derecho a un Medio Ambiente Sano (artículo 11), Derecho a la Alimentación (artículo 12), Derecho a los Beneficios de la Cultura (artículo 14). Resulta de especial interés para el autor la ausencia del Derecho a la Vivienda en este instrumento internacional, pues, por ejemplo, éste sí se encuentra plasmado en la Carta de la Organización de Estados Americanos en el artículo 34 k). En el mismo tenor, el derecho a la vivienda adecuada también se encuentra protegido por el artículo 11 del PIDESC.

¹⁶¹ Al respecto el artículo 19 establece que: ... 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁶² Puede verse una cronología de la adopción de este instrumento en: Labardini, Rodrigo, "El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 22, 1998, pp. 189-276, y Pinto, Mónica, "Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 56, julio-diciembre 2012, p. 160.

¹⁶³ Como puede apreciarse, los sistemas europeo e interamericano "han mostrado una clara preferencia por anclar los nuevos derechos sociales en tradicionales derechos civiles como el derecho a la vida, la igualdad y no discriminación, la propiedad, la libertad de asociación y la tutela judicial". Véase Santolaya Machetti,

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

dad basada, a nuestro entender, en una errónea concepción del principio de interdependencia e indivisibilidad.

En lo concerniente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana”), a partir de la entrada en vigor del Protocolo de San Salvador, en varias oportunidades ha aplicado el artículo 26 de la Convención Americana. La Comisión ha desarrollado diversos temas como el derecho a una vivienda,¹⁶⁴ el derecho a la educación,¹⁶⁵ el derecho a la salud,¹⁶⁶ los derechos laborales y a la seguridad

Pablo y Díaz Ricci, Sergio M., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier et al. (edits.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 312 y 313.

¹⁶⁴ CIDH, *Caso Ivanildo Amaro da Silva y otros vs. Brasil*, Informe No. 38/10: en este caso si bien se declaró inadmisibile, se alegó el derecho a una vivienda adecuada, no obstante no se ofrecieron suficientes elementos para demostrar una afectación al derecho a la vivienda; CIDH, Informe Anual de la CIDH 2001, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el 2001 (Paraguay)*, párr. 53: en la emisión de estas medidas cautelares se ordenó al Estado paraguay “suspender la ejecución de cualquier orden judicial o administrativa que implique el desalojo y/o levantamiento de las viviendas de la comunidad Yakey Axa y de sus miembros y que se abstenga de realizar cualquier otro acto o actuación que afecte su derecho a la propiedad y la circulación y residencia; CIDH, Informe Anual de la CIDH 2001, *Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el 2001 (Colombia)*, párr. 16: la Comisión Interamericana le solicitó al gobierno colombiano que adoptara las medidas necesarias para garantizar el albergue adecuado y condiciones necesarias de subsistencia de 63 niñas y niños y 50 adultos identificados e informar sobre las acciones adoptadas a fin de esclarecer abusos de autoridad que pudieran haberse efectuado en contra de los beneficiarios.

¹⁶⁵ CIDH, Informe Anual de la CIDH 1999, *Medidas Cautelares acordadas o extendidas por la Comisión durante el año 1999 (República Dominicana)*, párr. 52: La Comisión también ha intercedido con medidas interinas para proteger el derecho a la educación de ser violado arbitrariamente; en este caso la Comisión respondió ante la expulsión arbitraria de una niña de la escuela primaria requiriendo que el Estado adoptara las medidas necesarias a fin de que la niña “no fuera privada del derecho a asistir a clases y recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana”.

¹⁶⁶ CIDH, *Caso de la Comunidad Yanonami vs. Brasil*, Caso No. 7615, Resolución No. 12/85: la petición fue presentada por la invasión de extranjeros y exploración minera en territorio indígena, se argumentaron violaciones a los derechos a la salubridad y a la seguridad de las comunidades indígenas; *Caso Jorge Odir Miranda Cortez vs. El Salvador*, Caso No. 12.2249, Informe de Admisibilidad No. 29/01: La petición fue presentada por la ausencia de entrega de medicamentos de VIH. La Comisión consideró que el artículo 26 de la CADH prevé el derecho a la salud; CIDH, *Caso Luis Rolando Cuscul vs. Guatemala*, Caso No. 642/03: en este caso la Comisión

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

social.¹⁶⁷ el derecho a la sindicalización¹⁶⁸ y los derechos ambientales.¹⁶⁹

Interamericana consideró que la falta de entrega de medicamentos contra el VIH constituía una violación al derecho a la vida y a la integridad personal.

¹⁶⁷ CIDH, *Caso Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros vs. Argentina*, Caso No. 11.67. Informe No. 03/01: el caso estaba relacionado con las situaciones de los jubilados a los que se les retrasaba y dificultaba el reajuste de su pensión; CIDH, *Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso No. 11.625, Informe de Fondo No. 4/01: en este caso la Comisión Interamericana consideró que la legislación guatemalteca no permitía a la peticionaria el derecho equitativo a buscar trabajo, lo que se traducía en una falta de igualdad relacionado con el derecho al trabajo; CIDH, *Caso de la Asociación Nacional de Ex Servidores de Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú*, Informe de Admisibilidad y Fondo 38/09, Caso No. 12.670: en este caso la Comisión Interamericana analizó el cambio, a través de una reforma constitucional y legal, en la manera en que las presuntas víctimas venían ejerciendo su derecho a la pensión de jubilación. No se declaró la violación a ningún derecho; CIDH, Informe de Inadmisibilidad, *Caso Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas-MOSAP y otros vs. Brasil*, Caso No. 132/09: en este caso la Comisión declaró inadmisibile la petición porque consideró que una regresión frente al goce de la pensión era proporcionada de acuerdo con la reforma constitucional que disponía que los funcionarios públicos jubilados y pensionados quienes estaban exentos de pago de impuestos, fueran ahora obligados a pagarlos, al igual que todos los funcionarios públicos en activo; CIDH, *Caso Opario Lemone Morris y Otros (Buzos Miskitos) vs. Honduras*, Informe 121/09: en este caso se alegaba la precaria situación de protección en seguridad social, en este sentido la Comisión Interamericana consideró que las condiciones laborales de los buzos miskitos no reunirían, siquiera, las mínimas condiciones para asegurar su vida e integridad personal; CIDH, *Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación - AVIASA) vs. Venezuela*, Informe No. 70/04: en este caso la Comisión Interamericana declaró la admisibilidad sobre el derecho a la seguridad social, indicando que el incumplimiento de fallos judiciales dictados en el orden interno en el que se tutelaba el derecho a la seguridad social, del cual las presuntas víctimas afirmaban su titularidad, podrían caracterizar una violación al artículo 26 de la Convención.

¹⁶⁸ CIDH, *Caso Milton García Fajardo y Otros vs. Nicaragua*, Informe No. 100/01, Caso No. 11.381: este caso se relaciona con el despido arbitrario posterior al desarrollo de una huelga, la Comisión Interamericana consideró que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los DESC tutelados por la Convención Americana en su artículo 26 y que en dicho caso el Estado nicaragüense, en vez de tomar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves a sus derechos económicos y sociales.

¹⁶⁹ CIDH, *Caso de la Comunidad de San Mateo Huanchor y sus miembros vs. Perú*: el caso versaba sobre los efectos que sufrían los miembros de la comunidad, ocasionados por la contaminación ambiental originada por la permanencia de una cancha de relaves de residuos tóxicos; CIDH, *Caso de las Comunidades Indígenas del Distrito de Toledo vs. Belice*: el caso estaba relacionado con la afectación a las tierras ocupadas por dichas comunidades por el otorgamiento de concesiones ma-

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En el 2005, la Asamblea General de la OEA aprobó las *Normas para Elaboración de Informes Periódicos Previstos en el Artículo 19 del Protocolo de San Salvador*¹⁷⁰ y encomendó al Consejo Permanente de la OEA que propusiera una posible composición y funcionamiento de un Grupo de Trabajo.¹⁷¹ Este grupo de trabajo ha elaborado dos documentos sobre los indicadores de progreso de los derechos contemplados en el Protocolo, los cuales fueron aprobados en 2012 y 2014.¹⁷² Los objetivos principales de los indicadores que se desarrollan buscan contribuir a que los Estados Partes cuenten con herramientas útiles para realizar un diagnóstico de la situación de los derechos contenidos del Protocolo, establecer los temas y las agendas pendientes a partir de un diálogo participativo con la sociedad civil y formular estrategias para satisfacer progresivamente el catálogo de derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador. La evaluación de los indicadores se agruparon en dos partes,

dereras y petroleras por lo que se sufrió una afectación negativa al medio ambiente del que dependía el pueblo maya para su subsistencia; CIDH, *Caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhay vs. Argentina*, Caso No. 12.004: el caso se originó debido a la construcción de un proyecto de infraestructura en tierras ancestrales, sin consultar debidamente a las comunidades ni realizar el informe de impacto ambiental y social.

¹⁷⁰ OEA, *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 Protocolo de San Salvador*, AG/RES.2074(XXXV-O/05), Trigésimo Quinto Periodo Ordinario de Sesiones, 5 al 7 de junio de 2005.

¹⁷¹ OEA, *Protocolo de San Salvador: Composición y Funcionamiento del Grupo de Trabajo para analizar los Informes Periódicos de los Estados Parte*, Aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008) AG/RES, 2430 (XXXVIII-O/08). El 8 de junio de 2010, la Asamblea General manifestó que el Grupo de Trabajo se encontraba integrado por todos sus miembros titulares y, en consecuencia, era operativo. El grupo de trabajo se integró por los expertos independientes y gubernamentales Flàvia Piovesan, Paola Buendía García, Ramiro Ávila Santamaría, Laura Pautassi y por parte de la Comisión Interamericana Rosa María Belle Antoine y Rosa María Ortiz. Actualmente se encuentra conformado por Laura Pautassi (presidenta), Ramiro Ávila Santamaría (vicepresidente), Paola Buendía García, Flàvia Piovesan, Laura Elisa Pérez (experto independiente suplente), Andrés Scagliola (experto gubernamental suplente) y por la Comisión Paulo Vannuchi y Rosa María Ortiz (suplente).

¹⁷² Actualmente se encuentran disponibles en un solo documento denominado *“Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador”*, Organización de Estados Americanos, Documentos Oficiales, OEA/SER.D/XXVI.11.

a saber: en el primer documento se incorporó el derecho a la seguridad social (artículo 9), el derecho a la salud (artículo 10) y el derecho a la educación (artículo 13);¹⁷³ en lo que respecta al segundo documento, agrupa el derecho al trabajo y derechos sindicales (artículos 6, 7 y 8), derecho a un medio ambiente sano (artículo 11), derecho a la alimentación (artículo 12) y el derecho a los beneficios de la cultura (artículo 14).¹⁷⁴ De esta forma, el sistema de informes de los Estados Parte en el ámbito interamericano debe funcionar de forma complementaria respecto del procedimiento de presentación de informes ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, es decir, el monitoreo del Protocolo de San Salvador no busca duplicar otros sistemas de seguimiento que se desarrollan en el sistema universal de protección.¹⁷⁵

Otro punto de partida se constituyó en junio de 2012, cuando los Ministros de Relaciones Exteriores del hemisferio adoptaron, en Cochabamba, Bolivia, *la Carta Social de las Américas*. La Carta Social parte del reconocimiento que “los pueblos de América tienen legítima aspiración a la justicia social y sus gobiernos la responsabilidad de promoverlas. El desarrollo con equidad fortalece y consolida la democracia, en tanto son interdependientes y se refuerzan mutuamente”.¹⁷⁶ Además, añadió que

los Estados Miembros [se] compromete[n] a promover y a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos

¹⁷³ OEA, “*Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, *Primer Agrupamiento de Derechos*, Aprobación del Mecanismo de Seguimiento para la Implementación del Protocolo de San Salvador AG/RES, 2713 (XLII-O/12).

¹⁷⁴ OEA, “*Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, *Segundo Agrupamiento de Derechos*: Aprobación del Mecanismo de Seguimiento para la Implementación del Protocolo de San Salvador AG/RES, 2823 (XLIV-O/14).

¹⁷⁵ OEA, “*Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, Organización de Estados Americanos, Documentos Oficiales, OEA/SER.D/XXVI.11, párr. 60.

¹⁷⁶ OEA, Asamblea General, *Carta Social de las Américas*, Cochabamba, Bolivia, 4 junio 2012, OEA/Ser.P AG/doc.5242/12 rev. 1, artículo 1.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

y principios económicos, sociales y culturales a través de las políticas y programas que consideremos más eficaces y adecuados a [las] necesidades, de conformidad con nuestros procesos democráticos y recursos disponibles.¹⁷⁷

Sumado a lo anterior, la Comisión Interamericana acordó en 2012 la creación de la *Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.¹⁷⁸ Esta Unidad tenía el mandato de colaborar en el análisis y evaluación del goce de estos derechos en las Américas, asesorar a la Comisión Interamericana en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en la materia, realizar visitas a los Estados y elaborar estudios e informes.¹⁷⁹ Recientemente (2017), la Comisión Interamericana anunció que esta Unidad se transformaría en la *Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA)* por lo que también se emitió una convocatoria para elegir al nuevo (a) relator (a) especial,¹⁸⁰ que recientemente fue designada, como veremos en el capítulo IV.

B. Desarrollo histórico de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En lo que respecta a la Corte IDH, todavía no se ha materializado plenamente la tutela autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales ya que ha analizado la violación de los derechos civiles y políticos a la luz de ciertos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, optando “*por realizar una lectura social de los derechos civiles,*

¹⁷⁷ OEA, Asamblea General, *Carta Social de las Américas*, Cochabamba, Bolivia, 4 de junio de 2012, OEA/Ser.P AG/doc.5242/12 rev. 1, artículo 2.

¹⁷⁸ Durante el 146o. periodo ordinario de sesiones, celebrado del 29 de octubre al 16 de noviembre de 2012.

¹⁷⁹ Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Puede consultarse: <http://www.oas.org/es/cidh/desc/>.

¹⁸⁰ Véase: CIDH Convoca concurso para Relator/a sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Puede consultarse: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/015.asp>.

*renunciando, en buena medida, a teorizar sobre el surgimiento de nuevos derechos sociales como derechos directamente tutelables en los respectivos Convenios”.*¹⁸¹

La primera ocasión que este tema ocupó la preocupación de un juez en el Sistema Interamericano fue en 1984 en el voto concurrente del Juez Rodolfo Piza Escalante en la Opinión Consultiva No. 4 sobre la *Propuesta a la modificación de la Constitución de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. El ex juez Rodolfo Piza consideraba, en su voto, que todos los derechos humanos son

exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, convertido en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.¹⁸²

Para el juez Piza Escalante, lo que verdaderamente importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, “*exigibles directamente por sí mismos*”, y derechos de carácter progresivo que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, “*exigibles indirectamente*”, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que les otorgue con discriminación.¹⁸³

¹⁸¹ Santolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio M., *op. cit.*, pp. 312-313.

¹⁸² Voto concurrente del juez Rodolfo Piza Escalante a la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 3.

¹⁸³ *Idem*, párr. 6.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

El mencionado juez planteaba en su voto concurrente una posición bastante interesante, es decir, que todos los derechos deben ser garantizados progresivamente, en especial cuando “ciertos derechos” civiles y políticos no puedan ser exigidos de modo directo; lo anterior se debería ver a la luz de lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención referido a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de manera inversa, que las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” en la medida y aspectos en que éstos resulten razonablemente exigibles por sí mismos. Esta interpretación flexible y recíproca de las normas de la Convención con otras internacionales sobre la materia, e inclusive con las de la legislación nacional, se conviene con las “normas de interpretación” del artículo 29 de la misma.¹⁸⁴

Aunado a lo anterior, en 1986, la Corte Interamericana externó en sus Observaciones al Proyecto del Protocolo de San Salvador, e indicó que:

11.- El límite entre los [DESCA] que pueden llegar a ser objeto de una protección internacional de tipo regional en la que es posible la intervención de la Corte Interamericana y los restantes, que no pueden tener hoy un régimen de protección de tipo jurisdiccional que se integre a la competencia contenciosa de la Corte, no es un límite invariable y fijo, resultado de una condición ontológica, sino que, en gran parte deriva de circunstancias históricas vinculadas al desarrollo y la evolución del derecho.¹⁸⁵

Es decir, lo que el Tribunal Interamericano quiso dejar sentado es que si bien en 1986 los límites a la justiciabilidad de los DES-

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ Observaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, punto 11. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/3/pr/pr9.pdf>.

CA no se podían materializar de manera concreta para todos los derechos que se encontrarían en el Protocolo de San Salvador, ello no implicaba que las circunstancias históricas en ese momento fueran absolutas y que no pudieran evolucionar conforme con las nuevas realidades sociales y jurídicas del futuro.

Tuvieron que pasar aproximadamente 14 años para que en el año 2000 en el caso *Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) vs. Guatemala*, los ex jueces Antonio Cançado Trindade y A. Abreu Burelli expresaran en este caso que

[el derecho a la vida¹⁸⁶ se conceptualizaba dentro del] dominio de los derechos civiles y políticos, así como en el de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, pues precisamente en el caso de los Niños de la Calle, se puso de manifiesto que seguir concibiendo ciertos derechos desde un punto de vista de obligaciones negativas (obligaciones de no hacer) constituía un error debido a que no sólo éstas pueden ser exigidas a un Estado, sino también las obligaciones de carácter positivo, es decir, las acciones de hacer, relacionadas de manera directa con la vida digna, y a lo que al mismo tiempo ha denominado proyecto de vida de las personas pues se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino.¹⁸⁷

¹⁸⁶ “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

¹⁸⁷ *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, Voto Concurrente de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, p. 2. En casos posteriores diversos integrantes de la Corte Interamericana siguieron expresando su punto de vista sobre la temática de los DESC en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En 2003, en el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, frente a las alegaciones de la Comisión y de las víctimas se argumentó que el Estado había violado el artículo 26 de la CADH al dictar un decreto, en el cual se constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme con dicho decreto, de manera que se impuso un tope sustancialmente inferior al monto de la pensión nivelable que percibían las presuntas víctimas. Frente a esto, la Corte Interamericana, emitiendo un criterio altamente criticado,¹⁸⁸ expresó que:

... los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Así, expresó que el desarrollo progresivo, sobre el cual ya se había pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas se debe medir, en el criterio del 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.¹⁸⁹

Seis años después, bajo la misma temática de pensiones, en el *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la*

Véase, por ejemplo, el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez *ad hoc* Ramón Fogel, párrs. 23 y 30, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; el voto del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 7, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*; voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, párrs. 15-21.

¹⁸⁸ Christian Courtis, *El mundo prometido. Escrito sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 203-230, y Mejía, Joaquín, "Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, enero-junio 2010, San José, Costa Rica, pp. 64-74.

¹⁸⁹ *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147.

Contraloría) vs. *Perú*, el Tribunal Interamericano consideró pertinente recordar la *interdependencia* existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que debían ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.¹⁹⁰ Añadió, además, que el Tribunal observaba que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales no podría 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 esencial, 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.¹⁹¹ Finalmente, consideró que también se desprendía un deber —si bien condicionado— de *no regresividad*,¹⁹² que no siempre deberá

¹⁹⁰ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101. La Corte Interamericana expresó que era pertinente recordar lo que el Tribunal Europeo había expresado en el caso *Airey vs. Reino Unido*: El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente... y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio... Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.

¹⁹¹ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 102.

¹⁹² Desde el punto de vista conceptual esta obligación constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente las Constituciones

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.¹⁹³ Pese a hacer estas interpretaciones amplias sobre el contenido del artículo 26 en este caso, la Corte Interamericana consideró que los derechos afectados eran los relacionados con los recursos judiciales efectivos (artículo 25) y el derecho a la propiedad (artículo 21) por lo que no encontraba elementos para declarar adicionalmente la violación del artículo 26.

En 2013, en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, pese a que ni la Comisión Interamericana ni los representantes de la víctima habían alegado la posible violación del artículo 26, en su análisis sobre la violación del artículo 5.1, la Corte Interamericana consideró pertinente recordar la interdependencia e *indivisibilidad* de los derechos humanos y que deben ser exigibles en todos los casos ante las autoridades.¹⁹⁴ por lo que a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones.¹⁹⁵ Sin embargo, la Corte Inte-

imponen sobre los poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones de deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población. *Cfr.* Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (coord.), *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL-CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

¹⁹³ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 103. Véase para una documentación más amplia: Courtis, Christian (coord.), *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, cit.

¹⁹⁴ *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131.

¹⁹⁵ *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, 132.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

americana sólo circunscribió las violaciones del derecho a la salud de la víctima dentro del derecho a la integridad personal.

En 2015, los casos *Canales Huapaya y otros vs. Perú y Gonzales Lluy vs. Ecuador* pusieron de nueva cuenta el tema de la justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El primero de ellos, relacionado en la misma línea jurisprudencial de los casos *Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía*, estaba relacionado con el reclamo de pensiones en sede interna. Por otro lado, el caso de Talía Gonzales, una niña que a los tres años de edad había sido infectada con VIH en una transfusión sanguínea en la Cruz Roja (Banco de Sangre Privado).

En 2016, una serie de casos han hecho permear con mayor algidez la discusión en la Corte Interamericana. En el *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* se pudo haber abordado el derecho a la salud de las personas con discapacidad en los centros de privación de la libertad, pero sólo se declaró la violación de los artículos 4 y 5 de la CADH. En segundo lugar, en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, si bien la Corte IDH analizó las violaciones desde la óptica de las formas contemporáneas de esclavitud, no se puede dejar de lado que también estaban en juego las condiciones en las cuales los 85 trabajadores realizan el trabajo esclavo. En el *Caso Yarce y otras vs. Colombia*, la Corte IDH, aun cuando declara la violación del derecho a la propiedad privada contemplada en el artículo 21 del Pacto de San José, lo cierto es que también pudo haber analizado de manera autónoma el derecho a la vivienda –derecho que inclusive no se encuentra en el Protocolo de San Salvador–. Finalmente, en el *Caso I. V. vs. Bolivia* el Tribunal Interamericano externó que la accesibilidad de la información en materia de salud sexual y reproductiva se contemplaba –entre otros– protegida por el artículo 13 (libertad de expresión) de la CADH, dejando de lado un análisis bajo la óptica del derecho a la salud (sexual y reproductiva) como derecho autónomo.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En estos últimos casos, y aunado a algunos precedentes,¹⁹⁶ los integrantes de la Corte Interamericana han vertido argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana; lo cual ha hecho que esta discusión tome nuevas dimensiones y confiamos, en un futuro próximo, sea la antesala de la declaración de la violación del artículo 26 para aquellos derechos que no han sido contemplados como justiciables directamente en el Protocolo de San Salvador.

En todo caso, como se desarrollará en apartados posteriores, estimamos firmemente que el artículo 26 del Pacto de San José, a la luz del artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) del mismo instrumento y del principio *pro persona* (recogido en el artículo 29 de la Convención Americana), pueden permitir una interpretación más amplia para lograr la tutela autónoma de los derechos sociales, en especial teniendo en consideración el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana. A lo anterior hay que sumar que cada vez más jurisdicciones nacionales han dotado de contenido autónomo a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, lo que permitiría una interacción más fuerte entre el derecho nacional y el internacional.

2. La protección indirecta de los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. La protección indirecta por conexidad de los DESCAs: los principios de interdependencia e indivisibilidad

Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* internacional y nacional sobre derechos sociales para fundamentar su argumentación sobre el alcance del

¹⁹⁶ Por ejemplo, el voto de la jueza Margarette Macaulay al Caso *Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad con los derechos civiles. Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta línea argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente a los derechos sociales, como ha sucedido en diversas sentencias dictadas por el Tribunal Interamericano. Existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos.¹⁹⁷ Como se ha puesto de relieve, “podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”.¹⁹⁸

La posibilidad de que el Tribunal Interamericano se pronuncie sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deriva, en primer término, de la “interdependencia e indivisibilidad” existente entre estos derechos y los derechos civiles y políticos.¹⁹⁹ En las sentencias de los casos *Acevedo Buendía* y *Suárez Peralta*, expresamente se reconoció ese carácter, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.²⁰⁰

¹⁹⁷ Véase Melish, Tara J., “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2008, capítulo 19.

¹⁹⁸ Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011, p. 60.

¹⁹⁹ El párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, señaló en forma categórica que: “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

²⁰⁰ Cfr. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Lo anterior es de considerarse con la mayor importancia para el desarrollo evolutivo y justiciable de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de manera directa. El Tribunal Interamericano parte en esta forma de un precedente del año 2009 en el que ya había reconocido la “interdependencia” de los derechos humanos. En efecto, en aquella ocasión la Corte IDH expresó:²⁰¹

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la *interdependencia* existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Además de establecer “la interdependencia” en dicho caso entre los derechos humanos, el Tribunal Interamericano hizo suyo el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre extensiones interpretativas hacia la tutela de los derechos sociales y económicos. En esa misma ocasión, expresó:²⁰²

Al respecto, resulta oportuno citar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que, en el caso Airey señaló que:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente... y ha sido diseñado para salva-

²⁰¹ Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 101.

²⁰² *Idem*. En el mismo sentido, véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10, y TEDH. *Sidabras and Dziautas vs. Lituania*. Nos. 55480/00 y 59330/0. Sección segunda. Sentencia de 27 de julio de 2004, párr. 47.

guardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio... Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.²⁰³

Lo importante de esta consideración sobre la interdependencia de los derechos civiles y políticos en relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, realizada por la Corte IDH en el *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, radicó en que dicho pronunciamiento se efectuó al estudiar los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana, respecto de un derecho (seguridad social) no reconocido –aparentemente– como justiciable en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. Previo al análisis de fondo, el Tribunal Interamericano expresamente había desestimado la excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* opuesta por el Estado demandado:²⁰⁴

... el Estado alegó que el derecho a la seguridad social queda fuera del alcance de la competencia de la Corte en razón de la materia, ya que éste no está contemplado en la Convención Americana ni es uno de los dos derechos (derechos sindicales y derecho a la educación) que excepcionalmente serían justiciables ante el Sistema Interamericano, de conformidad con lo señalado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

²⁰³ TEDH. *Airey vs. Irlanda*. No. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26.

²⁰⁴ *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 12.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

La Corte IDH, sin hacer mención al Protocolo de San Salvador para determinar si tenía competencia sobre el mismo,²⁰⁵ al estimar que no era necesario toda vez que no se alegó violación directa a dicho instrumento internacional, desestimó la excepción preliminar del Estado, al considerar, por una parte, que como cualquier otro órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal Interamericano tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); y, por otra parte, que “la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver *cualquier controversia relativa a su jurisdicción*”.²⁰⁶ Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una *jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*”.²⁰⁷

En este importante precedente, la Corte IDH desestimó la excepción del Estado demandado que expresamente alegaba que carecía de competencia dicho órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre un derecho no justiciable en términos del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. Es decir, el Tribunal Interamericano al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para cono-

²⁰⁵ Sobre el particular, véanse las críticas de Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31/2, 2013, p. 167.

²⁰⁶ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párrs. 32 y 34; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 23, y *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 38.

²⁰⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 29, y *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia. Excepción Preliminar*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93, párr. 27.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

cer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José. No obstante, en el caso particular estimó que no resultaba infracción alguna a dicho precepto convencional.²⁰⁸ Al estudiar el fondo del asunto, la Corte IDH consideró que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25.²⁰⁹

La competencia de la Corte IDH para pronunciarse sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en términos del contenido normativo del artículo 26 del Pacto de San José, se advierte también con las consideraciones expresadas en el voto concurrente del antiguo presidente del Tribunal Interamericano Sergio García Ramírez, en el *Caso Acevedo Buendía y Otros vs. Perú* de 2009, que de alguna manera explica lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional.²¹⁰

Así, en su voto concurrente el ex juez interamericano reconoce que “ha sido muy limitada” hasta ese momento el tratamiento dado a los derechos económicos, sociales y culturales, y que el Tribunal Interamericano en ese caso “ha avanzado” en

²⁰⁸ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, Punto Resolutivo 3.

²⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, párr. 100. No debe pasar inadvertido que en este asunto, la Comisión en su Informe de Fondo no estimó violado el contenido del artículo 26, como sí lo hicieron los representantes de las víctimas al solicitar expresamente que “el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 (Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma”, párr. 4 de la misma Sentencia del *Caso Acevedo Buendía*. Sobre la importancia de este caso en el Sistema Interamericano véase Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, especialmente el capítulo 24 escrito por la primera autora: “Economic and Social Rights”, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 613-639.

²¹⁰ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* del 1 de julio de 2009, párrs. 15-21.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

la temática de esos derechos al “reafirmar su competencia – que debe quedar bien establecida– para pronunciarse en torno a posibles incumplimientos del artículo 26” de la Convención Americana. Por ello el Tribunal Interamericano “entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26”.

En este sentido, el Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía* expresamente hizo referencia a la “interdependencia” de los derechos para entrar al estudio de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 del Pacto de San José.²¹¹ Sin embargo, considero de importancia que junto con la interdependencia es necesario enfatizar el carácter “indivisible” de los derechos humanos, como expresamente lo establece en la sentencia del *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador* al considerar ambos conceptos: “interdependencia e indivisibilidad”.²¹²

De acuerdo con la interdependencia –dependencia recíproca–, el disfrute de unos derechos depende de la realización de otros, mientras que la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Incluso, algunos jueces de anteriores integraciones de la Corte IDH se han referido a la “interdependencia e indivisibilidad” de los derechos humanos.²¹³

En ese sentido, la “interdependencia e indivisibilidad” debe tratarse como un binomio inseparable, tal y como se señala en

²¹¹ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 101.

²¹² Cfr. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131.

²¹³ Véanse, por ejemplo, el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez *ad hoc* Ramon Fogel, párrs. 23 y 30, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125 y el voto del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 7, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

los principales instrumentos de derechos humanos.²¹⁴ Esto con el fin de enfrentar el reto de su interpretación e implementación como una tarea holística, que nos obliga a no perder de vista las implicaciones que tienen el respeto, protección y garantía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales y viceversa. En efecto, la aplicación, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales exige la misma atención y urgente consideración que los derechos civiles y políticos.²¹⁵

Sin embargo, al analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de conexidad mediante los principios de interdependencia e indivisibilidad de derechos sociales, pareciera que el Tribunal Interamericano confunde la esencia de estos principios, pues de lo que ambos principios tratan en realidad es enmarcar las violaciones de derechos humanos de manera integral y no parcial. Es decir, la Corte Interamericana en toda su jurisprudencia que ha tenido una temática social usa estos dos principios para justificar la violación del derecho social dentro de la naturaleza de los derechos civiles y políticos, desconociendo la autonomía y el contenido propio de cada derecho, que, si bien no se niega que sean interdependientes unos y otros, lo cierto es que los derechos civiles y políticos no permiten desarrollar obligaciones concretas en materia de DESCAs. Lo anterior tiene como consecuencia que hasta la fecha se fijen de manera limitada los alcances de los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

²¹⁴ Véase el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así como la Proclamación de Teherán 1948, párr. 13.

²¹⁵ Cfr. Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de septiembre de 1977, inciso 1, apartado a); Declaración sobre el derecho al Desarrollo Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, párr. 10 del preámbulo y artículo 6; Principios de Limburgo de 1986, en especial el núm. 3, y las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los DESC de 1997, particularmente la núm. 3.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Visualizar a la interdependencia e indivisibilidad como elementos que permitan la justiciabilidad directa de los DESCAs no contemplados en el artículo 19.6 daría oportunidad de establecer nuevos alcances en materia de derechos sociales. Estos alcances podrían implicar: a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y derechos civiles y políticos ; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta –que en algunos ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos– y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, conforme con su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir –como sucede con los derechos civiles y políticos– a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; f) permitir una interpretación evolutiva y sistemática del *corpus juris* interamericano, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador; y g) proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con el fin de darles contenido.

B. Los DESCAs protegidos de manera indirecta por conexidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Sólo en una ocasión ha sido declarado violado un derecho social, el derecho a la educación, en los 216 casos contenciosos

que hasta la fecha ha conocido la Corte IDH. Sin embargo, en un número importante de casos han involucrado alguna faceta en materia de derechos sociales, por lo que la Corte IDH ha desarrollado estándares, a la luz de los derechos civiles y políticos, especialmente en materia de derecho a la salud, derecho a la seguridad social, derecho a la educación, derechos sindicales, derecho al trabajo, derecho a un medio ambiente, derecho a la alimentación, derecho a la cultura y derecho la vivienda.

Es importante destacar que el análisis que se presenta a continuación se desarrolla bajo una relectura alternativa de los casos bajo un enfoque de derechos sociales

B.1. Derecho a la salud (artículo 10 del Protocolo de San Salvador)

La importancia del derecho a la salud en nuestra región quizá se pone en manifiesto en la propia jurisprudencia interamericana pues de los 216 casos conocidos por el Tribunal Interamericano, 27 casos se han relacionado con al menos un aspecto del derecho a la salud; que han sido protegidos a través de los derechos a la vida, a integridad personal, a la vida privada, a la protección de la familia, las garantías judiciales, el derecho al acceso a la información, entre otros.²¹⁶ Para los efectos del presente apartado dividiremos el desarrollo del derecho a la salud en dos secciones: 1. El derecho a la salud respecto de grupos en situación de vulnerabilidad; y 2. Las diversas facetas del derecho a la salud. La anterior clasificación no pretende ser una distinción tajante, pues en muchos de los casos conviven

²¹⁶ Por cuestiones metodológicas el análisis del derecho a la salud se ha centrado en los casos contenciosos, sin embargo, existen medidas provisionales y opiniones consultivas importantes en la materia. Un asunto que es de vital importancia es el relacionado con las medidas provisionales del *Asunto B vs. El Salvador. Asunto B. respecto de El Salvador. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de agosto de 2013.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

ambas circunstancias, pero a modo de facilitar el análisis se ha optado por un esquema de clasificación de temáticas.

a. El derecho a la salud respecto de grupos en situación de vulnerabilidad

Respecto de los derechos de las mujeres, y en concreto en el caso de las mujeres indígenas, en el caso *Sawhoyamaxa*, el Tribunal Interamericano expresó que por la situación de vulnerabilidad de las mujeres embarazadas, los Estados debían prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el periodo de lactancia, el acceso a *servicios adecuados de atención médica*.²¹⁷ Además, en el caso *Xákmok Kásek*, resaltó que la extrema pobreza y la falta de *atención médica a mujeres* en Estado de embarazo o posembarazo eran causas de alta mortalidad y morbilidad materna. Por ello, los Estados debían brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y posparto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. *Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección*.²¹⁸

Sobre las violaciones sexuales y la intromisión a la vida sexual de las mujeres (que es también un aspecto de los derechos sexuales y reproductivos) en los casos del *Penal Miguel Castro y Castro, J.* y *Espinoza Gonzales* contra el Estado peruano y en los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* contra el Estado

²¹⁷ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

²¹⁸ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 233.

mexicano se abordó la violencia sexual como una forma de tortura –relacionado con casos de violaciones sexuales–. Así en el *leading case* del Penal Miguel Castro y Castro, se consideró que

siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del derecho penal internacional como en el derecho penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”.²¹⁹

Abonando a lo anterior, en 2013, en el *Caso J. vs. Perú* la Corte Interamericana amplió el criterio y expresó que:

... Al respecto, la Corte aclara que para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea, en los términos antes descritos. Además, se debe entender que la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal. Esta interpretación es acorde con la concepción de que cualquier tipo de penetración, por insignificante que sea, es suficiente para que un acto sea considerado violación sexual. Este Tribunal entiende que la violación sexual es una forma de violencia sexual.²²⁰

²¹⁹ *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 310.

²²⁰ *Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 35. En el caso concreto de la señora J la Corte expresó que: “360. La Corte considera que este acto implicó la invasión física del cuerpo de la señora J. y al involucrar el área genital de la presunta víctima significó que el mismo fuera de naturaleza sexual. Asimismo, las circunstancias en las que se produjeron los hechos eliminan cualquier posibilidad

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

A partir de los casos de *Inés Fernández Ortega* y *Valentina Rosendo Cantú* la Corte Interamericana ha analizado la violación sexual que sufren las víctimas como una forma de tortura a través de los elementos de 1.- Intencionalidad, 2.- Que este acto cause severos sufrimientos físicos y mentales severos²²¹ y 3.- Que tenga finalidad de causar daño.²²²

También a partir de estos casos el Tribunal Interamericano expresó que:

en relación a la vida privada y la vida sexual, ésta se encuentra protegida por el artículo 11 de la Convención Americana y por tanto, si bien esa norma se titula “Protección de la Honra

de que hubiese habido consentimiento. Por tanto, este Tribunal considera que el ‘manoseo’ del cual fue víctima la señora J. constituyó un acto de violencia sexual. Si bien las víctimas de violencia sexual tienden a utilizar términos poco específicos al momento de realizar sus declaraciones y no explicar gráficamente las particularidades anatómicas de lo sucedido este Tribunal considera que a partir de las declaraciones de la presunta víctima que constan en el expediente del presente caso no es posible determinar si dicha violencia sexual además constituyó una violación sexual en los términos señalados anteriormente”.

²²¹ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 124. *Sufrimiento físico o mental severo*: “...la Corte ha establecido que un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo. Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales”. En el mismo sentido: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 114.

²²² *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 127. *Finalidad*: “La Corte considera que, en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre”. En el mismo sentido: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 117.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. Por su parte, el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.

Además señaló que:

la violación sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada, supone una intromisión a la vida sexual y anula el derecho a tomar decisiones libremente respecto de con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.²²³

Respecto del derecho a la salud de los *niños*, en particular de los niños y niñas indígenas, la Corte expresó que, derivado del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, los Estados deben asumir una postura especial de garante y de responsabilidad. Así, los Estados tiene la obligación de brindar las condiciones básicas orientadas a asegurar que la situación de vulnerabilidad de tal forma que no limite su desarrollo o destruya sus proyectos de vida.²²⁴ Bajo este entendido, la Corte IDH ha establecido que el cuidado de la salud de los niños supone una de las medidas de protección y constituye uno de los pilares fundamentales para garantizar la vida digna por parte de los niños, que en virtud de su condición de vulnerabilidad se hallan

²²³ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129. En el mismo sentido: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119.

²²⁴ *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 172 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa de sus derechos.²²⁵ Así, y a modo de ejemplo, en el Caso *Xákmok Kásek*, la Corte consideró que resultaba preocupante que 11 de 13 niños miembros de la comunidad cuya muerte fue imputable al Estado eran niños y niñas. En palabras del Tribunal: *la Corte nota que las causas de dichos fallecimientos se hubieran podido prevenir con una adecuada atención médica o asistencia por parte del Estado.*²²⁶

Respecto de los niños y niñas privados de la libertad, la Corte Interamericana ha expresado que además de las obligaciones generales contenidas en la CADH para toda persona, el artículo 19 impone una obligación adicional.²²⁷ En este sentido, derivado de los artículos 6 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño se debe garantizar en la *máxima medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo del niño*. En el caso del Instituto de Reeducción del Menor, la Corte expresó que:

161. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de *asistencia de salud* y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida. En este sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados [es] que: 13. No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el

²²⁵ Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 258.

²²⁶ *Ibidem*, párr. 260.

²²⁷ Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160.

derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad.²²⁸

Además, en el *Caso Mendoza vs. Argentina*, el Tribunal Interamericano recordó que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce “el derecho del niño al disfrute del más *alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud*”, y compromete a los Estados a esforzarse “por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.²²⁹

En este contexto, quizá uno de los casos más emblemáticos que ha conocido el Tribunal Interamericano en materia de salud de niñas y niños ha sido el de Talía Gonzales Lluy. La víctima fue infectada, a los tres años de edad, en un banco de sangre privado de VIH/SIDA.²³⁰ En ese caso, la Corte Interamericana consideró que la insuficiente supervisión e inspección por parte del Ecuador dio lugar a que el Banco de Sangre de la Cruz Roja de la Provincia del Azuay continuara funcionando en condicio-

²²⁸ *Ibidem*, párr. 161. Además en este caso la Corte IDH externó que: “173. [quedó] demostrado en este caso que los niños internos en el Instituto no tuvieron siquiera la atención de salud adecuada que se exige para toda persona privada de libertad y, por lo tanto, tampoco la supervisión médica regular que asegure a los niños un desarrollo normal, esencial para su futuro”.

²²⁹ *Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 191.

²³⁰ *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 189. Por otro lado, la Corte IDH también señaló que: “254. Algunos de los principales tratados internacionales de derechos humanos se han interpretado de tal manera que incluyen el VIH como motivo por el cual está prohibida la discriminación. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe la discriminación por diversos motivos, incluyendo “cualquier otra condición social”, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha confirmado que el “estado de salud (incluidos el VIH/SIDA)” es un motivo prohibido de discriminación. El Comité de los Derechos del Niño ha llegado a la misma conclusión en relación con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y también la antigua Comisión de Derechos Humanos señaló que la discriminación, actual o presunta, contra las personas con VIH/SIDA o con cualquier otra condición médica se encuentra tutelada al interior de otras condiciones sociales presentes en las cláusulas antidiscriminación. Los Relatores Especiales de la ONU sobre el derecho a la salud han adoptado esta postura”.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

nes irregulares que pusieron en riesgo la salud, la vida y la integridad de la comunidad. En particular, esta grave omisión del Estado permitió que sangre que no había sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH, fuera entregada a la familia de Talía para la transfusión de sangre, con el resultado de su infección y el consecuente daño permanente a su salud.²³¹

Si bien la Corte Interamericana en este caso no declaró violado el derecho a la salud y lo subsumió en los derechos a la vida y a la integridad personal, hizo importantes pronunciamientos respecto del derecho a la salud de las personas que viven con VIH /SIDA. Así consideró el daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida pudiera enfermar, constituyó una afectación a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos enfrentó y puede enfrentar Talía.²³² En ese caso la Corte Interamericana se pronunció en el sentido de:

193. Al respecto, la Corte nota que el Protocolo de San Salvador establece que, entre las medidas para garantizar el derecho a la salud, los Estados deben impulsar “la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas”; “la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole”, y “la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”. Obligaciones similares establece el artículo 12(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este marco de obligaciones se insertan diversos deberes en relación con el acceso a medicamentos. De acuerdo con la Observación General No. 14, el derecho al más alto nivel

²³¹ En este caso, la Corte Interamericana no encontró violación a la obligación de regulación pues el Estado ecuatoriano ya había modificado su normativa en materia de regulación de bancos de sangre interna cuando el caso fue sometido al conocimiento de la Corte Interamericana. *Ibidem*, párr. 183.

²³² *Ibidem*, párr. 190.

posible de salud genera algunas obligaciones básicas y mínimas, que incluyen “[f]acilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.”²³³

Además, el Tribunal Interamericano agregó que, el acceso a los medicamentos forma parte indispensable del *derecho del más alto nivel posible de salud*, en particular refirió que el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos han emitido resoluciones que reconocen que

el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.²³⁴

Sobre la atención del derecho a la salud en los *centros de privación de la libertad* el Tribunal ha señalado que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 de la Convención Americana derivan deberes especiales determinables en función de las particulares

²³³ *Ibidem*, párr. 193.

²³⁴ *Ibidem*, párr. 194. También expresó que: “195. Al respecto, la Corte considera que las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante ‘OACNUDH’) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (en adelante ‘ONUSIDA’) constituyen una referencia autorizada para aclarar algunas obligaciones internacionales del Estado en esta materia. La Sexta Directriz, revisada en 2002, señala que: los Estados deberían adoptar medidas de políticas que regulen los bienes, servicios e información relacionados con el VIH, de modo que haya suficientes medidas y servicios de prevención, adecuada información para la prevención y atención de los casos de VIH y medicación inocua y eficaz a precios asequibles. Los Estados deberían tomar también las medidas necesarias para asegurar a todas las personas, sobre una base sostenida e igualitaria, el suministro de y la accesibilidad a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH/SIDA, incluidos la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las infecciones oportunistas y de las enfermedades conexas...”.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En tal sentido, el Tribunal Interamericano ha indicado que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano.²³⁵

En esta temática, en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, la Corte Interamericana consideró que los Estados tenían la obligación de brindar revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal.²³⁶

En el *Caso Vera y Vera vs. Ecuador*, con independencia de que la Corte Interamericana vincula directa e inmediatamente la

²³⁵ *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226., párr. 42.

²³⁶ Sobre este particular la Corte Interamericana precisó que era necesario remitirse al Principio vigésimo cuarto para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión que determina que: “[s]e ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos”. *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrs. 154-155.

atención de la salud humana con los derechos a la vida y a la integridad personal, el Tribunal Interamericano hizo referencia a que el artículo 10 del Protocolo de San Salvador establecía que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indicó que la salud es un bien público. Así, esta Corte IDH ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera.²³⁷ De esta forma, la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme con la condición de ser humano dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y mentales acumulativos y, en algunos casos, el sexo y la edad de la misma, entre otros.²³⁸

En el caso del derecho a la salud de los *pueblos y comunidades indígenas*, la Corte IDH ha precisado que una de las obligaciones que debe asumir ineludiblemente el Estado en su posición de garante con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.²³⁹

²³⁷ *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43.

²³⁸ *Ibidem*, párr. 44. En este caso el Tribunal Interamericano invocó Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos y el Principio 24 para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión. Véase los párrs. 50 y 51.

²³⁹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Sobre este análisis, en primer lugar los pueblos indígenas tienen derecho a practicar la medicina tradicional de prevención de cura de enfermedades cuando tienen acceso a sus territorios.²⁴⁰ En el caso de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte Interamericana, invocando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 14 sobre el Disfrute del más alto nivel de Salud,²⁴¹ expresó que:

167. *Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia.*²⁴²

²⁴⁰ *Ibidem*, párr. 168.

²⁴¹ La Corte Interamericana invocó al Comité DESC en los siguientes términos: 166. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud señaló que [l]os pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales... Para las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que... la... pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones

²⁴² *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167.

En el *Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, la Corte IDH consideró que frente al alegato del Estado de que éste ponía a disposición de los pueblos indígenas un servicio público de salud y que era responsabilidad de personal de los ciudadanos llegar a los centros asistenciales (responsabilidad que sería compartida a criterio del Estado con los líderes y caciques). Si bien el Tribunal Interamericano observó que a nivel interno se le otorgaba el derecho a los pueblos indígenas a ser atendidos gratuitamente en los centros de salud públicos y eran exonerados de la totalidad de los gastos relacionados a estudios y otros procedimientos médicos,²⁴³ también hizo notar que la comunidad sufría severas limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud debido a la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales.²⁴⁴

Entre los serios problemas de la comunidad se encontraban los impedimentos de los miembros de esta Comunidad para acudir por sus propios medios a los centros asistenciales de salud.²⁴⁵ Por otro lado, el Tribunal notó que a pesar de tales dificultades algunas personas acudieron a centros de salud y recibieron cierto tipo de atención médica, pero ésta fue insuficiente, a destiempo o no integral. En otras palabras, la Corte externó que la legislación por sí sola no es suficiente para garantizar la plena efectividad de los derechos protegidos por la Convención, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.²⁴⁶ Con ello, los bienes y servicios de salud específicamente dejaron de depender de la capacidad adquisitiva individual de las presuntas víctimas, y por tanto el Estado debió adoptar me-

²⁴³ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 167.

²⁴⁴ *Ibidem*, párr. 168.

²⁴⁵ *Ibidem*, párr. 174.

²⁴⁶ *Cfr. Ibidem*, párr. 167.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

didadas que contribuyeran a la prestación y suministro de tales bienes y servicios.²⁴⁷

En lo tocante a los servicios de salud de las *personas migrantes privadas de su libertad*, la Corte Interamericana ha expresado que no solamente basta con que se proporcione de manera básica, sino que en determinados casos será necesario que sea de manera especializada, además de que deben hacerse exámenes médicos al momento de ser privados de la libertad. Así, la Corte Interamericana señaló que el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos, inclusive en las estaciones migratorias, revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. En suma, la falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria de la Convención Americana dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos.²⁴⁸

En el *Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, la Corte advirtió que la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables. En este sentido, el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos,

²⁴⁷ *Ibidem*, párr. 173.

²⁴⁸ Para ello, el Tribunal Interamericano invocó el Principio 24 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión que determina que se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos. La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de las personas privadas de libertad. En el *Caso Vélez Loor*, la Corte consideró que se vulneraba el artículo 5.1 y 5.2. *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 220.

en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención.²⁴⁹

Sobre el derecho a la salud de las *personas con discapacidad* internadas en centro de tratamiento, en el *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, expresó que, en ese tipo de entornos institucionales, ya sean públicos y privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Bajo estos supuestos, el Tribunal Interamericano consideró que las torturas, y otras formas de trato cruel inhumano o degradante, cuando son infringidas a las personas con discapacidad, restringen su autonomía lo cual podría tener como consecuencia agravar la discapacidad.²⁵⁰ De esta forma, la atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite. Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad y mejorar su calidad de vida.²⁵¹

La Corte Interamericana agregó que los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales.²⁵² Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas

²⁴⁹ *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 108.

²⁵⁰ *Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 107.

²⁵¹ *Ibidem*, párr. 109.

²⁵² *Ibidem*, párr. 128.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidación que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.²⁵³

El *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* —una mujer privada de la libertad con diabetes que derivado de una mala atención médica dentro del centro de detención adquirió una discapacidad motriz al amputársele la pierna— fue, por diversas razones, importante para el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad, ya que la Corte IDH profundizó sobre la accesibilidad y los ajustes razonables que los Estados debían observar para garantizar los derechos de las personas con discapacidad; en relación al derecho a la salud, cabe destacar el análisis seccionado del derecho a la salud que realiza en su sentencia la Corte IDH: a) desde el momento de ingreso de la señora Chinchilla Sandoval al centro de detención hasta que se le amputada la pierna²⁵⁴ y b) desde el momento que adquiere la discapacidad motriz derivada de la mala atención médica.

²⁵³ La Corte consideró en el *Caso Ximenes Lopes* que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado. *Ibidem*, párrs. 129 y 130.

²⁵⁴ Cabe destacar que la Corte IDH en este caso enmarcó el análisis de este primer momento de la siguiente manera: “*Obligaciones del Estado de proveer atención y tratamiento médico a las personas privadas de libertad*” y “*El deber del Estado de proveer tratamiento adecuado a la presunta víctima por su condición de diabetes y padecimientos relacionados luego de su privación de libertad*”. Cfr. *Caso Chinchilla*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

En relación al primer momento, la Corte IDH consideró que se violaban el derecho a la vida y a la integridad personal pues el Estado no había comprobado que se mantuvieran registros o expedientes sobre el estado de salud y tratamiento otorgados a la víctima desde su ingreso al centro de detención, ya fuera en el propio lugar o en los hospitales o centro de atención donde fue atendida. Tampoco fue comprobado que la alimentación y medicamentos debidos le fueran adecuados y regularmente proporcionados por el Estado. Ante el deterioro progresivo de su salud, los propios médicos que la examinaron expresaron que existía una situación de riesgo latente para su vida e integridad personal, dado que ella padecía una enfermedad grave, crónica y eventualmente fatal. La Corte IDH comprobó que no constaba que las autoridades se hubieran asegurado de que, dada la naturaleza de su condición de salud, la supervisión médica fuera periódica, adecuada y sistemática dirigida al tratamiento de enfermedades y de su discapacidad y a prevenir su agravamiento, en particular mediante la provisión de dietas apropiadas, rehabilitación y otras facilidades necesarias. Además, agregó que:

[s]i el Estado no podía garantizar tales atenciones y tratamientos en el centro penitenciario en que se encontraba, estaba obligado a establecer un mecanismo o protocolo de atención ágil y efectivo para asegurar que la supervisión médica fuera oportuna y sistemática, particularmente ante alguna situación de emergencia. En este caso, los procedimientos establecidos para la consulta externa en hospitales no tenían la agilidad necesaria para permitir, de manera efectiva, un tratamiento médico oportuno.²⁵⁵

Sandoval vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párrs. 166-199.

²⁵⁵ *Ibidem*, párr. 199.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Sobre el segundo momento, en relación al derecho a la salud de las personas privadas de libertad con discapacidad, la Corte IDH expresó que el Estado tenía la obligación de garantizar la accesibilidad a las personas que se vean privadas de su libertad de conformidad con el principio de no discriminación y con los elementos interrelacionados de la *protección a la salud, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*, incluida la realización de ajustes razonables necesarios en el centro penitenciario, para permitir que la señora Chinchilla Sandoval pudiera vivir con la mayor independencia posible y en igualdad de condiciones con otras personas en situación de privación de libertad.²⁵⁶ Además, la Corte IDH externó que el Estado debió facilitar que pudiera acceder, conforme con el principio de equivalencia, a medios a los cuales razonablemente hubiera podido acceder para lograr su rehabilitación si no hubiera estado bajo custodia estatal, así como para prevenir la adquisición de nuevas discapacidades.²⁵⁷ Respecto de las facilidades prácticas y procedimientos que debían seguirse para permitir las salidas de la señora Chinchilla del Centro de Orientación Femenina y su asistencia a las citas médicas en hospitales, se daban múltiples dificultades de accesibilidad física al transporte y de disponibilidad de medios de transporte y tiempo de los policías que la custodiaban, lo que generaba que la señora Chinchilla estuviera limitada a su entorno por lo que no fueron adoptadas otras medidas para paliar la situación ante su discapacidad sobrevenida, en particular un acceso razonable a medios para posibilitar su rehabilitación cuando su salud se había deteriorado.²⁵⁸

Respecto de una de las facetas del derecho a la salud, como lo es la rehabilitación de una persona con discapacidad, en el *Caso Furlan vs. Argentina*, la Corte recordó que las actuaciones

²⁵⁶ *Ibidem*, párr. 215.

²⁵⁷ *Ibidem*, párr. 216.

²⁵⁸ *Ibidem*, párr. 218.

deben observar una “*excepcional diligencia*” de los juzgadores para asegurar el derecho a la salud de las personas con discapacidad. En el caso de Sebastián Furlan, la Corte expresó que:

con base en lo anteriormente expuesto, la Corte considera relevante recordar que el presente proceso civil por daños y perjuicios involucraba un menor de edad, y posteriormente un adulto, en condición de discapacidad, lo cual implicaba una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos. Particularmente, respecto a las autoridades judiciales que tuvieron a cargo dicho proceso civil era imprescindible que éstas tuvieran en cuenta las particularidades relacionadas con la condición de vulnerabilidad en la que se encontraba la presunta víctima, pues, además de ser un menor de edad y posteriormente un adulto con discapacidad, contaba con pocos recursos económicos para llevar a cabo una rehabilitación apropiada.²⁵⁹

Además, en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, la Corte consideró que, con respecto de los niños con discapacidad, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que:

²⁵⁹ *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 201. Al respecto la Corte Interamericana invocó al Tribunal Europeo y expresó que: 195. [E]l Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en reiteradas oportunidades ha utilizado este criterio en el análisis de plazo razonable. En efecto, en el *Caso H. vs. Reino Unido*, dicho Tribunal hizo especial énfasis en la importancia de “lo que estaba en juego” para el accionante, y determinó que el resultado del procedimiento en cuestión tenía un carácter particular de irreversibilidad, por lo que en este tipo de casos las autoridades deben actuar con una diligencia excepcional. Asimismo, en el *Caso X. vs. Francia*, el Tribunal manifestó que las autoridades judiciales debían actuar de manera excepcionalmente diligente en un procedimiento en el que estaba involucrada una persona con SIDA, ya que lo que estaba en juego para el accionante era de crucial importancia, tomando en cuenta que sufría de una enfermedad incurable que reducía sus expectativas de vida. De igual forma, en los casos *Codarcea vs. Rumania* y *Jablonska vs. Polonia*, el Tribunal Europeo consideró que la avanzada edad de los accionantes requería de una especial diligencia de las autoridades en la resolución del proceso.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

[e]l logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud.²⁶⁰

Sobre las *personas adultas mayores*, la Corte Interamericana en el *Caso Yakye Axa*, expresó que en lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando la atención de salud. En particular, el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables. Se debe tomar en consideración que las personas de edad avanzada son fuente de la transmisión oral de la cultura a las nuevas generaciones.²⁶¹

b. *Facetas del derecho a la salud*

Respecto de la prestación de servicios de salud privados, la Corte Interamericana ha tenido una vasta jurisprudencia. En este sentido en los casos *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *Albán Cornejo vs. Ecuador*, *Suárez Peralta vs. Ecuador* y *Gonzales Lluy vs. Ecuador* se ha pronunciado sobre esta temática. Para ello ha considerado que respecto de la prestación de servicios privados de

²⁶⁰ *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 199.

²⁶¹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 175.

salud los Estados tienen las obligaciones de regular,²⁶² fiscalizar y supervisar²⁶³ los servicios privados de salud.

²⁶² Sobre esta obligación la Corte ha expresado: “Los Estados deben, según el artículo 2 de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internacional a ser observados por las instituciones de atención de salud. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad y [l]os Estados son responsables de regular... con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones... presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes”. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 98 y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 177.

²⁶³ Al respecto, cabe resaltar que el deber de supervisión y fiscalización es del Estado, aun cuando el servicio de salud lo preste una entidad privada. El Estado mantiene la obligación de proveer servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. Al respecto, la Corte ha establecido que “cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población... El servicio de salud público... es primariamente ofrecido por los hospitales públicos; sin embargo, la iniciativa privada, de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos, también provee servicios de salud bajo los auspicios del [Estado]. En ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato..., la persona se encuentra bajo cuidado del... Estado”. Por otra parte, la Corte ha citado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para señalar que el Estado mantiene el deber de otorgar licencias y ejercer supervisión y el control sobre instituciones privadas. Además, se ha señalado que la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares, la Corte ha precisado el alcance de la responsabilidad del Estado cuando incumple estas obligaciones frente a entidades privadas en los siguientes términos: 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 (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo”. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 184.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En el *leadign case* en la materia, el *Caso Ximenes Lopez vs. Brasil*,²⁶⁴ la Corte Interamericana sentó importantes criterios generales. Al respecto expresó que:

83. En el ámbito de la Convención Americana las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

...

85. La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los

²⁶⁴ *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 86. Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que, si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.

...

87. Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado.²⁶⁵

En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud; en este caso la Corte Interamericana consideró que los Estados tienen los deberes de *regular* y *fiscalizar* la asistencia de salud prestada independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.²⁶⁶ La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.²⁶⁷ De lo anterior se desprende que en el Estado la prestación de servicios de salud puede ser pública o privada; en este último caso, las presta-

²⁶⁵ *Ibidem*, párrs. 83, 85 y 87.

²⁶⁶ *Ibidem*, párr. 89

²⁶⁷ “La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos”. *Ibidem*, párr. 90

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

ciones son privadas y se cubren por el propio paciente, pero el Estado conserva su potestad de *supervisarlas*.²⁶⁸

Respecto al secreto médico, en el *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, la Corte Interamericana consideró que:

95. A título informativo, la Corte recuerda que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que “[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “[n]o se castigara a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad.”²⁶⁹

Al respecto, la Corte estimó que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”.²⁷⁰ De esta manera, la Corte IDH consideró que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos.²⁷¹

En lo que concierne a los expedientes médicos, la Corte IDH ha resaltado la importancia del expediente médico que debe de ser integrado de manera adecuada pues es el instrumento guía para el tratamiento médico y fuente razonable de conocimiento acerca de la situación del enfermo. La falta de expediente o la

²⁶⁸ *Ibidem*, párr. 94.

²⁶⁹ *Caso de la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 95.

²⁷⁰ *Ibidem*, párr. 97.

²⁷¹ *Ibidem*, párr. 101.

deficiente integración de éste, así como la ausencia de normas que regulen esta materia al amparo de normas éticas y reglas de buena práctica, constituyen omisiones que deben ser analizadas y valoradas, en atención a sus consecuencias, para establecer la posible existencia de responsabilidades de diversa naturaleza.²⁷²

En lo que respecta a los organismos de la función médica, en el *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, consideró oportuno expresar algunas consideraciones respecto a la labor que realizan los organismos de supervisión de la función médica tomando en cuenta para ello, en forma destacada, la trascendencia social de las tareas asumidas por los colegios profesionales y sus órganos disciplinarios, la expectativa social que esto genera y el amplio, creciente y deseable examen del ejercicio de los profesionales de la salud desde la perspectiva de la bioética, que se halla en un ámbito de confluencia entre los deberes morales y los deberes jurídicos.²⁷³

Así, dentro de las funciones de los tribunales de colegios profesionales de la medicina, están las relativas al deber de supervisar y velar por el ejercicio ético de la profesión y proteger aquellos bienes jurídicos que se relacionan con la práctica médica, tales como la vida, la integridad personal y el manejo de la información médico científica sobre la salud de los pacientes.²⁷⁴ En razón de ello, apuntó la Corte Interamericana, es fundamental que los órganos de supervisión profesional, al conocer y ejercer control sobre el ejercicio profesional de los médicos y sancionarlos disciplinariamente, lo hagan de forma imparcial, objetiva y diligente para amparar los bienes y valores a los que sirve el desempeño profesional, guiándose por los lineamientos generalmente aceptados de la ética, la bioética, la ciencia y la técnica. No es posible desconocer que las conclusiones a las

²⁷² *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 86.

²⁷³ *Ibidem*, párr. 76.

²⁷⁴ *Ibidem*, párr. 77.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

que llegan los órganos profesionales pueden influir de manera significativa en el examen que hagan, a su vez, las instancias del Estado, aun cuando éstas no se hallan formalmente limitadas, condicionadas o vinculadas por aquéllos.²⁷⁵

En lo tocante a los *derechos sexuales y reproductivos*, el caso emblemático lo constituye el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*.²⁷⁶ En ese caso la Corte Interamericana consideró que se trataba de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental y con los derechos reproductivos de las personas.²⁷⁷ Ante esta múltiple problemática la Corte señaló que:

145. ... la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención

²⁷⁵ Respecto de los expedientes médicos y los órganos de supervisión de la función médica, son elementos que se encuentran vinculados con el ejercicio de la función médica. En el *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, la Corte Interamericana se pronunció debido a que existían alegatos de los representantes de la víctima sobre la mala integración del expediente médico y sobre los organismos que en general se encargan de vigilar la función médica e hizo algunas precisiones. Cabe destacar que la Corte no encontró violación a algún derecho de la Convención por estas precisiones, sino que simplemente se limitó a describir la importancia de ambos factores. Por el contrario, la Corte, en este caso, analizó las violaciones a la luz del debido proceso por la falta de investigación. *Ibidem*, párr. 78.

²⁷⁶ Véase en el mismo sentido el acuerdo de solución amistosa y homologación del *Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 326.

²⁷⁷ *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 144.

Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.²⁷⁸

Además, se consideró que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva,²⁷⁹ y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.²⁸⁰ La Corte resaltó que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.²⁸¹

²⁷⁸ *Ibidem*, párr. 145.

²⁷⁹ Además, precisó que: El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos. *Ibidem*, párr. 146.

²⁸⁰ *Ibidem*, párr. 146.

²⁸¹ *Ibidem*, párr. 147.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Finalmente, la Corte Interamericana expresó que el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.²⁸²

En la misma materia, en el caso *I. V. vs. Bolivia*, sobre la esterilizaciones forzadas, analizó el *consentimiento previo, libre, pleno e informado*²⁸³ en materia sexual y reproductiva (artículos 5, 7, 11 y 17 de la CADH) bajo la óptica del derecho al acceso a la información contemplado en el artículo 13 del Pacto de San José; de esta manera consideró que:

156. ... El derecho de las personas a obtener información se ve complementado con una correlativa obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla. En este sentido, el personal de salud no debe esperar a que el paciente solicite información o haga preguntas relativas a su salud, para que ésta sea entregada. La obligación del Estado de suministrar información de oficio, conocida como la “obligación de transparencia activa”, impone el deber a los Estados de suministrar información que resulte necesaria para que las personas puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia de atención a la salud, ya que ello contribuye a la accesibilidad a los servicios de salud y a que las personas puedan tomar decisiones libres, bien informadas, de forma plena. *Por consiguiente, el derecho de acceso a la información adquiere un carácter instrumental para lograr la satisfacción de otros derechos de la Convención.*

157. La salud sexual y reproductiva constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto. Se relaciona, por una parte, con la autonomía

²⁸² *Ibidem*, párr. 150.

²⁸³ Caso *I.V. vs. Bolivia*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329. Véase en especial: Carácter previo (párrs. 176-180); Carácter libre (párrs. 181-188) y carácter pleno e informado (párrs. 189-196).

y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación. Por el otro lado, se refiere al acceso tanto a servicios de salud reproductiva como a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos.

...

159. En esta medida, la Corte entiende que el consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona.²⁸⁴

En lo que pertinente a la interposición de recursos como medios para garantizar las investigaciones por violaciones al derecho a la salud, la Corte ha sido de la idea en los casos de malas praxis médicas que el deber de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa y debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. La debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención.²⁸⁵ Además, la Corte ha considera-

²⁸⁴ *Ibidem*, párrs. 156, 157 y 159.

²⁸⁵ *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 62.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

do que las falencias, retrasos y omisiones en la investigación demuestran que las autoridades estatales no actúan con la debida diligencia ni con arreglo a las obligaciones de investigar y de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar una reparación con la que podría acceder al tratamiento médico necesario para los problemas de salud.²⁸⁶

B.2. Derecho a la Seguridad Social-Pensiones (artículo 9 del Protocolo de San Salvador)

En el caso de la seguridad social, la jurisprudencia de la Corte ha versado sobre el régimen de pensiones (nivelables o bien por orientación sexual). Al respecto la Corte Interamericana ha protegido este derecho principalmente a través del derecho de propiedad privada –bajo la figura de derechos adquiridos– (artículo 21 de la CADH), la protección judicial (artículo 25 de la CADH) y con los principios de igualdad y no discriminación ante la ley (artículos 1.1 y 24 de la CADH).

En el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte Interamericana consideró que no existía duda de que las víctimas de ese caso tenían derecho a una pensión de cesantía después de haber concluido sus labores.²⁸⁷ Sin embargo, el Tribunal Interamericano no analizó la verdadera naturaleza del derecho –como parte de la seguridad social– sino que desarrolló el régimen de pensiones a la luz del derecho a la propiedad privada. Para ello determinó, en primer lugar, que las pensiones pueden considerarse un derecho adquirido y, en segundo lugar, los parámetros que deben tomarse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión.²⁸⁸

²⁸⁶ *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 122.

²⁸⁷ *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 94.

²⁸⁸ *Ibidem*, párr. 95.

Respecto del primer punto, la Corte IDH consideró que un derecho adquirido es aquel derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas, como lo son las pensiones. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión en los términos del artículo 21 de la Convención Americana.²⁸⁹ En cuanto al segundo punto, la forma en la que se debería cuantificar la pensión nivelable, el Tribunal Interamericano consideró que si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Así, señaló la Corte IDH, el artículo 5 del Protocolo de San Salvador sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana.²⁹⁰

En otras palabras, la Corte Interamericana determinó que para restringir el derecho a la pensión nivelable es necesario que se realice un procedimiento administrativo con pleno derecho a las garantías adecuadas, así como respetar, en todo caso, por sobre las decisiones de la administración, las determinaciones que adoptaron los tribunales de justicia.²⁹¹ En el caso de las

²⁸⁹ *Ibidem*, párrs. 102 y 103.

²⁹⁰ *Ibidem*, párr. 116.

²⁹¹ *Ibidem*, párr. 117.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

cinco víctimas, el Tribunal Interamericano consideró que no se habían cumplido ninguno de los dos requisitos.²⁹²

Aunado a la violación del artículo 21 en este caso, el Tribunal Interamericano también consideró que existía una violación al artículo 25 de la Convención Americana, pues en el ámbito interno no se habían ejecutado las sentencias que concedían protección a las pensiones de las víctimas.²⁹³

En 2009, en el *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*, ante la ausencia de restitución de algunos montos pensionarios (entre abril de 1993 y octubre de 2002), siguiendo el precedente del *Caso Cinco Pensionistas*, consideró que existía una violación a los artículos 25 y 21 de la CADH. Sobre la violación del artículo 25 del Pacto de San José:

72. En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, *garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado.*²⁹⁴

²⁹² *Ibidem*, párr. 118.

²⁹³ *Ibidem*, párrs. 138 y 141.

²⁹⁴ *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 72.

En caso *sub judice*, el Tribunal Interamericano observó que, en total, habían transcurrido más de 11 y ocho años desde la emisión de la primera y última sentencia del Tribunal Constitucional, respectivamente –y casi 15 años desde la sentencia de la Primera Sala Civil Especializada de la Corte Superior de Lima– sin que éstas fueran efectivamente cumplidas. La ineficacia de dichos recursos causó que el derecho a la protección judicial de las presuntas víctimas resultara al menos parcialmente ilusorio, determinando la negación misma del derecho involucrado. Respecto a la violación del artículo 21 de la CADH en relación con la protección judicial, haciendo alusión al caso *Cinco Pensionistas*, expresó:

85. En un caso similar al presente, esta Corte declaró una violación del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión –derecho que había sido adquirido por las víctimas en aquel caso–, de conformidad con la normativa interna. En esa sentencia el Tribunal señaló que, desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley. Asimismo, declaro que el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene “efectos patrimoniales” los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Consecuentemente, en aquel caso el Tribunal declaró que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstos, el Estado violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención.²⁹⁵

²⁹⁵ *Ibidem*, párr. 85.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En conclusión, la Corte consideró que, de la prolongada e injustificada inobservancia de las resoluciones jurisdiccionales internas derivó el quebranto al derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención, que no se habría configurado si dichas sentencias hubiesen sido acatadas en forma pronta y completa.²⁹⁶

Finalmente, en 2015, en el *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia*, se alegó la exclusión de las víctimas de la posibilidad de obtener una pensión de supervivencia tras la muerte de su pareja, dicha exclusión se debía a que eran una pareja del mismo sexo. Si bien en este caso el tema de fondo eran las pensiones de manera directa, la Corte Interamericana declaró la violación a la igualdad ante la ley y a la no discriminación –contemplados en los artículos 1.1 y 24 de la CADH–. En este caso, el Tribunal Interamericano concluyó que el Estado no había presentado una justificación objetiva y razonable para que existiera una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encontró que la diferenciación establecida en la normativa interna con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia era discriminatoria y violaba lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.²⁹⁷

Por tanto, la Corte IDH observó que la existencia de una normatividad interna vigente que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas.²⁹⁸

²⁹⁶ *Ibidem*, párr. 90.

²⁹⁷ *Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 124.

²⁹⁸ *Ibidem*, párr. 125.

B.3. Derecho a la Educación (artículo 13 del Protocolo de San Salvador)

Como se ha expresado, el derecho a la educación ha sido el único derecho social que ha sido declarado violado de manera directa por así establecerlo el artículo 19. 6 del Protocolo de San Salvador en 2015 (*Caso Gonzales Lluy*). Por mucho tiempo este derecho no fue desarrollado y su protección fue por vía de conexidad.

En los casos del *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*,²⁹⁹ de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*³⁰⁰ y de la *Comunidad Xákmok Kásek*,³⁰¹ contra Paraguay, la Corte Interamericana estableció que la educación, al igual que otros derechos sociales, suponen medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su condición se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de los derechos.

En el caso de los niños privados de la libertad, los programas educativos que se ofrezcan no deben ser deficientes, es decir que no se carezcan de maestros y recursos adecuados. El incumplimiento del Estado causa consecuencias aún más serias cuando los niños privados de la libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, pues eso limita las posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida.³⁰²

En materia de reparaciones, en el caso de *la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte Interamericana consideró

²⁹⁹ Cfr. Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 172 y 174.

³⁰⁰ Cfr. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 164.

³⁰¹ Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 258.

³⁰² Cfr. Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 174.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

que en la medida de lo posible la educación impartida considerara la cultura de la Comunidad y del Paraguay y sería bilingüe, en idioma exent y, a elección de los miembros de la Comunidad, español o guaraní.³⁰³

En el *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte consideró que, conforme con los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a la educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada.³⁰⁴

En el caso de los niños apátridas, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, pese a que Violeta Bosico había sido admitida durante tres años en la escuela primaria sin la necesidad del acta de nacimiento, con posterioridad sí se le había requerido pero debido a su situación migratoria había que tenido que estudiar en escuelas nocturnas e interrumpir sus estudios.³⁰⁵ Bajo este contexto, la Corte IDH consideró a la luz de los derechos del niño concluyó que:

175. La situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraban las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas, tuvo consecuencias relacionadas con sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre.

Una persona apátrida, como la situación de las víctimas del presente caso, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reco-

³⁰³ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 230.

³⁰⁴ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 221.

³⁰⁵ *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 109.34-109.37.

nocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerequisite del reconocimiento de la personalidad jurídica.³⁰⁶ La Corte IDH estimó que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesionaba la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.³⁰⁷ En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica.³⁰⁸

Además de lo anterior, la Corte IDH consideró en este caso que la vulnerabilidad a que fueron expuestas las niñas, como consecuencia de la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica, para la niña Violeta Bosico también se reflejó en que se le impidió estudiar durante el periodo escolar 1998-1999 en la tanda diurna de la Escuela de Palave. Precisamente por no contar con el acta de nacimiento, se vio forzada a estudiar durante ese periodo en la escuela nocturna, para mayores de 18 años. Este hecho a la vez agravó su situación de vulnerabilidad, ya que ella no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le sería adecuado, en compañía de niños de su edad y no con personas adultas.³⁰⁹ Concluyendo de esta forma:

185. ... Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con

³⁰⁶ *Ibidem*, párr. 178.

³⁰⁷ *Ibidem*, párr. 179.

³⁰⁸ *Ibidem*, párr. 189.

³⁰⁹ *Ibidem*, párr. 185.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, *el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.*³¹⁰

Adicionalmente, como una medida general de reparación la Corte Interamericana ordenó que el Estado debe cumplir su obligación de garantizar el acceso a la educación primaria y gratuita de todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen, que se deriva de la especial protección que se debe brindar a los niños.³¹¹

Fue hasta 2015, en el *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador* que la Corte Interamericana declaró la violación directa de este derecho por las afectaciones que se habían suscitado por la condición de VIH/SIDA que sufría y por la que había sido expulsada de la primaria por “peligro de contagio” a sus compañeros. La Corte Interamericana señaló que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que para garantizar el derecho a la educación debe velarse por que en todos los niveles educativos se cumpla con cuatro características esenciales e interrelacionadas: i) disponibilidad, ii) accesibilidad, iii) aceptabilidad y iv) adaptabilidad.³¹²

En primer lugar, la Corte IDH expresó que para analizar en el presente caso la violación del derecho a la educación y su impacto en una niña que vive con VIH/SIDA, era necesario aplicar el modelo social de discapacidad que se había apuntalado a partir de la Convención de Naciones Unidas para los Derechos de las Personas con Discapacidad por las barreras actitudinales o sociales que se presentaban en este tipo de situaciones. Bajo esta línea argumentativa, la Corte expresó que:

³¹⁰ *Ibidem*, 185.

³¹¹ *Ibidem*, párr. 244.

³¹² *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 235.

237. Como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno. Esta Corte ha establecido que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

238. En este sentido, el convivir con el VIH no es *per se* una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente a una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad por las barreras actitudinales y sociales. Así pues, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas viviendo con VIH/SIDA pueden ser consideradas personas con discapacidad bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.³¹³

Teniendo en cuenta estas características, y en atención a las condiciones de vulnerabilidad que enfrentó Talía Gonzales, la Corte IDH estimó pertinente precisar algunos elementos sobre el derecho a la educación de las personas que conviven bajo condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA. Al respecto, también se involucraban algunos componentes asociados al derecho a la educación de las personas con discapacidad.³¹⁴ En suma, la Corte Interamericana señaló que existen tres obligaciones inherentes al derecho

³¹³ *Ibidem*, párr. 237.

³¹⁴ *Ibidem*, párr. 240.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

a la educación en relación con las personas que conviven con VIH/SIDA: i) el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/SIDA; ii) la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/SIDA, y iii) el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social.³¹⁵

Cabe destacar que la Corte Interamericana concluyó que el interés superior del niño (en ese caso de sus compañeros de clase) no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su condición de vivir con VIH/SIDA y por lo tanto expulsarla y no garantizarse su derecho a recibir educación dentro del plantel.³¹⁶

B.4. Derechos Sindicales (artículo 8 del Protocolo de San Salvador)

Si bien los derechos sindicales son uno de los dos derechos que pueden ser justiciables de manera directa por así disponerlo el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador,³¹⁷ hasta la fecha no ha sido analizado de manera directa en la jurisprudencia interamericana. El tema sindical ante la Corte Interamericana ha sido distinto pues ha versado sobre despidos de personas integrantes de sindicatos y ejecuciones de líderes sindicales. En los casos *Baena Ricardo vs. Panamá*, *Huilca Tecse vs. Perú* y *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, la Corte Interamericana ha desarrollado el contenido, no del artículo 8.1.a, sino del derecho de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana.

³¹⁵ *Ibidem*, párr. 241.

³¹⁶ *Cfr. Ibidem*, párr. 265.

³¹⁷ Al respecto véase lo determinado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva No. 22 en relación con los sindicatos, federaciones y confederaciones: *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

En el *Caso Baena Ricardo*, la Corte IDH consideró que para analizar si se había configurado una violación del derecho de la libertad de asociación, ésta debía ser analizada en relación con la libertad sindical. Así, expresó que la libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si ésta desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.³¹⁸

En este sentido, el Tribunal Interamericano consideró que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos.³¹⁹ La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: a) el derecho de formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 del propio artículo 16³²⁰ y la libertad de toda persona de no ser compelida y obligada a asociarse.³²¹

³¹⁸ *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 156.

³¹⁹ *Ibidem*, párr. 157, y *Caso Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 73.

³²⁰ Además, la Corte en ese mismo caso, consideró que la Convención Americana es muy clara al señalar, en el artículo 16, que la libertad de asociación sólo puede estar sujeta a restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática y que se establezcan en interés de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 168.

³²¹ *Ibidem*, párr. 158.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En el caso *Huilca Tecse*, tras el reconocimiento de responsabilidad internacional hecha por el Estado peruano, el Tribunal Interamericano consideró que la ejecución extrajudicial del señor Pedro Huilca Tecse *había configurado una violación del contenido del derecho a la libertad de asociación, en relación con la libertad sindical*.³²² Además, la Corte IDH estableció que la ejecución de un líder sindical, no sólo restringía la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 16 tiene un alcance y un carácter especiales. *Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de asociación*.³²³

Sobre las dos dimensiones, la individual y social, del derecho de asociación, en este caso, la Corte agregó que:

70. En su *dimensión individual*, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que, comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines “de cualquier... índole”, está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga. De ahí la importancia de la adecuación con la Convención del régimen legal aplicable a los sindicatos y de las acciones del Estado, o que ocurran con tolerancia de éste, que pudieran hacer inoperante este derecho en la práctica.

71. En su *dimensión social* la libertad de asociación es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectivi-

³²² *Caso Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 67.

³²³ *Ibidem*, párr. 69.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

dad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos.

72. *Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de asociación deben ser garantizadas simultáneamente*, sin perjuicio de las restricciones permitidas en el inciso 2 del artículo 16 de la Convención.³²⁴

Finalmente, en el caso del señor Pedro Huilca Tecse, la Corte Interamericana se refirió, por primera vez, al Protocolo de San Salvador y al Convenio No. 87 de la Organización Internacional de Trabajo, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, los cuales en sus artículos 8.1.a y 11, respectivamente, comprenden la obligación del Estado de permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.³²⁵

En el *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*, la Corte IDH consideró violado el artículo 16, en virtud de que las ejecuciones de las víctimas tuvieron un efecto amedrentador e intimidador en los trabajadores del movimiento sindical minero peruano. Tales ejecuciones restringieron la libertad de un grupo determinado para asociarse libremente sin miedo o temor, es decir, se afectó la libertad de los trabajadores mineros para ejercer este derecho.³²⁶ En el caso la Corte IDH hizo una distinción entre los dos tipos de obligaciones (negativas y positivas) que enmarca el artículo 16 al considerar que:

144. El artículo 16.1 de la Convención establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes *tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Además,*

³²⁴ *Ibidem*, párr. 67.

³²⁵ *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 74.

³²⁶ *Ibidem*, párr. 148.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

gozan del derecho y la libertad de reunirse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad [Obligación negativa]. [T]ambién se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita. Como lo ha determinado anteriormente, la Corte considera que el ámbito de protección del artículo 16.1 incluye el ejercicio de la libertad sindical.³²⁷

B.5. Derecho al Trabajo y Condiciones Justas y Satisfactorias de Trabajo (artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador)³²⁸

En lo que corresponde a este derecho, quizá los precedentes más relevantes lo constituyen los casos de los *Trabajadores Cesados de Congreso y Canales Huapaya*, ambos contra el Estado peruano. Sin embargo, dadas las características de este derecho, la Corte Interamericana también se ha pronunciado cuando ha protegido la inamovilidad de los jueces en el momento de realizar sus funciones, pues unas de las facetas del derecho al trabajo es la *estabilidad* en el ejercicio del mismo.³²⁹ De esta

³²⁷ *Ibidem*, párr. 144.

³²⁸ Un asunto que es de vital importancia son los estándares que la Corte Interamericana desarrolló en la Opinión Consultiva No. 18 sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes Indocumentados. Sin embargo, por cuestiones metodológicas el análisis del derecho al trabajo y las condiciones para realizarlo se ha centrado en los casos contenciosos.

³²⁹ Artículo 7 del Protocolo de San Salvador: Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo: los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: ... d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquier otra prestación prevista por la legislación nacional...

forma el derecho al trabajo ha sido protegido a través de los artículos 2, 6, 8, 9, 24 y 25 de la CADH.

En el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso*, la Corte IDH consideró que se había materializado una violación a los artículos 8.1 y 25 de la CADH en virtud de que en el caso había ocurrido en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los que se presentaron en el presente caso. Bajo este contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las víctimas, es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se alegaban vulnerados al ser cesados (ya fuera administrativa, contenciosa administrativa o de amparo).³³⁰

Respecto del artículo 26, la Corte IDH consideró que el objeto de este caso no había sido determinar el supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición. En este sentido, el Tribunal Interamericano fue enfático al señalar que lo que se había producido era una falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraban vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia. Con independencia de los anterior, la Corte IDH reconoció que es *consiente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de la una relación laboral*, pero estas consecuencias serían consideradas en el apartado de reparaciones.³³¹

³³⁰ Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 129.

³³¹ *Ibidem*, párr. 136.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

A su vez el *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú* se relacionaba con la falta de respuesta judicial efectiva frente a los ceses en calidad de funcionarios permanentes del Congreso de las víctimas. Nuevamente sin analizar el derecho al trabajo, y sus elementos para garantizarlo, la Corte Interamericana determinó que se había producido una violación a los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH. Respecto de los artículo 8 y 25, siguiendo el precedente sentado en el *Caso Cinco Pensionistas*, la Corte IDH consideró que los hechos del caso se enmarcaban en el contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia, así como a los diversos problemas de la falta de certeza y claridad sobre la vía a la cual podían acudir las presuntas víctimas frente a los ceses colectivos.³³²

En el caso de *Yolanda Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, la Corte IDH analizó el procedimiento administrativo que dio lugar a la destitución de la víctima quien se desempeñaba como funcionaria de la Oficina del Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala. En este sentido, la Corte encontró que en el caso se había violado, derivado del marco nacional aplicable –que otorgaba competencia al Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala de llevar a cabo el procedimiento de destitución– las garantías judiciales puesto que la manera en que se notificaron las causales en las que habría incurrido la señora Maldonado le dificultó a ésta entender cuál era el objetivo del procedimiento que se abrió en su contra, por lo que ejerció su derecho a la defensa sin contar con la información mínima necesaria. Asimismo, se concluyó que el acto mediante el cual fue destituida la señora Maldonado fue emitido en violación del deber de motivación y del principio de legalidad.³³³

³³² *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296, párr. 108.

³³³ *Cfr. Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párrs. 80 a 95.

Otro grupo relacionado con la temática de inestabilidad laboral ha sido el que ha versado sobre la independencia judicial de los operadores de justicia. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial. En el *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte IDH ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”.³³⁴ Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, de la independencia judicial derivan las siguientes garantías: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.³³⁵ Teniendo en cuenta lo anterior la Corte IDH ha establecido que:

192. ... i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o periodo de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces y las juezas en su cargo, se vulnera el derecho a la independen-

³³⁴ *Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 190; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 188.

³³⁵ *Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 191; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75, y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 188.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

cia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana.³³⁶

En los casos *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)* y del *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)* y *Lopez Lone*, la Corte refirió que la independencia judicial no sólo debe analizarse en relación con el justiciable, dado que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial. En dichas oportunidades, la Corte IDH precisó que la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a *la inamovilidad y estabilidad* de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el periodo de su nombramiento. En tal sentido, la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo.³³⁷

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, esta Corte ha concluido que:

... la garantía de estabilidad e inamovilidad de jueces y juezas implica que: (i) su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o periodo de su mandato; (ii) los jueces y juezas sólo pueden ser destituidos por faltas de discipli-

³³⁶ *Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 192.

³³⁷ *Cfr. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 153, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 193.

na graves o incompetencia; (iii) todo proceso disciplinario de jueces o juezas deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas en procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley.³³⁸

Otra forma en la que ha sido protegido el derecho a trabajo, ha sido mediante la prohibición de realizar trabajo forzoso. En el caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*, sobre el alegato de que un grupo paramilitar obligó a algunas personas de El Aro a recoger y trasladar, durante aproximadamente 17 días, el ganado caballar, mular y vacuno que fue hurtado a los habitantes de ese corregimiento, con el propósito de asegurar la apropiación arbitraria de estos bienes, la Corte Interamericana utilizando el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo Forzoso, estableció que éste:

159. ... consta de dos elementos básicos. En primer lugar, el trabajo o el servicio se exige “bajo amenaza de una pena”. En segundo lugar, éstos se llevan a cabo de forma involuntaria. Además, este Tribunal considera que, para constituir una violación del artículo 6.2 de la Convención Americana, es necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de éstos o por su aquiescencia en los hechos.³³⁹

Respecto del primer elemento, la “amenaza de una pena”, puede consistir en la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza

³³⁸ *Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 200.

³³⁹ *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 159.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares.³⁴⁰ Sobre el segundo elemento, la “falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio” consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Ésta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica.³⁴¹ En cuanto a la vinculación hacia los agentes estatales en el caso de las Masacres de Ituango, la Corte IDH consideró que este elemento se configuraba puesto que habían participado de manera directa, o consintiendo, miembros del ejército colombiano en la incursión paramilitar en El Aro y la determinación de un toque de queda con el fin de facilitar la apropiación del ganado.³⁴²

En el caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, nuevamente aplicando el artículo 6 de la Convención Americana, la Corte IDH refirió que esta disposición, en su numeral 1, respecto del concepto de esclavitud debe entenderse “como la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de

³⁴⁰ Según las declaraciones presentadas en este caso, tanto ante este Tribunal como ante instancias internas, los arrieros fueron explícitamente amenazados de muerte en el caso de que intentaran fugarse. Dichas amenazas directas fueron complementadas por un contexto de extrema violencia, en el cual los arrieros fueron privados de su libertad, llevados a sitios en ocasiones lejanos de su lugar de residencia, y seguidamente obligados a recoger ganado sustraído por hombres fuertemente armados que acababan de cometer la ejecución arbitraria de otros pobladores con la aquiescencia o tolerancia de miembros del Ejército. Además, lejos de proteger la vida y libertad de los arrieros, algunos miembros del Ejército recibieron parte del ganado sustraído, acrecentando así los sentimientos de indefensión y vulnerabilidad de los arrieros. *Ibidem*, párrs. 161 y 163.

³⁴¹ En el presente caso, la Corte considera que ha sido demostrada la ausencia de libre elección en cuanto a la posibilidad de realizar el arreo de ganado. Los arrieros no se presentaron voluntariamente para realizar el trabajo en cuestión. Al contrario, éstos fueron privados de su libertad, llevados a lugares remotos y obligados durante por lo menos 17 días a ejecutar un trabajo en contra de su voluntad y al cual se sometieron para salvaguardar su vida. Los arrieros entendieron que estaban obligados a realizar el trabajo que se les imponía, ya que, de no acceder, podrían ser asesinados de igual manera que lo fueran varios otros pobladores. *Ibidem*, párrs. 164 y 165.

³⁴² *Ibidem*, párr. 166.

otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”.³⁴³ Respecto de la trata de personas, también contenido en el artículo 6.1, consideró que:

la *prohibición de trata de esclavos y la trata de mujeres* se refiere a : i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; y iii) con cualquier fin de explotación.³⁴⁴

Finalmente en relación al trabajo forzado la Corte IDH reiteró lo que había establecido en el caso de las Masacres de Ituango, sin embargo, consideró que en relación con el vínculo de los agentes del Estado, este criterio no se podría sostener pues restringe a la obligación de respetar la prohibición del trabajo forzoso, lo que era relevante en el caso antes mencionado en virtud de los hechos; no obstante, para este caso la Corte IDH consideró que las obligaciones de prevención y garantía eran las que estaban en juego por lo que no resultaba la atribución a agentes estatales para configurar trabajo forzoso.³⁴⁵

En el caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde, las condiciones de vida y de trabajo eran degradantes y anti-higiénicas. La alimentación que tenían era insuficiente y de mala calidad. El agua que consumían provenía de una pequeña cascada en medio de la vegetación, era almacenada en recipientes inadecuados y repartida en botellas colectivas y la jornada

³⁴³ *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 280.

³⁴⁴ *Ibidem*, párr. 290.

³⁴⁵ *Ibidem*, párr. 293.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

de trabajo era extenuante, con duración de 12 horas o más todos los días, excepto los domingos.³⁴⁶ Por otro lado, la comida que consumían era anotada en cuadernos para luego descontarla de sus salarios, lo que aumentaba sus deudas con el empleador. Además, los trabajadores eran obligados a realizar sus labores bajo las órdenes y amenazas de los encargados de la hacienda, quienes portaban armas de fuego y los vigilaban permanentemente;³⁴⁷ la Corte IDH constató que la situación en la cual se encontraban los trabajadores les generaba un profundo deseo de huir de la hacienda. Sin embargo, la vigilancia bajo la que se encontraban, sumado a la carencia de salario, la ubicación aislada de la hacienda con la presencia de animales salvajes a su alrededor, les impedía regresar a sus hogares.³⁴⁸

De esta forma, la Corte IDH concluyó que:

304. Visto lo anterior, es evidente para la Corte que los trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde se encontraban en una situación de servidumbre por deuda y de sometimiento a trabajos forzosos. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal considera que las características específicas a que fueron sometidos los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 sobrepasaban los extremos de servidumbre por deuda y trabajo forzoso, para llegar a cumplir con los elementos más estrictos de la definición de esclavitud...³⁴⁹

B.6. Derecho al Medio Ambiente Sano (artículo 11 del Protocolo de San Salvador)

El derecho al medio ambiente sano es un derecho que ha sido protegido de manera indirecta a través del artículo 21 (median-

³⁴⁶ *Ibidem*, párr. 300.

³⁴⁷ *Ibidem*, párr. 301.

³⁴⁸ *Ibidem*, párr. 302.

³⁴⁹ *Ibidem*, párr. 304.

te la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales), artículo 23 (mediante la participación efectiva de consulta) y mediante el artículo 13 (mediante el acceso a la información).³⁵⁰

La protección al medio ambiente ha tenido mayor presencia en la jurisprudencia interamericana en lo relativo a la propiedad colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y tribales, que ha protegido principalmente el Tribunal Interamericano mediante el artículo 21 de la CADH. La Corte IDH ha resaltado la importancia de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente contenido en el artículo 11 Protocolo de San Salvador como un derecho humano esencial relacionado con el derecho a la vida digna derivado del artículo 4 de la Convención a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas “en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma”.³⁵¹

La Corte IDH ha reconocido que las comunidades sufren de la desposesión de los territorios indígenas y tribales, daños que se le ocasionan al mismo territorio y que, además, los pueblos indígenas y tribales *tienen derecho a la conservación y protección de su medio ambiente* y de la capacidad productiva de sus

³⁵⁰ Cabe resaltar la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado Colombiano en relación con las obligaciones derivadas de los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 4.1 (derecho a la vida) y 5.1 (derecho a la integridad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, frente al impacto de grandes proyectos en el medio ambiente marino, específicamente en la Región del Gran Caribe. Véase: Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2016. La audiencia pública tuvo lugar en el 57 Período Extraordinario de Sesiones de la Corte IDH realizado en Guatemala (marzo de 2017) y eventualmente pudiera quedar resuelta en el segundo semestre de 2017.

³⁵¹ Cfr. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 172, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 187.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

territorios y recursos naturales.³⁵² De esta manera, podemos tener dos vertientes de garantías de protección: a) la consulta –en específico– los estudios de impacto ambiental y social y b) la compatibilidad de las reservas naturales con los derechos tradicionales indígenas.

Sobre la consulta indígena y la falta de estudios de impacto ambiental y social como garantía de protección al ambiente, en el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, ante la ausencia de: a) un proceso de consulta previa, libre, informada y de buena fe, b) beneficios compartidos y c) estudios de impacto ambiental y social, el Tribunal Interamericano consideró que las concesiones madereras otorgadas por el Estado sobre el territorio Saramaka *dañaron el ambiente* y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo habían utilizado tradicionalmente, los que se encontraban, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tenían un derecho a la propiedad comunal. Además, el Estado no había llevado a cabo la supervisión de estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades del clan Saramaka. En suma, concluyó que se configuraba una violación al derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 del Pacto de San José, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.³⁵³

En el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH, sobre la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, se refirió por primera vez al Convenio

³⁵² Cfr. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 293 y *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 346.

³⁵³ *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 54.

169 de la Organización Internacional de Trabajo y consideró que los gobiernos deberían velar para asegurar que se efectúen los estudios de impacto ambiental y social, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de los estudios de impacto ambiental y social deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.³⁵⁴

De esta forma, tanto en los casos *Saramaka* y *Sarayaku* el Tribunal Interamericano consideró que la realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo. En ese sentido, el Tribunal Interamericano estableció que los Estados deben garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Además, la Corte IDH determinó que los Estudios de Impacto Ambiental

... sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también... asegurar que los miembros del pueblo... tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”, para que puedan evaluar si aceptan el plan de de-

³⁵⁴ *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 204.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

sarrollo o inversión propuesto, “con conocimiento y de forma voluntaria”.³⁵⁵

La Corte IDH también ha reconocido que la protección al medio ambiente puede ser una causa de utilidad pública, lo cual hace posible justificar el motivo y el fin de una expropiación, en relación con la privación del derecho a la propiedad privada.³⁵⁶ Respecto al establecimiento de las áreas protegidas que causan limitaciones a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en el *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay*, el Tribunal determinó que “... el Estado deb[ía] adoptar las medidas necesarias para que [su legislación interna relativa a un área protegida] no [fuera] un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad”.³⁵⁷ Complementando lo anterior, en el *Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH precisó que:

173. La Corte considera relevante hacer referencia a la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de

³⁵⁵ Por otro lado, la Corte ha establecido que “los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme con los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los estudios de impacto ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos”. Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 204 y 206, y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 40.

³⁵⁶ Cfr. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 76.

³⁵⁷ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 313.

los pueblos indígenas. En este sentido, la Corte estima que un área protegida, consiste no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo. En este sentido, los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes.³⁵⁸

La Corte IDH ha sido de la idea de que, en principio, existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales en la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando que los pueblos indígenas y tribales, por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación. En este sentido, los criterios de a) participación efectiva, b) acceso y uso de sus territorios tradicionales y c) de recibir beneficios de la conservación –todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible– resultan elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad.³⁵⁹

En suma, el Tribunal Interamericano ha estimado que los Estados vulneran los derechos a la propiedad colectiva, identidad cultural y participación en asuntos públicos de las víctimas, principalmente al impedir la participación efectiva y el acceso a parte de su territorio tradicional y recursos naturales, así como al no garantizar de manera efectiva el territorio tradicional de las

³⁵⁸ *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 173.

³⁵⁹ *Ibidem*, párr. 181.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

comunidades afectadas por la degradación del medio ambiente, lo cual configura la violación de los artículos 21 y 23 de la Convención Americana.³⁶⁰

Respecto al derecho a buscar y recibir información, protegido por el artículo 13 de la Convención Americana, en el *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, ante una negativa del Estado de brindar a las víctimas toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile y podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile, la Corte IDH estimó que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención Americana. Consecuentemente, a criterio el Tribunal Interamericano,

dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de tal forma que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.³⁶¹

³⁶⁰ *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 198.

³⁶¹ *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 77.

B.7. Derecho a la Alimentación (artículo 12 del Protocolo de San Salvador)

El derecho a la alimentación ha sido abordado por la jurisprudencia de la Corte IDH con menor intensidad; sin embargo, ello no implica que no se haya pronunciado sobre determinados aspectos de este derecho.

En el caso de los pueblos y comunidades indígenas y tribales, la Corte IDH ha vinculado el derecho a la alimentación a las circunstancias que han tenido relación directa con la falta de su territorio ancestral. En el caso de la *Comunidad Yakye Axa*, el Tribunal Interamericano concluyó que los miembros de dicha comunidad vivían en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales así como la precariedad del asentamiento temporal en el cual se habían obligado a permanecer. En este sentido, la Corte Interamericana consideró que los miembros de la Comunidad Yakye Axa hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ocasionó que tuvieran especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprendía su asentamiento temporal no contaba con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección.³⁶²

Además, la Corte IDH expresó que las condiciones anteriormente descritas impactaban negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encontraban en este asentamiento³⁶³ y en el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recur-

³⁶² *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 164.

³⁶³ *Ibidem*, párr. 165.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

sos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.³⁶⁴ De lo anterior, la Corte Interamericana consideró que el Estado al no haber garantizado el derecho de los miembros de la comunidad a la propiedad comunitaria, este hecho había afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la comunidad, ya que los había privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como el uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia.³⁶⁵

En el caso de la *Comunidad Xákmok Kásek*, la Corte IDH –derivado de los precedentes *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*– el Estado paraguayo había brindado algunas medidas para satisfacer las necesidades básicas de la comunidad que también se encontraba fuera de su territorio. En este caso, a diferencia de los casos anteriores, la Corte IDH se vio en la necesidad de analizar si estas políticas cumplían con los estándares mínimos, en este supuesto, respecto del derecho a la alimentación.

En este caso la Corte IDH tomó en consideración los esfuerzos que había realizado el Estado al proporcionar alimento a los miembros de la comunidad, en al menos ocho ocasiones, y que en cada una se suministraron a los miembros de la Comunidad kits con raciones de alimento. Sin embargo, la Corte IDH procedió a valorar la accesibilidad, disponibilidad y sostenibilidad de la alimentación otorgada a los miembros de la Comunidad y determinar si la asistencia brindada satisfacía los requerimientos

³⁶⁴ *Ibidem*, párr. 167.

³⁶⁵ *Ibidem*, párr. 168. En similar sentido la Corte Interamericana se pronunció en el *Caso Sawhoyamaxa*: 168. En el presente caso, junto con la carencia de tierra, la vida de los miembros de la Comunidad *Sawhoyamaxa* se caracteriza por el desempleo, el analfabetismo, las tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición, las precarias condiciones de su vivienda y entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. párr. 168.

básicos de una alimentación adecuada.³⁶⁶ No obstante, la Corte Interamericana constató que la entrega de los alimentos era inconsistente, las raciones alimentarias suministradas tenían deficiencias nutricionales, la mayoría de los miembros de la Comunidad consumen un sólo alimento al día, básicamente arroz o fideo, y sólo raras veces es complementado “con frutas, bata-ta, pescado o carne producto de la caza”.³⁶⁷ En consecuencia, el Tribunal Interamericano estimó que la cantidad de provisiones alimentarias fue insuficiente para satisfacer medianamente las necesidades básicas diarias de alimentación de cualquier persona,³⁶⁸ repercutiendo de manera especial al crecimiento de los niños.³⁶⁹

Otro aspecto en el que se ha tocado el derecho a la alimentación ha sido el de las personas privadas de la libertad. Así, la Corte IDH ha establecido que la alimentación que se brinde en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente.³⁷⁰

B.8. Derecho a los Beneficios de la Cultura (artículo 14 del Protocolo de San Salvador)

Antes de iniciar el desarrollo del presente apartado, se estima oportuno destacar que el Protocolo de San Salvador en cuanto a este derecho también implica como parte del derecho a la cultura, los beneficios de los progresos científicos y tecnológi-

³⁶⁶ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 198.

³⁶⁷ *Ibidem*, párr. 199.

³⁶⁸ *Ibidem*, párr. 200.

³⁶⁹ *Ibidem*, párr. 201.

³⁷⁰ *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, párr. 67.d, y *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 9. Véase en el mismo sentido respecto de la alimentación específica que debe llevar una persona con diabetes privada de libertad el *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

cos (artículo 14.1.b del Protocolo); en este sentido, en el Caso *Fecundación in vitro*, la Corte IDH consideró que este derecho —en el ámbito médico— está relacionado con el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva; por tanto, la Corte IDH expresó que conforme con el artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Así, el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.³⁷¹

En otro sentido, otra de las facetas del derecho es el reconocimiento de toda persona a participar en la “*vida cultural*” y artística de la comunidad. El desarrollo más amplio en esta materia ha versado en la jurisprudencia indígena y tribal, pero subsumiéndolo dentro del derecho de consulta y vinculándolo con la identidad cultural de dichos pueblos. Al respecto la Corte Interamericana ya ha señalado que:

217. La Corte considera que el derecho a la *identidad cultural* es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la *obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social*, de

³⁷¹ Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 150.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio No 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.³⁷²

En tal sentido, la Corte IDH ha determinado que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.³⁷³

En el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku* la Corte IDH estableció que:

la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a

³⁷² *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 217.

³⁷³ *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No 125, párr. 135, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 112 y *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 166.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

sus derechos a la cultura propia o identidad cultural los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.³⁷⁴

La Corte IDH consideró, además, que la falta de consulta al pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implicaba una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.³⁷⁵

En materia de reparaciones, en el *Caso de la comunidad Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá*, el Tribunal Interamericano observó que la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de los referidos pueblos, así como las condiciones de vida a las que se habían visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales debían ser tomadas en cuenta por la Corte Interamericana al momento de fijar el daño inmaterial. De igual forma, el Tribunal Interamericano observó que la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para los pueblos Kuna y Emberá en particular, implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrearía el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corrían el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones.³⁷⁶

³⁷⁴ *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 159.

³⁷⁵ *Ibidem*, párr. 220.

³⁷⁶ *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 246.

En los casos de la *Comunidad Garífuna Punta Piedra vs. Honduras* y el caso *Kaliña y Lokono*, la Corte IDH consideró que la reparación en este tipo de casos debía reconocer el fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, garantizando el control de sus propias instituciones, culturas, tradiciones y territorios, a fin de contribuir con su desarrollo de acuerdo con sus proyectos de vida y necesidades presentes y futuras. Asimismo, el Tribunal Interamericano reconoció que la situación de los pueblos indígenas varía según las particularidades nacionales y regionales, y las diversas tradiciones históricas y culturales. En vista de ello, la Corte IDH estimó que, las medidas de reparación otorgadas deben proporcionar mecanismos eficaces enfocados desde su propia perspectiva étnica que les permita definir sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo y evolución como pueblo.³⁷⁷

Respecto a la revitalización de las prácticas y ritos de las comunidades indígenas y tribales, esta forma de “cultura” se ha relacionado con la imposibilidad de los familiares de las víctimas desaparecidas (por lo que no podían darle sepultura según sus costumbres) o de las víctimas cuando habían sido desplazadas de su territorio, consideraciones que estuvieron presentes en los casos *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*,³⁷⁸ *Caso*

³⁷⁷ *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 316 y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 272.

³⁷⁸ En este caso, el Estado realizó un reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con el artículo 12.: 36.4 “Reconoc[í] su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 12.2, 12.3, 13.2 literal (a) y 13.5 por no garantizar la libertad de manifestar las creencias religiosas, espirituales y culturales de los familiares de las... víctimas y miembros de la comunidad. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 36.4.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

de la Comunidad Moiwana vs. Surinam³⁷⁹ y Bámaca Velázquez vs. Guatemala.³⁸⁰

En el caso de las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*,³⁸¹ la Corte IDH analizó –por primera vez– el deterioro de la vida cultural y espiritual producido por la imposibilidad de enterrar a sus muertos según sus creencias, y por la pérdida de guías espirituales y lugares sagrados, así como por los deterioros en su estructura social y familiar. Recordando que si bien la CADH no contiene un derecho a “enterrar a los muertos”³⁸² sí contem-

³⁷⁹ “103. Con fundamento en el anterior análisis, la Corte concluye que los miembros de la comunidad Moiwana han sufrido emocional, psicológica, espiritual y económicamente, en forma tal que constituye una violación por parte del Estado del artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de aquéllos”. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 100 y 103.

³⁸⁰ “81. Esta Corte considera que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana. Asimismo, este Tribunal ha señalado que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor Efraín Bamaca Velázquez. Ya la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como se ha reiterado en la audiencia pública sobre reparaciones en este caso, para la cultura maya, etnia mam, las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo ‘rendir respeto a Efraín, para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados’, así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena”. *Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 81.

³⁸¹ En el caso *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal* se alegó la violación del artículo 12 de la CADH, sin embargo, la Corte IDH consideró que este derecho ya había sido analizado dentro del artículo 22 por el desplazamiento forzado y que no correspondía hacer un pronunciamiento autónomo. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 204.

³⁸² *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 155.

pla, en su artículo 12, el derecho a la libertad de conciencia y religión, el cual permite que las personas conserven y profesen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida; el Tribunal Interamericano concluyó que ante la construcción de una hidroeléctrica, ésta supuso que los habitantes de las comunidades mayas achís perdieran contacto con sus tierras sagradas, pues muchos de los sitios sagrados para los mayas quedaron inundados con la construcción de esta hidroeléctrica,³⁸³ también en este caso la falta de acceso a las tierras tradicionales, y por ende a los cementerios, generó la destrucción de su estructura social, la desintegración familiar y la pérdida de sus prácticas culturales y tradicionales, además del idioma maya achi,³⁸⁴ todo lo anterior en violación al artículo 12 de la CADH.

Otros casos que se han relacionado con la identidad cultural han sido *López Álvarez vs. Honduras* y *Chitay Nech vs. Guatemala*. En el *Caso López Álvarez*, la Corte IDH encontró que al prohibir al señor Alfredo López Álvarez expresarse en el idioma de su elección, durante su detención en el Centro Penal de Tela, el Estado aplicó una restricción al ejercicio de su libertad de expresión incompatible con la garantía prevista en la Convención Americana y que, a su vez, constituyó un acto discriminatorio en su contra.³⁸⁵ En este sentido recordó que los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos.³⁸⁶ La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmi-

³⁸³ *Ibidem*, párrs. 159 y 160.

³⁸⁴ *Ibidem*, párr. 162.

³⁸⁵ *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 173.

³⁸⁶ *Ibidem*, párr. 171.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

sión de su cultura.³⁸⁷ En este caso, la restricción al ejercicio de la libertad de hablar garífuna aplicada a algunos reclusos del Centro Penal de Tela, fue discriminatoria en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez, como miembro de la comunidad garífuna. Las anteriores consideraciones llevaron a la Corte a concluir que el Estado tenía responsabilidad por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento, de expresión e igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana, y por el incumplimiento de la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez.³⁸⁸

En el *Caso Chitay Nech*, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral.³⁸⁹ En consecuencia, conforme con su jurisprudencia constante en materia indígena, el Tribunal Interamericano consideró que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “[p]or sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural... genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”, por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación.³⁹⁰

³⁸⁷ *Ibidem*, párr. 172.

³⁸⁸ *Ibidem*, párr. 174.

³⁸⁹ *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 146.

³⁹⁰ *Ibidem*, párr. 147.

B.9. Derecho a la Vivienda ¿un derecho ausente?

Este derecho no se encuentra de manera explícita en el Protocolo de San Salvador, por lo que debemos remitirnos a lo expuesto en el capítulo I respecto a la teoría de los derechos perdidos del Sistema Africano de Derechos Humanos. Sin embargo, no puede pasar inadvertido que el derecho a la vivienda sí se encuentra plasmado de manera expresa en la Carta de la OEA, por lo que es nuestro entender que sí podría ser justiciable de manera directa mediante el artículo 26 de la CADH. Aunado a lo anterior, la Corte IDH en su jurisprudencia, ha realizado pronunciamientos sobre este derecho, principalmente mediante conexidad con el artículo 21 del Pacto de San José.

En primer lugar, la Corte IDH se ha pronunciado en los casos de pueblos indígenas considerando que la falta de acceso a los territorios ancestrales, y al estar en asentamientos temporales, los miembros de las comunidades se ven imposibilitados de acceder a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como al agua limpia y a los servicios sanitarios.³⁹¹

Por otro lado, y en segundo lugar, habría que destacar la protección de la vivienda de las personas dentro del conflicto armado interno o por los efectos del mismo; en diversos casos se protegió la destrucción de las viviendas mediante el derecho de propiedad privada.

En el *Caso de las Masacres de El Mozote vs. El Salvador*, la Corte constató que efectivos militares procedieron a *quemar las viviendas*, razón por la cual la Corte IDH concluyó que el Estado violó el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, en relación con el ar-

³⁹¹ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 164 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 168.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

título 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los familiares de las víctimas ejecutadas en las masacres.³⁹²

En el *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, el Tribunal Interamericano frente al pillaje y la destrucción de las viviendas analizando la violación del artículo 21 consideró oportuno invocar el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter interno y las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, como el principio de distinción.³⁹³ De esa forma, la Corte IDH apuntó que la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario dispone que “las partes en [un] conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados”.³⁹⁴ Respecto del pillaje la Corte IDH consideró que no existía una violación por falta de pruebas suficientes a pesar de que dicho acto se encontraba expresamente prohibido en el artículo 4.2.g. del Protocolo II de 1977.³⁹⁵ En lo que respecta a las viviendas la Corte IDH sí consideró que:

existía una vulneración al artículo 21 porque las fuerzas armadas no distinguieron entre los objetivos militares y los objetivos civiles al lanzar un dispositivo AN-M1A2 pues de la prueba se desprendía que muchas de las esquirlas del cuerpo de la bomba se incrustaron y algunas del espiral de fragmentación atravesaron los tablonés de madera puestos para simular *las fachadas de las viviendas*.³⁹⁶

³⁹² *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 202.

³⁹³ *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 270.

³⁹⁴ *Ibidem*, párr. 271.

³⁹⁵ *Ibidem*, párr. 272.

³⁹⁶ *Ibidem*, párrs. 281 y 282.

En el *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, el Tribunal Interamericano consideró que la *quema de las viviendas* constituyó una grave vulneración de un bien indispensable para la población. Por tales motivos, el efecto que tuvo la destrucción de los hogares fue la pérdida, no sólo de bienes materiales, sino incluso de todo referente social de personas que, en algunos casos, habían residido todas sus vidas en dicho poblado. La destrucción de sus hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en los pobladores una pérdida de sus más básicas condiciones de existencia, lo cual hacía que la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad.³⁹⁷ Criterio que fue reiterado en el *Caso Operación Génesis*.³⁹⁸

El *Caso Yarce y otras vs. Colombia* se relacionaba –entre otras cosas– con la destrucción y saqueo de las viviendas como medio de amedrentamiento de dos de las víctimas derivado de su labor como defensoras de derechos humanos, lo que, a criterio de la Corte IDH, violaba el artículo 21 de la CADH. Para arribar a la violación del artículo 21 de la CADH, el Tribunal Interamericano refirió que en este caso era necesario realizar una evaluación *bajo la óptica del deber de protección frente a terceros mediante la obligación de debida diligencia por parte del Estado, para tomar medidas razonables, para prevenir dichas violaciones*.³⁹⁹ Bajo este estándar, la Corte IDH consideró que en un primer momento el Estado no tenía conocimiento de lo ocurrido en la Comuna 13, es decir sobre el desplazamiento y abandono de las viviendas de dos de las víctimas, por lo que resultaba desproporcionado exigir al Estado el deber de la protección del

³⁹⁷ *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 182 y 183.

³⁹⁸ *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 352.

³⁹⁹ *Cfr. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 258.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

derecho a la propiedad privada.⁴⁰⁰ No obstante, a partir de que las dos víctimas denunciaron estos hechos, la Corte IDH *constató que el Estado no había adoptado medidas necesarias para proteger*, de ser el caso, los bienes de las presuntas víctimas ni les facilitó mecanismos para la obtención de una vivienda adecuada, lo que generó una grave privación del uso y goce de los bienes de las presuntas víctimas,⁴⁰¹ es decir, se vieron privados de sus viviendas.⁴⁰² La diferenciación que hace el Tribunal Interamericano entre la vivienda y “otros bienes” queda plasmada de mejor manera en las reparaciones:

364. Sin perjuicio de ello, este Tribunal considera que se ha de presumir que, como ya lo ha hecho en casos previos, que las señoras Ospina, Rúa, Mosquera y Naranjo y sus familiares desplazados, a saber: Gustavo de Jesús Tobón Meneses, Bárbara del Sol Palacios Rúa, Úrsula Manuela Palacios Rúa, Valentina Tobón Rúa, Oscar Tulio Hoyos Oquendo, Edid Yazmín Hoyos Ospina, Oscar Dario Hoyos Ospina, Migdalia Andrea Hoyos Ospina, Hilda Milena Villa Mosquera, y Lubín Alfonso Villa Mosquera incurrieron en diversos gastos con motivo de su desplazamiento. Por tanto, considera pertinente el reintegro, en equidad, de un monto de USD \$15,000.00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) *por concepto de daño material a favor de cada una de dichas personas*. En relación con la violación del derecho a la propiedad privada declarada en el presente caso, la Corte considera que el Estado debe pagar, en equidad, un monto de USD \$20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) al *grupo familiar de la señora Luz Dary Ospina* e igualmente un monto de USD \$20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) al *grupo familiar de la señora Rúa Figueroa*. La suma será entregada a las mencionadas señoras.⁴⁰³

⁴⁰⁰ *Idem*.

⁴⁰¹ *Ibidem*, párr. 259.

⁴⁰² *Ibidem*, párr. 260.

⁴⁰³ *Ibidem*, párr. 364.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

De esta manera la Corte IDH considera una reparación diferenciada dentro del contenido del artículo 21 entre el derecho a la propiedad *a favor de cada una de las personas* –en términos de bienes como ha sido concebido por el artículo 21 como pérdida de sus ingresos, bienes muebles o gastos de arriendo– y la reparación de la vivienda (como un aspecto diferenciado de lo que tradicionalmente se ha entendido por “bienes”) al resarcir el daño a los *grupos familiares* de las señoras Ospina y Rúa; es decir, su derecho a obtener una *vivienda adecuada*.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Puede verse un desarrollo detallado al respecto del análisis del derecho a la vivienda en el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al Caso *Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 133.

III. OBSTÁCULOS Y VÍAS INTERPRETATIVAS PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Crónica de un debate abierto: el artículo 26 de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador

Además de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos —expresamente reconocida en la Sentencia del *Caso Suárez Peralta* y en el *Caso Gonzales Lluy* cuyas implicaciones quedaron de manifiesto en el capítulo anterior—, la justiciabilidad directa de los DESCAs deriva de la propia Convención Americana, instrumento que representa el corazón del Sistema Interamericano y constituye el principal objeto de “aplicación e interpretación”⁴⁰⁵ de la Corte IDH, teniendo competencia “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”⁴⁰⁶ del Pacto de San José.

Al pensar sobre la garantía directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, es necesaria una revaluación interpretativa del artículo 26 de la Convención Americana; única norma de dicho Pacto que se refiere “a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organi-

⁴⁰⁵ Cfr. Artículo del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979.

⁴⁰⁶ Cfr. Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

zación de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

Además, el artículo 26 está en la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*.⁴⁰⁷ Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a ciertos derechos.

Sobre la justiciabilidad del artículo 26 y su relación con el Protocolo de San Salvador se han generado diversas posiciones desde la adopción del Pacto de San José y del Protocolo de San Salvador. A continuación se hará una breve referencia de los debates doctrinales, para posteriormente visualizar los debates jurisprudenciales que se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, concretamente en los votos de algunos miembros del Tribunal Interamericano que han acompañado las sentencias más emblemáticas en lo concerniente a casos que han versado sobre los DESCA.

1. *Debates doctrinales en torno a la justiciabilidad de los DESCA en el Sistema Interamericano*

En primer lugar, algunos académicos y operadores del Sistema Interamericano se han detenido a debatir si de acuerdo con las actas de la Conferencia Especializada Interamericana y el

⁴⁰⁷ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 16-17 y 100.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Preámbulo de la Convención es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su aprobación respecto al reconocimiento de los DESCAs en la Convención Americana. En sentido afirmativo, se pronuncia, por ejemplo, Parra.⁴⁰⁸ Asimismo, para este autor el Protocolo de San Salvador “es el documento del SIDH que en forma más amplia y detallada enuncia los DESCAs y corresponde entender que complementa y no disminuye la protección en derechos sociales establecida por la Convención Americana en su artículo 26”.⁴⁰⁹

En la misma línea, Urquilla señala que:

ninguna norma dentro del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos excluía el trámite de los procedimientos contenciosos en lo atinente a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; en todo caso, la importancia de estos hacía que, adicionalmente a este método, hubiera otros como el sistema de informes periódicos.⁴¹⁰

Así, “la competencia *ratione materiae* de los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde su momento fundacional fue omnicompreensiva, es decir, tanto respecto de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como de derechos civiles y políticos”;⁴¹¹ siendo que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales tienen un plus de protección por vías no contenciosas.⁴¹² Asimismo, señala que, de acuerdo con el principio de buena fe, el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que incorpora ciertos derechos al régimen de protección de la Convención Americana, debe entenderse como un punto de partida –y no

⁴⁰⁸ Parra Vera, Oscar, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 61.

⁴¹⁰ Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, IIDH, 2009, p. 121.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 141.

⁴¹² *Idem*.

como punto de llegada—. La incorporación de los otros derechos es responsabilidad de la Comisión y de la Corte IDH.⁴¹³

Otro interesante debate se ha dado entre Cavallaro y Schaffer con Melish. Para los primeros, la Comisión y la Corte IDH no deben verse como las promotoras de una jurisprudencia visionaria, sino que deben promover el respeto de los derechos humanos primordialmente como cuerpos judiciales y de consulta cuyas decisiones y recomendaciones permiten a aquellos que defienden los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales promover cambios de la política pública.⁴¹⁴ Su interés primordial, nos dicen, es la implementación de las decisiones en la práctica.⁴¹⁵ Así, la visión que tienen del litigio internacional para proteger los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales es la de una herramienta valiosa pero que debe formar parte de una estrategia integral, pues por sí solo no es suficiente para realizar cambios sociales a gran escala.⁴¹⁶ La importancia del litigio es, para estos autores, el reproche o la condena internacional, lo que puede servir para empoderar a los movimientos sociales, con los cuales los litigantes deben trabajar conjuntamente.⁴¹⁷

Por su parte, en relación con el artículo 26 de la Convención Americana consideran que no establece —intencionalmente— derechos específicos o deberes concretos,⁴¹⁸ e infieren del artículo 19.6 de la Convención Americana que la violación de derechos distintos a los protegidos por los artículos 8, párrafo a) y 13 no da lugar a una petición ante el Sistema Interame-

⁴¹³ *Ibidem*, p. 171.

⁴¹⁴ Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, vol. 56, núm. 2, 2004, p. 221.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 235.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 238. También véase el posterior trabajo de Cavallaro, James L. en coautoría con Brewer, Stephanie Erin, “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008, pp. 85-99.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 239.

⁴¹⁸ *Ibidem*, pp. 225 y 268.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

ricano.⁴¹⁹ Por ello, promueven que el reclamo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se haga a través de la interpretación expansiva de derechos bien establecidos, lo que se traduce en realizar su análisis en el contexto general del principio de no discriminación, o considerándolos como componentes integrales de los derechos civiles y políticos.⁴²⁰ Hacerlo por vía del artículo 26 de la Convención Americana puede estar destinado al fracaso y es probable que provoque reacciones extremas de los miembros de la OEA.⁴²¹ Más aún, consideran que el litigio relacionado con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales debe estar bien fundamentado en precedentes y doctrina, eliminando la posibilidad de que los Estados impugnen su legitimidad.⁴²²

Por el contrario, Melish considera que el litigio enfocado, bien diseñado y de alta calidad lleva a mejores resultados, tanto jurisprudenciales como en la vida real. Para esta autora, Cavallaro y Schaffer no logran apreciar la importancia de la justiciabilidad, además de no distinguir entre reclamos que son aptos para un juicio y los que son para mecanismos políticos. Desde su punto de vista, las mismas obligaciones legales aplican para todos los derechos humanos, pero sólo ciertas dimensiones de esas obligaciones pueden ser tratadas en un juicio, con independencia del tipo de derecho de que se trate.⁴²³ Para ella, el tipo de aproximación que los abogados utilicen sea “indirecta”, “por integración”, “directa”, “violaciones complejas” no debe estar basada en una caracterización superficial o predeterminada del

⁴¹⁹ *Ibidem*, pp. 227, 268, 269. En el mismo sentido Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Interwined Treaties – Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 158 y 159.

⁴²⁰ *Ibidem*, pp. 254 y ss.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 270.

⁴²² *Ibidem*, p. 281.

⁴²³ Melish, Tara J., “Rethinking the ‘Less as More’ Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, 2006, pp. 3-4. Disponible en línea http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955920.

reclamo, sino en la naturaleza del problema o valor que quieren reivindicar.⁴²⁴

En opinión de Melish, el error fundamental de Cavallaro y Schaffer es la tesis de que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como derechos autónomos, no son justiciables en el Sistema Interamericano,⁴²⁵ lo que desde su visión es incorrecto. Para la autora, si bien el artículo 26 se colocó en un capítulo separado, el capítulo III, no se removió de la sección que enumera los derechos protegidos. Así, los redactores de la Convención demostraron su intención de que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no son derechos de segunda clase, sino que deben aplicárseles las mismas obligaciones y estar sujetas al procedimiento de peticiones individuales.⁴²⁶ Desde su perspectiva, la restricción que establece el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador no es un buen argumento para limitar la competencia por razón de materia que tiene la Corte IDH de acuerdo con la Convención Americana, pues no comparte la idea de que esa restricción pueda ser prueba de la intención que tuvieron los redactores de la Convención Americana para excluir al artículo 26 del régimen jurisdiccional.⁴²⁷ Este Protocolo, en su opinión, más bien puede servir para interpretar el alcance normativo de los derechos previstos presentes en la Convención Americana.⁴²⁸ Su propuesta es que los reclamos justiciables son aquellos que hayan causado un daño individual y haya una relación de causalidad entre el daño y la conducta del Estado. Además, precisa que las dimensiones de las obligaciones que imponen los derechos humanos

⁴²⁴ *Ibidem*, pp. 4-5.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 6.

⁴²⁶ *Ibidem*, pp. 9 y 13. En el mismo sentido, su trabajo “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 176 y 177.

⁴²⁷ Melish, Tara J., *op. cit.*, pp. 9-10.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 178.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

que son justiciables son aquellas orientadas hacia un individuo y no a la colectividad y están basadas en conductas y no en los resultados.⁴²⁹

En su opinión, la propuesta de Cavallaro y Schaffer para justiciar los derechos económicos, sociales y culturales como elementos de los derechos civiles y políticos, distorsiona los problemas principales que están en juego en una controversia concreta, desviando la crítica, los medios y la atención legal de las soluciones de las violaciones de los derechos sociales hacia remedios limitados para enfrentar problemas civiles y políticos. Así, se oscurecen dimensiones esenciales de los derechos tradicionalmente pensados como económicos, sociales, culturales y ambientales, conduce a un debilitamiento de las normas, y se pierde de vista la especificidad de aquellos de los cuales estamos hablando.⁴³⁰ Además, refuerza, en su opinión, que las violaciones de este tipo de derechos son cuestiones políticas.⁴³¹ Asimismo, señala que la interpretación expansiva de los derechos civiles y políticos hace impredecible sus consecuencias para los Estados, llegando sus decisiones a parecer arbitrarias, visionarias y sin base legal.⁴³²

Por otro lado, también anota que el argumento de Cavallaro y Schaffer sobre la legitimidad de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano, desconoce que a nivel nacional dichos derechos se protegen en las Constituciones, en la legislación y en la jurisprudencia, además de que los Estados americanos no

⁴²⁹ Melish, Tara J., "Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", *cit.*, pp. 11 y 12. En el mismo sentido, Melish, Tara J., "El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano", *cit.*, p. 219.

⁴³⁰ Melish, Tara J., "El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano", *cit.*, pp. 215 y 216.

⁴³¹ Melish, Tara J., "Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", *cit.*, p. 19.

⁴³² *Ibidem*, p. 23.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

han reaccionado negativamente frente a los señalamientos de la Comisión en esta materia.⁴³³ Y precisa que la legitimidad de la Corte IDH más bien depende de que se enfoque en los reclamos que son justiciables, conforme con lo que se dijo anteriormente.⁴³⁴ Por último, añade que Cavallaro y Schaffer tienen razón en que el litigio debe ir acompañado de los movimientos sociales, el seguimiento local, medios de comunicación y campañas nacionales e internacionales de presión.⁴³⁵

Ante las críticas de Melish, Cavallaro y Schaffer respondieron diciendo que en su primera publicación no pusieron en cuestión la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, ni que la Declaración Americana pudiera ser utilizada para tal efecto, sino que la vía del artículo 26 es muy débil y podría conllevar reacciones negativas de los Estados,⁴³⁶ con independencia de que a nivel nacional la justiciabilidad directa esté permitida.⁴³⁷ Reiteraron que los litigantes deben escuchar y trabajar con los movimientos sociales,⁴³⁸ los que deben guiar a los litigantes y no a la inversa.⁴³⁹ Consideraron también que su posición, a diferencia de la de Melish, está basada no en una teoría sino en los instrumentos y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, así como en los límites institucionales y de recursos de la Corte IDH.⁴⁴⁰ Según su perspectiva, el sistema debe servir para elevar el perfil de determinadas agendas, así como para magnificar ciertos casos, sin importar si se hace como un derecho civil o político o como derechos económicos,

⁴³³ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

⁴³⁴ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 24.

⁴³⁶ Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, "Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, 2006, pp. 347, 348, 352, 354, 365 y 366.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 367.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 353.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 369.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, pp. 355-357.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

sociales, culturales y ambientales.⁴⁴¹ Lo importante es cuáles son las cuestiones abordadas y los otros esfuerzos incluidos en la estrategia global, buscando siempre la efectividad, por lo que si es a través de los derechos civiles y políticos esa es la vía que debe adoptarse.⁴⁴² Argumentaron también que los redactores de la Convención Americana consideraban que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no eran justiciables vía el artículo 26, y la restricción impuesta por el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador así lo ratifica.⁴⁴³ Para ellos, la promoción de la justiciabilidad directa vía el artículo 26 atiende más al deseo de promover un desarrollo jurisprudencial en abstracto, que a lograr resultados concretos para la justicia social.⁴⁴⁴

Por su parte, en su contra-réplica Melish considera que la réplica de Cavallaro y Schaffer plantea una falsa dicotomía entre aquellos que favorecen el desarrollo jurisprudencial y los que buscan la justicia social.⁴⁴⁵ Además, dice la autora, no se trata de si los abogados deben escuchar a los movimientos sociales, pues todos comparten esa preferencia. Más bien, señala, se trata de debatir cuál es el papel y la responsabilidad del abogado supranacional al aconsejar a las víctimas sobre todas las posibilidades que tienen abiertas, así como los límites del sistema para lograr avanzar en la agenda de la justicia social.⁴⁴⁶ Así, considera que el papel de los abogados no es limitar *a priori* las posibilidades para litigar, sino en explicar, en términos normativamente neutrales y técnicamente precisos, las herramientas a su

⁴⁴¹ *Ibidem*, pp. 370 y 371.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 371.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 363.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 368.

⁴⁴⁵ Melish, Tara J., "Counter-Rejoinder. Justice vs. Justiciability?: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, 2006, p. 388.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 389.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

alcance, permitiéndoles escoger con base en su propias necesidades el curso que consideren más indicado.⁴⁴⁷

Además, contrapone la posición de Cavallaro y Schaffer a la suya. La primera, se caracteriza por darle prioridad a los derechos civiles y políticos en las iniciativas de litigio, adelantando la idea de que, si bien todos los derechos tienen aspectos positivos y negativos, los civiles y políticos son inmediatos mientras que los económicos, sociales, culturales y ambientales son progresivos. Por otro lado, su posición no le da prioridad a un tipo de derechos para presentar sus casos, pues esta es una decisión de las víctimas y las comunidades que deben tomar en cada caso. De igual manera, insiste en que todos los derechos humanos comparten el mismo espectro de obligaciones, aunque sólo ciertas dimensiones de esas obligaciones compartidas son justiciables en el proceso supranacional de peticiones individuales.⁴⁴⁸ En pocas palabras, la primera es una posición que se fundamenta en el tipo de normas, mientras que la segunda se basa en el tipo de reclamo.

Asimismo, considera que la recomendación de Cavallaro y Schaffer para utilizar los derechos civiles y políticos como el curso más seguro está basada en un peligro hipotético que no se ha confirmado en la práctica de los Estados, sino al contrario.⁴⁴⁹ Reitera que el artículo 26 cae dentro de la jurisdicción de la Corte IDH y estima que si se hubiera querido restringir en 1988, así se hubiera hecho a través del procedimiento de enmienda de la Convención, y que el artículo 4 del Protocolo de San Salvador salva los plenos efectos del artículo 26 de la Convención Americana.⁴⁵⁰ Añade que la justiciabilidad a través de los derechos civiles y políticos tiene consecuencias en el enfoque del debate y el tipo de remedios que se dan. Una de estas consecuencias tiene que ver con el aspecto retórico, es decir, con las

⁴⁴⁷ *Ibidem*, pp. 390, 405 y 407.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, pp. 390-393.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, pp. 396 y 397.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 399.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

implicaciones que tiene para el discurso político que se puede utilizar para legitimar y empujar las demandas ciudadanas.⁴⁵¹ También nos dice que bajo la lógica del argumento de Cavallaro y Schaffer, cualquier tipo de litigio relacionado con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales debería ser rechazado por los Estados, incluyendo la estrategia de interpretar ampliamente los derechos civiles y políticos.⁴⁵²

En este debate ha terciado recientemente Ruiz-Chiriboga, quien también se opone a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, pues en su opinión de conformidad con el artículo 2.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el texto de un tratado se conforma por todos los instrumentos que pueden considerarse relacionados. En el caso del Sistema Interamericano, nos dice, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales están comprendidos no sólo en la Convención Americana sino también en el Protocolo de San Salvador, por lo que deben leerse de manera conjunta.⁴⁵³

En este sentido, señala que conforme con los artículos 31 y 77.1 de la Convención Americana, los protocolos sirven para incluir libertades y derechos, por lo que los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador no estaban reconocidos por la Convención Americana, pues si hubieran querido modificar derechos que ya estaban previstos hubieran reformado la Convención.⁴⁵⁴ Así, lo que hace el Protocolo de San Salvador es 1) incluir derechos que no se pueden inferir de la Carta de la OEA, sea porque sólo pueden inferirse por el nombre pero no por su contenido, o no pueden ser inferidos de ninguna manera, y 2) dar un contenido más amplio a los derechos que pueden ser inferidos de la Carta.⁴⁵⁵ Desde esta perspectiva, no todos los derechos prote-

⁴⁵¹ *Ibidem*, pp. 400 y 402.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 400.

⁴⁵³ Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *op. cit.*, pp. 161 y 162.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 164. En una posición contraria véase Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., p. 159.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 171.

gidos por el Protocolo de San Salvador están protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana.⁴⁵⁶ Y sólo los derechos protegidos por el Protocolo son los protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana.⁴⁵⁷

Además, agrega que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador es muy claro y no necesita de mayor interpretación para concluir que con excepción de los derechos previstos en los artículos 8.a y 13, todos los demás no son justiciables en el Sistema Interamericano.⁴⁵⁸ Incluso, argumenta que si bien el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, éste no se refiere a la jurisdicción de la Corte, lo que sí hace el 19.6 que es *lex specialis* en la materia.⁴⁵⁹ Sin que pueda utilizarse, en su opinión, el principio *pro homine* para extender la jurisdicción de la Corte cuando el sentido literal no lo hace.⁴⁶⁰ Para Ruiz-Chiriboga, el medio para la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales es el previsto en el artículo 42 de la Convención Americana.⁴⁶¹

Desde esta perspectiva, ningún precepto del Protocolo de San Salvador hace referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación.⁴⁶² Si el Protocolo de Salvador pretendía derogar o mo-

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 172.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 173.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 164.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 166.

⁴⁶⁰ *Idem*.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pp. 172 a 179.

⁴⁶² Convención Americana: "Artículo 76. 1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

dificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH.⁴⁶³

Así, la posición que tomemos al respecto debe partir de aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino incluso en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino. Si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana.

Por el contrario, como se ha señalado, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados Parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana.⁴⁶⁴ Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.⁴⁶⁵

Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención”.

⁴⁶³ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 100.

⁴⁶⁴ Protocolo de San Salvador: “Artículo 4. *No Admisión de Restricciones*. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁴⁶⁵ Cfr. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 188.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

En ese sentido, esta –aparente– contradicción entre el artículo 26 de la Convención Americana y el 19.6 del Protocolo de San Salvador, debe resolverse en el sentido de que el artículo 19.6 del Protocolo es, efectivamente, un punto de partida que no quiso limitar la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana. Esta aproximación puede realizarse a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En un conflicto interpretativo corresponde otorgar prevalencia a una interpretación sistemática de las normas relevantes atendiendo la efectividad plena de los derechos.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades⁴⁶⁶ que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁶⁷ Al efectuar una interpretación evolutiva, la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional⁴⁶⁸ o jurisprudencia de tribunales in-

⁴⁶⁶ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83.

⁴⁶⁷ *Idem*.

⁴⁶⁸ En el *Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 148, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: “se advierte que un número considerable de Estados Partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano”.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

ternos⁴⁶⁹ a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación de todos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance de los derechos sociales que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía con relación a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta*, al igual que otros instrumentos internacionales que contengan derechos sociales, sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

2. *Debates jurisprudenciales en torno a la justiciabilidad de los DESCAs en el Sistema Interamericano*

En decisiones recientes, diversas posturas se han manifestado en la Corte IDH sobre la posibilidad de hacer justiciables, o no, los derechos de carácter social contenidos en el Protocolo de

⁴⁶⁹ En el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186 y *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, la Corte IDH tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el *Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, la Corte IDH utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son el *Caso Atala Riffo y Niñas, supra*, y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

San Salvador; lo que para muchos más que contribuir a su justiciabilidad, implican nuevos problemas interpretativos.

El término “problema” no es, quizá, el concepto adecuado para reflejar lo que sucede en el Sistema Interamericano sobre las imposibilidades para hacer justiciables los derechos sociales; sin embargo, lo cierto es que, en el caso del máximo tribunal de nuestra región, éste muestra cierta reticencia de entrar al fondo de la temática. Rodolfo Arango ha identificado que la realidad de los derechos sociales en América Latina responden, al menos, a tres deficiencias que llevan implícitas barreras u obstáculos: a) conceptuales, b) ideológicas⁴⁷⁰ y c) presupuestales. En el caso del Sistema Interamericano, son las barreras conceptuales e ideológicas las que en el seno de la Corte Interamericana han tenido mayor arraigo, que se han traducido en seis principales líneas argumentativas: i) el alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ii) establecimiento de los DESCa mediante una enmienda y no en un Protocolo Adicional a la Convención Americana; iii) la alegada incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; iv) los métodos de interpretación vs. interpretación evolutiva; v) la alegada imposibilidad de la aplicación del principio *pro persona*, y vi) la alegada imposibilidad de utilizar el derecho comparado.

⁴⁷⁰ Rodolfo Arango identifica que las barreras ideológicas tienen que ver con la persistencia de la ideología liberal de los derechos humanos. Siendo necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales que debe de ser remplazada por una social de derechos construida a partir de una reflexión crítica del discurso de los derechos. A partir de una concepción integrada de los derechos es posible superar el unilateralismo en la defensa de los derechos y el favoritismo hacia los DCP en desmedro de los derechos sociales. La anotada necesidad de superación de la teoría liberal se fundamenta, entre otras cosas, en el endeble fundamento filosófico de la distinción entre los DCP y los DESC. Arango, Rodolfo, “Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas del futuro”, *Derechos Humanos y Democracia*, pp. 7 y 9. Disponible en: <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Los-derechos-sociales-en-Iberoamérica.pdf>.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

A. *El alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Sobre el alcance del artículo 26, la Corte IDH ha indicado que la obligación principal que se desprende de este artículo es el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.⁴⁷¹ El cual conlleva un deber de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho,⁴⁷² por lo que las obligaciones de respeto, garantía y la adecuación del derecho interno deben ser aplicados al artículo 26.⁴⁷³

Una postura en contra sostiene que el artículo 26 *no establece un catálogo de derechos*, sino que realiza una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos. Así, se considera que de una lectura de la Carta se puede concluir que ésta tampoco contiene un catálogo de derechos subjetivos claros y precisos, sino que, por el contrario, se trata de un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región, lo cual dificulta vislumbrar cuáles son los derechos a los que se hace mención en el artículo. En concreto, no hay referencias expresas a los DESCAs y para afirmar que efectivamente se encuentran consagrados en la Carta es necesario realizar una labor interpretativa bastante extensa.⁴⁷⁴

Además, se considera que hubiera sido deseable cuando se estableció el artículo 26 que se utilizara una técnica legislativa menos problemática como lo es el sistema de remisiones complejo a la Carta de la OEA, pues la remisión es a la Carta y no a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hom-

⁴⁷¹ Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147.

⁴⁷² Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 103.

⁴⁷³ *Ibidem*, párr. 100.

⁴⁷⁴ Voto concurrente de Humberto Sierra Porto al Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 7.

bre, lo cual podría haber producido una interpretación distinta, debido a que la Declaración sí cuenta con referencias más claras a los DESCA.⁴⁷⁵

Sin embargo, atendiendo a que la Corte IDH en su jurisprudencia evolutiva ha aceptado explícitamente la justiciabilidad del artículo 26,⁴⁷⁶ ahora el Tribunal Interamericano tendría que resolver varios aspectos de este precepto convencional que plantea la difícil tarea de definir en el futuro tres cuestiones distintas, referidas a i) qué derechos protege, ii) qué tipo de obligaciones derivan de tales derechos, y iii) qué implicaciones tiene el principio de progresividad. Evidentemente no se pretende resolver estas cuestiones ni siquiera de manera mínima en este trabajo. Sólo es importante sentar algunas bases esgrimidas en algunos votos individuales que he emitido sobre el particular.

Dicho argumento sería un evidente retroceso al carácter progresivo que el propio artículo 26 de modo expreso establece para los Estados y que necesariamente también aplica para la propia Corte IDH, toda vez que la jurisprudencia interamericana ya ha reconocido la posibilidad de pronunciarse sobre los contenidos del artículo 26 y además ha reconocido la plena vigencia de todas las disposiciones del Pacto de San José, al resolver sobre el alegato del Estado relativo a la incompetencia por *ratione materiae* respecto del artículo 26 del Pacto de San José:⁴⁷⁷

... la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdic-

⁴⁷⁵ *Ibidem*, párr. 9.

⁴⁷⁶ *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 92-106, particularmente párrs. 99-103.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, párr. 16.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

ción.⁴⁷⁸ Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que *la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones.*⁴⁷⁹

Así, el artículo 61 de la Convención Americana indica que la Corte IDH puede serle sometido “un caso”. Al respecto, el artículo 62 del tratado señala que los Estados pueden reconocer la “competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención” y que cuando se reconozca dicha competencia “[l]a Corte tiene... para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de [la] Convención que le sea sometido”. En el marco de su competencia, corresponde al Tribunal Interamericano, de acuerdo con el artículo 63 del Pacto de San José, “decid[ir si] hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención”.⁴⁸⁰ Las normas son claras en cuanto a que la competencia de la Corte IDH respecto a un “caso” que sea sometido a su conocimiento, pues comprende todas las “disposiciones” de la Convención Americana, así como los “derecho[s] o libertad[es] protegidos” por ella, sin distinción. Por lo tanto, la Corte IDH tiene competencia respecto al artículo 26 del Pacto de San José, que se inserta en la Parte I del tratado, denominada “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”, en su capítulo III, llamado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

⁴⁷⁸ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 32-34; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 23, y *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 38.

⁴⁷⁹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 29, y *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia. Excepción Preliminar*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93, párr. 27.

⁴⁸⁰ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 8.

El artículo 26 de la Convención Americana remite a la Carta de la OEA para lograr progresivamente la *plena efectividad de los derechos que se deriven de las normas* económicas, sociales, educación, ciencia y cultura, contenidos en dicha Carta.⁴⁸¹ La posibilidad de que este Tribunal Interamericano se pronuncie sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, deriva de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos que enmarcó la Corte IDH en el caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú* (2009);⁴⁸² en dicho caso, el Tribunal Interamericano partió de la base de que “es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, *inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma*”. En el citado caso, la Corte IDH hizo referencia expresa a la “interdependencia” de los derechos para entrar al estudio de los derechos económicos, sociales, cultu-

⁴⁸¹ *Ibidem*, párr. 10. Cabe mencionar que la Carta de la OEA contiene de manera expresa el derecho a la educación y algunas facetas de los derechos laborales. Respecto de los otros derechos que no están “expresamente enunciados” en la Carta de la OEA, la Corte ha expresado en su Opinión Consultiva No. 10 sobre la *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 de 1989*, que: “43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”. ...“45. Para los Estados miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Corte IDH. *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 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43 y 45.

⁴⁸² *Ibidem*, párr. 11; véase: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 100-102.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

rales y ambientales a que se refiere el artículo 26 del Pacto de San José.⁴⁸³

Evidentemente no se trata sólo de indicar que la Corte IDH es competente respecto al artículo 26 referido, en tanto se trata de una de las “disposiciones” de la Convención Americana, sino también que tal competencia puede ejercerse respecto de los “derechos” incluidos en esa norma.⁴⁸⁴

En primer lugar, de acuerdo con el texto del artículo 26, el compromiso de desarrollo progresivo se refiere a “derechos”, por el señalamiento literal de la norma; es decir, no podría predicarse tal obligación sino respecto de “derechos”, por lo que es imperioso colegir que la norma refiere a “derechos” y no a meros objetivos.⁴⁸⁵ Este entendimiento es acorde con lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁴⁸⁶ que manda a interpretar un tratado “de buena fe conforme con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.⁴⁸⁷ En tal sentido, es evidente que un entendimiento de

⁴⁸³ Cfr. *Ibidem*, párrs. 11 y 12. Véase: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 17 y 101.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, párr. 17.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, párr. 20.

⁴⁸⁶ Adoptada el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. El texto del tratado puede ser consultado en el siguiente sitio de Internet: http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf.

⁴⁸⁷ Los artículos 31 y 32, relativos a la interpretación de los tratados, dicen: Artículo 31: “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

buena fe de la palabra “derechos” incluida en el citado artículo 26, que sea “conforme con el sentido corriente” del término, indica que el mismo se refiere a “derechos” propiamente dichos, de igual naturaleza que el resto de los “derechos” aludidos en la Convención Americana. Lo anterior se corrobora al advertirse que precisamente el artículo 26 es el único artículo del capítulo III denominado “Derechos económicos, sociales y culturales”. Tal entendimiento es acorde con el objetivo y fin del tratado, que propende a la protección de los derechos de la persona humana.⁴⁸⁸

Así, el artículo 26 no es meramente una norma programática para los Estados Parte de la Convención Americana, sino que constituye una disposición que impone a la Corte IDH derivar derechos de las normas existentes en la Carta de la OEA, por lo que, atendiendo al caso concreto, contiene derechos de naturaleza económica, social o cultural y no meros objetivos.⁴⁸⁹

En segundo lugar, y siguiendo con la argumentación precedente, no puede pasar inadvertido que el artículo 26 de la Convención Americana expresamente indica que de las normas pertinentes de la Carta de la OEA⁴⁹⁰ se “derivan” derechos. El

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”. Artículo 32: “Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, párr. 21.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, párr. 22.

⁴⁹⁰ Adoptada el 30 de abril de 1948. Entró en vigor el 13 de diciembre de 1951. Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto periodo extraordinario

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

sentido literal es claro:⁴⁹¹ la norma no señala que para esclarecer cuáles son los “derechos” a los que se refiere el artículo 26 deba buscarse a aquellos derechos que estén reconocidos expresamente como tales en la Carta de la OEA; por el contrario, lo que expresa este precepto –siendo el mandato principal del artículo 26– es que hay derechos que se “derivan” de ciertas normas de la Carta: “las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura”.⁴⁹² De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española “derivar”, en las acepciones pertinentes, es: “[d]icho de una cosa: traer su origen de otra[; dicho de una palabra: proceder de cierta base léxica[, y] establecer una relación morfológica o etimológica entre dos voces” .⁴⁹³

Por lo tanto, no debe acotarse el entendimiento de los derechos recogidos en el artículo 26 de la Convención Americana sólo a aquellos que puedan encontrarse literalmente como tales –como podría entenderse el “derecho al trabajo”–⁴⁹⁴ en el texto de la Carta de la OEA. Por el contrario, debe efectuarse una “derivación” de las normas correspondientes referidas: “proceder” a partir de “cierta base léxica” para encontrar un derecho. El texto del artículo 26, que habla de “derechos” que se “derivan” de las normas “económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta” obliga al intérprete, quien no puede desconocer el texto señalado y sostener de modo válido que las normas correspondientes de la Carta de la OEA

de sesiones de la Asamblea General; y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴⁹¹ Teniendo en cuenta el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es válido acudir al sentido corriente de las palabras que, además, en este caso, son acordes con el entendimiento que mejor propende al objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos humanos.

⁴⁹² Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 23.

⁴⁹³ *Ibidem*, párr. 24.

⁴⁹⁴ La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 45.b) establece que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social...”.

no ofrecen una base suficiente para “derivar” derechos, pues ello está mandado por el texto convencional. Ello no obsta a la procedencia de métodos de interpretación que lleven a tener en consideración otras normas; inclusive el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.⁴⁹⁵

Lo expuesto hace evidente que se requiere un ejercicio interpretativo evolutivo y dinámico por parte del Tribunal Interamericano y que si bien, ciertamente, existen dificultades interpretativas por el modo en que la Convención Americana ha establecido los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales plasmados en ella, no constituye una dificultad para que la labor hermenéutica e interpretativa sea realizada. Precisamente, es la función propia de la Corte IDH llevar a cabo la interpretación de la Convención Americana, sin que pueda excusarse en la oscuridad, vaguedad o ambigüedad de los términos del tratado y teniendo en consideración el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 del propio Pacto de San José.⁴⁹⁶

B. *Establecimiento de los DESCAs mediante una enmienda y no en un Protocolo Adicional a la Convención Americana*

Un segundo argumento que se ha vertido sobre el reconocimiento de los derechos sociales mediante la voluntad de los Estados, es que si éstos hubieran querido reconocer los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de manera directa y clara, lo que hubiera procedido era reconocerlos me-

⁴⁹⁵ Cfr. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al Caso *Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 25.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, párr. 26.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

dante una *enmienda* a la Convención Americana y no un *protocolo* adicional.⁴⁹⁷

Sobre esta segunda posible problemática, es posible contrastar otros argumentos acerca de la interpretación sistemática entre la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador a la luz de la relación entre los artículos 26, 31 y 77 del Pacto de San José. Algunos autores han señalado que si los derechos sociales ya se encontraban en la Convención, los Estados Parte hubieran preferido efectuar una enmienda de la Convención para complementar o expandir el alcance de esos derechos. Según esta postura, el sentido ordinario del término “enmienda” denota el fortalecimiento o la revisión de un texto. Por el contrario, la idea de un “protocolo”, a la luz del artículo 77 de la Convención Americana, implicaría la inclusión de algo no existente previamente. En consecuencia, según estas posturas, el sentido literal de los términos lleva a la conclusión de que el artículo 26 de la Convención Americana no puede contener los derechos incluidos en el Protocolo.⁴⁹⁸

Sin embargo, es posible considerar una interpretación distinta sobre la relación entre “tratados” y sus “protocolos” en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, como es posible ver en otros Protocolos Adicionales a tratados de derechos humanos, es posible encontrar escenarios de regulación complementaria a la materia desarrollada en el tratado respectivo.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ Pueden verse algunas referencias en los párrafos 13 y 14 del voto del juez Humberto Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy*. Cfr. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

⁴⁹⁸ Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *op. cit.*, pp. 156-159.

⁴⁹⁹ Entre otros ejemplos, cabe resaltar la relación entre el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece la prohibición de discriminación en la aplicación de los derechos reconocidos por el Convenio, y el Protocolo No. 12 de 2000, donde se introdujo una prohibición de discriminación en la aplicación de cualquier derecho reconocido legalmente. Este es un ejemplo donde el protocolo respectivo se concentra en aumentar o regular en forma más amplia el nivel de protección establecido previamente en el Convenio. Asimismo, el protocolo respecto a la prohibición de prisión por deudas (No. 12) puede entenderse como una extensión

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

En este punto cabe resaltar que el artículo 31 de la Convención Americana reconoce la posibilidad de incluir otros derechos a la Convención, ya sea por medio de enmiendas o protocolos adicionales. El texto de la Convención es claro en señalar que la principal diferencia entre estos dos medios la constituye el procedimiento para que entren en rigor. En efecto, para adoptar enmiendas está previsto un procedimiento más complejo de aprobación dado que requieren de la ratificación de dos tercios de los Estados Partes, mientras que los protocolos adquieren vigor con una ratificación a través de la ratificación de un número menor de Estados. Por el contrario, sobre las diferencias sustantivas entre estos mecanismos el panorama interpretativo es más amplio. La Convención no condiciona el alcance de las enmiendas a fortalecer algo ya incluido en dicho instrumento, de tal forma que éstas podrían ser utilizadas para agregar nuevos derechos o efectuar reajustes en los diseños institucionales previstos por la misma. Es cierto que, a diferencia de las enmiendas, el artículo referido a los protocolos sí establece que sería para “incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”. Sin embargo, esto no implica que las enmiendas no puedan servir para cumplir con este objetivo. Asimismo, tampoco puede inferirse que los protocolos sólo estén restringidos a la consagración de derechos nuevos sino que también pueden contemplar el complemento de aspectos ya previstos en la Convención. La diferencia central

de los ámbitos de protección de la libertad personal, los protocolos sobre la abolición de la pena de muerte (Nos. 6 y 13) pueden entenderse como un desarrollo del derecho a la vida, los protocolos sobre las “garantías de procedimientos en caso de expulsión de extranjeros” (Nos. 4 y 7) y sobre “doble instancia” (No. 7) están claramente asociados a las garantías de debido proceso previstas en el Convenio. Dificilmente se puede argumentar que estos ámbitos de regulación se concentran en derechos autónomos en su totalidad a los derechos previstos inicialmente en el Convenio. Por otra parte, protocolos procedimentales adicionales tanto al Convenio Europeo como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han regulado aspectos procesales respecto a cómo opera la posibilidad de presentar denuncias ante dichos órganos, lo cual permite entender a estas regulaciones en cuanto extensiones o desarrollos del diseño de acceso a la justicia internacional establecido preliminarmente en los tratados respectivos.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

entre ambos mecanismos la constituye el mecanismo para su aprobación. Además, el protocolo no permitiría reducir los derechos previstos en la Convención, para lo cual se requeriría una enmienda, en los términos señalados previamente.

En similar sentido, el hecho que se emita un Protocolo, no necesariamente implica que los derechos y obligaciones allí incluidos no se encuentran reconocidos en la Convención, sino que puede servir para desarrollar con mayor exhaustividad algunos artículos previstos en dicho instrumento. Por ejemplo, en el Sistema Interamericano el artículo 15 del Protocolo de San Salvador, desarrolla el derecho a la constitución y protección de la familia, un derecho ya reconocido en el artículo 17 de la Convención. Por su parte el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, desarrolla el “derecho de la niñez”, un derecho ya reconocido en el artículo 19 de la Convención. Otro ejemplo lo constituye el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte, el cual tampoco genera un derecho nuevo porque el artículo 4.3 de la Convención Americana ya establece que “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.⁵⁰⁰

C. La alegada incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Sobre este tercer punto se ha considerado como postura en contra que el Protocolo establece con claridad dos artículos que pueden ser exigidos ante la Comisión Interamericana, y eventualmente ser llevados ante la Corte Interamericana. En este sentido el Protocolo de San Salvador es “claro” al señalar que

⁵⁰⁰ Voto conjunto de los jueces Eduardo Ferrer-Mac Gregor Poisot y Roberto F. Caldas, párrs. 26-29 del Caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296.

solo la libertad de formar y asociarse en sindicatos y el derecho a la educación, consagrados en los artículo 8.1.a y 13, respectivamente, pueden ser justiciables de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano, lo cual excluye al resto de los derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador para que sean invocados ante dichos órganos interamericanos.⁵⁰¹

En ese sentido, es oportuno el llamado que la entonces jueza Margarette May Macaulay (hoy distinguida integrante de la Comisión Interamericana) realizara en su voto concurrente en el *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, dirigido a actualizar el sentido normativo de dicho precepto convencional. La ex jueza señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”.⁵⁰² Asimismo, indicó que:⁵⁰³

... al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo

⁵⁰¹ Pueden verse algunas referencias en los párrafos 15 y 19 del voto del juez Humberto Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

⁵⁰² Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 8.

⁵⁰³ *Idem*.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.⁵⁰⁴

La ex jueza Macaulay precisó que correspondía a la Corte IDH actualizar el sentido normativo del artículo 26 en los siguientes términos:⁵⁰⁵

... lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.

Además de lo expresado, pueden considerarse algunos argumentos adicionales a esta interpretación de la relación entre la

⁵⁰⁴ Únicamente 15 Estados han ratificado el Protocolo de San Salvador. Consultable en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>.

⁵⁰⁵ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 9.

Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, relativo a la competencia de la Corte para conocer de violaciones directas a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a la luz del artículo 26 del Pacto de San José.

En primer lugar, resulta indispensable partir de la importancia de tener en cuenta la interpretación literal del artículo 26 con respecto a la competencia establecida para proteger *todos los derechos* establecidos en el Pacto de San José, que incluyen los derechos previstos en los artículos 3 a 26 (capítulos II: “Derechos Civiles y Políticos, y capítulo III: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”). Como ya lo referí, la Corte IDH así lo ha reconocido de manera expresa en la sentencia en el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*:⁵⁰⁶

100. Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

Esta interpretación de la Corte IDH, adoptada por unanimidad de votos,⁵⁰⁷ constituye un precedente fundamental para la justicia-bilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, al expresar que frente a los derechos derivables del artículo 26 es posible aplicar las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Dado que en este caso la Cor-

⁵⁰⁶ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 100.

⁵⁰⁷ Con votos razonados del juez Sergio García Ramírez y del juez *ad hoc* Víctor Oscar Shiyin García Toma.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

te IDH no se pronunció sobre estos alcances interpretativos en relación con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considero que hubiera sido una ocasión importante aludir a ello en la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, puesto que –expresamente para darle contenido al derecho a la salud– se utiliza el Protocolo de San Salvador, la Carta de la OEA, la Declaración Americana e incluso se invoca el artículo 26 de la Convención Americana (véase *supra* párr. 29).⁵⁰⁸

Ahora bien, en ningún precepto del Protocolo de San Salvador se realiza referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación.⁵⁰⁹ Si el Protocolo de Salvador pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH.⁵¹⁰

Sobre la interpretación del artículo 26 y su relación con el Protocolo de San Salvador se han generado diversas posicio-

⁵⁰⁸ Asimismo, véanse el párr. 131 y la nota 176 de la Sentencia *del Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

⁵⁰⁹ Convención Americana: “Artículo 76. 1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención”.

⁵¹⁰ *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 100.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

nes.⁵¹¹ Lo que corresponde es aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino. Si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana.

Por el contrario, una de las normas del Protocolo señala que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados Parte, lo cual incluye los

⁵¹¹ Cfr., por orden alfabético, entre otros, Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, año/vol. 9, núm. especial, pp. 34-53; Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, especialmente el capítulo 24 escrito por la primera autora: *op. cit.*, pp. 613-639; Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, *op. cit.*, pp. 85-99; Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, *Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas*, *op. cit.*, pp. 217-281; Cavallaro, James y Schaffer, Emily, “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *op. cit.*, pp. 345-383; Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, tomo IX: “Derechos humanos y tribunales internacionales”, pp. 361-438; Melish, Tara J., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, *cit.*, pp. 379-392; de la misma autora “Rethinking the «Less as More Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas»”, *op. cit.*, pp. 171-343; de esta misma autora, “Counter-Rejoinder. Justice vs. Justiciability?: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation”, *op. cit.*, pp. 385-415; Parra Vera, Oscar, *op. cit.*; Pelayo Möller, Carlos María. “El ‘mínimo vital’ como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Metodhos*, núm. 3, 2012, pp. 31-51; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System*, *cit.*; Uprimny, Rodrigo y Diana Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *op. cit.*, y Urquilla, Carlos, *op. cit.*

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana.⁵¹² Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.⁵¹³

Respecto a la posibilidad de que la Corte IDH examine vulneraciones a derechos sociales a través del análisis del artículo 26 –y se alegué la restricción del Protocolo de San Salvador– no obstaría a la justiciabilidad, por ejemplo, del *derecho a la vivienda* a partir del artículo 26 referido. El *derecho a la vivienda* no se encuentra en el Protocolo de San Salvador. Por ello, en nada afectaría entender que los derechos que detalló el Protocolo de San Salvador no se encuentran en la Convención Americana y que, además, sólo son justiciables los derechos de asociación sindical (artículo 8.1.a) y el derecho a la educación (artículo 13), por mandato de su artículo 19.6.⁵¹⁴ En efecto, lo anterior no tendría incidencia pues, aun en ese entendimiento el Protocolo de San Salvador no sería una base que permita concluir que el derecho a la vivienda no se encuentra en la Convención Americana, o que la Corte IDH no es competente respecto del mismo.⁵¹⁵

⁵¹² Protocolo de San Salvador: “Artículo 4. *No Admisión de Restricciones*. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁵¹³ Cf. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 188.

⁵¹⁴ Dicha norma indica que “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 versa sobre “[e]l derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses...” y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

⁵¹⁵ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 28.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

De esta manera, el Protocolo de San Salvador no puede ser un obstáculo a la justiciabilidad de cualquier derecho que pueda derivarse de las normas contenidas en la Carta de la OEA en los términos en que lo enuncia el contenido del artículo 26 del Pacto de San José. En efecto, del texto del Protocolo de San Salvador no se advierte que el mismo tenga por objeto modificar parte alguna de la Convención Americana. Siendo así, sería un contrasentido considerar que, si en ausencia del Protocolo de San Salvador podía interpretarse que la Corte IDH tenía competencia para determinar violaciones a derechos sociales a partir del artículo 26 de la Convención Americana, ahora, a partir de la adopción del Protocolo de San Salvador no la tenga. Lo anterior iría en contra del objeto del propio Protocolo de San Salvador, que en su Preámbulo expresa que “resulta de gran importancia que [los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales] sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos”. No podría entenderse, entonces, que el Protocolo de San Salvador tuvo por fin mermar la protección que existía antes de su entrada en vigor.⁵¹⁶

⁵¹⁶ *Ibidem*, párr. 27. El Protocolo de San Salvador no modifica expresamente norma alguna de la Convención Americana, no sería admisible una interpretación del Pacto de San José válida para los Estados Partes que no hayan firmado o ratificado el Protocolo de San Salvador y otra distinta para aquellos que sí lo hayan hecho. *Cfr.* Voto concurrente conjunto sobre la Sentencia respecto al caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296, párr. 19. Tampoco sería admisible entender que el Protocolo incide en la interpretación que se haga de la Convención Americana (de su artículo 26, de los derechos receptados en la norma, de las posibilidades de la Corte IDH para pronunciarse al respecto) y que, por ende, aquellos Estados Partes en ese tratado que no lo son del Protocolo de San Salvador vean modificado el régimen al que aceptaron someterse a partir de una norma (el Protocolo de San Salvador) que no los vincula. Aclaro que se trata de razones subsidiarias, para mostrar el resultado irrazonable a que conduciría entender que el Protocolo de San Salvador ha implicado una modificación de los derechos reconocidos en la Convención Americana o del régimen sobre competencia establecido en ella. Por supuesto, sería deseable que todos los Estados Partes en el Pacto de San José lo fueran también del Protocolo de San Salvador. Si esto ocurriera, entiendo que igualmente serían justiciables derechos sociales ante la Corte IDH a partir del artículo 26 de la Convención Americana.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Corresponde entonces resolver este –aparente– problema a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En un conflicto interpretativo corresponde otorgar prevalencia a una interpretación sistemática de las normas relevantes.

D. *La interpretación literal, sistemática y teleológica vs. la interpretación evolutiva*

Quienes sostienen la postura en contra, arguyen que no sólo el método evolutivo tiene que tenerse en cuenta para poder determinar el alcance y contenido de un tratado internacional; al respecto proponen otros métodos interpretativos.⁵¹⁷

Sobre los métodos de interpretación en relación con esta postura, que deben ser tenidos en cuenta, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen los principales métodos. Esto ha sido acogido por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, de manera que además del método evolutivo ha utilizado otros criterios de interpretación, tales como: i) la interpretación literal, ii) la interpretación sistemática y iii) la interpretación teleológica.

Los que sostienen esta postura⁵¹⁸ argumentan que la Corte ha entendido que *la interpretación literal* es aquella que se realiza de buena fe conforme con el sentido corriente de los términos. Este tipo de interpretación ha sido usada por la Corte IDH a través del significado literal de algunas expresiones o palabras

⁵¹⁷ Pueden verse algunas referencias en el párrafo 20 del voto del juez Humberto Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy*. Cfr. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

⁵¹⁸ *Ibidem*, párr. 21.

de la Convención y otros tratados. De otra parte, según *la interpretación sistemática*, la Corte ha sostenido que las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. En el marco de este tipo de interpretación, el Tribunal ha analizado los trabajos preparatorios de la Declaración Americana y de la Convención Americana, así como algunos de los instrumentos del sistema universal de derechos humanos y otros sistemas regionales de protección como el europeo y el africano. Asimismo, la Corte también ha utilizado la *interpretación teleológica*. Respecto a esta interpretación, la Corte IDH ha analizado el propósito de las normas involucradas en la interpretación, considerado pertinente el objeto y fin del tratado mismo, así como los propósitos del sistema interamericano de derechos humanos. Por último, a su criterio, la interpretación evolutiva implica que:

los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.⁵¹⁹

Sostienen, además, que los métodos de interpretación deben ser utilizados cuando una norma es ambigua, situación que, expresan, no se actualiza en el caso del artículo 26 y el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, puesto que la norma “es clara” en su sentido. Exponen también que si se quisiera hacer

⁵¹⁹ *Idem.*

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

una interpretación de la norma no es suficiente con hacer uso de uno de los diversos métodos de interpretación existentes, por cuanto éstos son complementarios entre sí y ninguno tiene una mayor jerarquía que el otro.⁵²⁰ A manera de ejemplo, exponen:

a) Respecto a la interpretación literal de las dos normas: el artículo 26 de la Convención y el 19.6 del Protocolo, implica concluir que de la lectura de las dos normas se puede derivar que no fue voluntad de los Estados establecer una opción de justiciabilidad directa en el artículo 26 y, por el contrario, en el artículo 19.6 determinaron una limitación de competencia. La interpretación literal hace referencia a la buena fe con que se deben interpretar los tratados, y esto es relevante en este punto, por cuanto pareciera que la intención de llegar a un resultado concreto en algunos casos desorienta el sentido literal de la norma o lleva a hacer caso omiso de normas o factores relevantes para la interpretación.

b) Con relación a la interpretación sistemática, para determinar los alcances del artículo 26 de la Convención no se debe obviar lo establecido en el Protocolo, ya que, como se manifestó anteriormente, los dos tratados deben ser leídos de forma conjunta. Por esto, una interpretación sistemática que sólo utilice a otros artículos de la Convención no puede ser considerada válida. Por otra parte, algunos autores manifiestan que de una interpretación sistemática con base en el artículo 4 del Protocolo se podría llegar a concluir la inaplicación del artículo 19.6 del Protocolo.⁵²¹

⁵²⁰ *Ibidem*, párr. 22.

⁵²¹ Al respecto, sobre esta postura de interpretación, se considera que la norma sería aplicable si en el artículo 26 de la Convención se hubiese estipulado un catálogo donde estuvieran los DESC claramente establecidos, pero como ya se expresó, esto no es así, por lo que no se puede argumentar que son dos normas que realmente estén compitiendo. Además, no sería lógico pensar que este artículo cancela o deroga la limitación de competencia del artículo 19.6, por cuanto éste no restringe derechos, sino competencias de la Comisión y de la Corte. Confundir la restricción de un derecho con las limitaciones de competencias podría conllevar al resultado absurdo de abrir completamente la competencia de la Corte, incluso en contravía de la voluntad de los Estados. *Ibidem*, párr. 25.

c) Con relación a la interpretación teleológica: exponen que si bien algunos han afirmado que este método es favorable a la justiciabilidad directa de los DESCA por dos vías, a saber: i) el fin último del sistema interamericano es la protección de los derechos humanos y esto implica intentar hacer exigibles el mayor número de derechos posibles, y ii) cuando se creó el artículo 26 de la Convención la intención de los Estados no era la de excluir la posibilidad de la exigibilidad directa de los DESCA. Sobre el primer punto, cabe señalar que precisamente el Protocolo de San Salvador tuvo como finalidad incorporar en el sistema interamericano de manera más exacta los DESCA y ampliar el ámbito de protección del sistema, por lo que no es justo posicionar al Protocolo como un tratado que atentaría contra el fin del sistema interamericano por simplemente establecer reglas de competencia. Además, sobre este punto debe recalarse que “[s]i el sentido corriente de una disposición es claro en no otorgar jurisdicción a los órganos del sistema interamericano, el objeto y fin de la Convención no se pueden utilizar para derribar ese resultado”.⁵²²

Con independencia de lo anterior, también tenemos que tener en cuenta otros aspectos de *la interpretación evolutiva*. En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades⁵²³ que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵²⁴ Al efectuar una interpre-

⁵²² *Ibidem*, párrs. 19, 21, 24, 25 y 26.

⁵²³ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83.

⁵²⁴ *Idem*.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

tación evolutiva la Corte IDH le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional⁵²⁵ o jurisprudencia de tribunales internos⁵²⁶ a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Incluso partiendo de la hipótesis de aceptar que no fue la voluntad de los Estados asignar a la Corte IDH competencia en relación con derechos sociales, no se puede considerar que la posible justiciabilidad de los mismos sea susceptible, *per se*, de menoscabar la legitimidad del Tribunal Interamericano. En primer término, cabe advertir que la Corte IDH ha hecho un entendimiento amplio de varios derechos. Aun cuando ello se ha hecho por vía de la interpretación de derechos civiles y políticos, no podría aseverarse con certeza, como algo evidente *a priori*, que tales interpretaciones hayan sido, en todos los casos, acordes con el entendimiento que en 1969 tuvieron los Estados sobre los derechos que decidieron plasmar en el Pacto de San José. Así, sólo por mencionar un ejemplo, cabe preguntarse si los Estados tuvieron la intención de entender el derecho a la propiedad privada, plasmado en el artículo 21 del Pacto de San José, como comprensivo de la propiedad de los pueblos indígenas o tribales sobre sus tierras o territorios, con todas las

⁵²⁵ En el *Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 148, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: “se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano”.

⁵²⁶ En el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186 y *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, la Corte IDH tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el *Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, la Corte IDH utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

consecuencias que ello acarrea. No obstante, la jurisprudencia de la Corte IDH ha entendido que el derecho a la propiedad privada abarca la protección de la propiedad colectiva indígena y tribal.⁵²⁷

La legitimidad del Tribunal Interamericano se vincula, al menos en mayor medida que respecto a la observancia de la presunta “voluntad” de los Estados, a la capacidad de la Corte IDH para adaptar su actuación a las problemáticas actuales sobre derechos humanos, y a los avances que se van desarrollando sobre el entendimiento de los mismos; siempre, por supuesto, con apego estricto al marco de su competencia y funciones.⁵²⁸

La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma, es viable conforme con lo que ha venido realizando el Tribunal Interamericano para dotar de contenido a muchos derechos convencionales

⁵²⁷ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al Caso *Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 31. Véanse al respecto: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304; y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305; y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

⁵²⁸ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al Caso *Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 32.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

utilizando distintos tratados y fuentes del Pacto de San José. De ahí que también podría utilizarse el Protocolo de San Salvador, junto con otros instrumentos internacionales, para establecer el contenido y alcances de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que protege el artículo 26 de la Convención Americana a través de una interpretación evolutiva.

E. *La alegada imposibilidad de la aplicación del principio pro persona en materia de DESCA*

Según esta postura, señala que algunos autores acuden al principio *pro persona* establecido en el artículo 29 de la Convención para afirmar que este propende por la exigibilidad directa de los DESCA vía el artículo 26, dado que esta posición sería más garantista. Así, acuden a lo establecido por la Corte al señalar que

el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el [s]istema [i]nteramericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.⁵²⁹

Sostienen que, en efecto, el principio *pro persona* debe ser aplicado cuando la Corte Interamericana se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas, por lo que la

⁵²⁹ Voto concurrente de Humberto Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 29.

justiciabilidad directa de los DESCAs a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma.⁵³⁰

Otra, en contraposición a lo argumentado anteriormente, es la posibilidad de considerar la vinculación de los artículos 26 y 29 del Pacto de San José en relación con el principio *pro persona*.⁵³¹ En efecto, atendiendo a las normas previstas en el artículo 29 de la Convención Americana, ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (como lo es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre) que prevé, al igual que la Declaración Americana, derechos sociales sin distinción de los derechos civiles y políticos.

Estas normas de interpretación previstas en el artículo 29 de la Convención Americana también deben ser motivo de interpretación. Si leemos estos criterios conforme con el principio *pro persona*, la interpretación del artículo 26 no sólo no debe limitar el goce y ejercicio de los derechos previstos en las leyes de los Estados Parte, entre las cuales se encuentra la Constitución nacional de los Estados, o los derechos previstos en otras convenciones, sino que esas leyes y convenciones deben utilizarse para asegurar *el mayor nivel de protección*. Así, para saber qué derechos derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA (en términos de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana), además de atender a su texto, podría acudirse a

⁵³⁰ *Idem*.

⁵³¹ En términos similares véase Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., pp. 196 y 197.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

las leyes nacionales y a otros instrumentos internacionales, incluida la Declaración Americana.⁵³²

En otras palabras, una posible vía para interpretar el artículo 26 de la Convención Americana conduciría a que no es suficiente con una interpretación literal de dicho precepto, como tampoco bastan los criterios previstos en el artículo 29 del Pacto de San José, sino que, en primer término, este último numeral debe ser interpretado conforme con el principio *pro persona*. Una vez realizado lo anterior, es posible entender que acorde con el referido artículo 29, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales previstos en otras leyes, incluyendo las Constituciones de los Estados Parte, así como los derechos previstos en otras convenciones de las que el Estado es parte y la Declaración Americana,⁵³³ se incorporan al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarlo.

La propia Corte IDH ha utilizado en algunas ocasiones, para darle mayor contenido y contexto a los derechos civiles, las leyes fundamentales nacionales y diversos instrumentos internacionales mediante la interpretación del artículo 29.b) de la Convención Americana. Así, por ejemplo, se utilizó el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia (derechos fundamentales de los niños), conjuntamente con diversos instrumentos internacionales y la Convención Americana, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*:⁵³⁴

⁵³² Cfr. OC-10/89 “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”, del 14 de julio de 1989, párrs. 43-45.

⁵³³ Incluso la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda vez que el artículo 29.d) de la Convención Americana establece que ninguna disposición de ese Pacto puede ser interpretado en el sentido de: “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, así como la Declaración Universal, por su esencia, tiene la naturaleza de la Convención Americana.

⁵³⁴ *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. párr. 153; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148. Véanse también *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112,

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

153. El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre Derechos del Niño,⁵³⁵ en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar.⁵³⁶ Aunado a lo anterior, en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia.⁵³⁷

párr. 148. En el mismo sentido, el *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 185. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163; *mutatis mutandi*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 155, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. párrs. 215-216. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 232. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164-170. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164-170. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 121-122. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 270-272.

⁵³⁵ Ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991 y que entró en vigor el 27 de febrero de 1991.

⁵³⁶ Cfr. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC- 17/02*, párr. 24.

⁵³⁷ Cfr. Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Como lo hemos señalado en otra ocasión, el *principio pro persona* implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos de la Convención Americana.⁵³⁸

En el *Caso Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá* (2014), pese a que la Corte Interamericana no lo analiza, la falta de delimitación, demarcación y titulación de las tierras ancestrales de las comunidades afectadas, consecuentemente supuso la pérdida de lugares sagrados, bosques, viviendas, cosechas, animales, plantas medicinales que no sólo tenían un valor material, sino que constituían además un elemento esencial de la identidad y modo tradicional, lo cual se traduce en pérdidas culturales y espirituales imposibles de recuperar.⁵³⁹

En todo caso, sea cual sea la vía interpretativa que le demos al artículo 26 de la Convención Americana, existen, como se ha visto, diversas líneas interpretativas y argumentativas válidas y razonables que nos conducen a otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que eventualmente la Corte IDH podría realizar para abrir nuevos horizontes jurisprudenciales y definir con mayor claridad los entornos de los DESCAs y las obligaciones estatales para su salvaguarda. Partiendo del supuesto, se insiste en que el Tribunal

de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

⁵³⁸ Voto razonado en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 38.

⁵³⁹ *Cfr. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

Interamericano ya dio el paso de la aceptación de la justiciabilidad de los derechos que se deriven del artículo 26 del Pacto de San José, en el importante precedente del *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*.

F. La alegada imposibilidad de utilizar el derecho comparado

Al respecto, una postura en contra ha enfatizado que fueron los mismos Estados los que tomaron la decisión de no garantizar una justiciabilidad directa de los demás derechos y, por el contrario, cuando crearon el catálogo de derechos mediante el Protocolo de San Salvador, resolvieron limitar la competencia de la Comisión y de la Corte. Entonces, si bien internamente los Estados han ido ampliando su posición, no le competaría a la Corte Interamericana modificar la voluntad que fue inicialmente expresada en el Protocolo de San Salvador, independientemente de que en la práctica interna de los Estados estén consagrados en catálogos de DESCAs y en muchos se concede la posibilidad de justiciabilidad directa de los mismos.⁵⁴⁰

Para profundizar en la justiciabilidad directa de los derechos sociales, resulta de especial utilidad efectuar una interpretación evolutiva respecto al alcance de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana. Al respecto, la práctica de diversos tribunales nacionales ofrece importantes ejemplos de análisis a partir de la obligación de respeto y garantía respecto al derecho a la salud y la utilización del *corpus juris* sobre las obligaciones internacionales en relación con el derecho a la salud para impulsar una protección judicial directa de este derecho.

Es importante precisar, por otra parte, que las altas jurisdicciones nacionales utilizan su propia normativa constitucional

⁵⁴⁰ Voto concurrente de Humberto Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 28.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

—además de los instrumentos y fuentes internacionales—. En la actualidad resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales, en particular sobre el alcance constitucional de la protección del derecho a la salud (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales).

G. *Abonando al debate: la aplicación del principio iura novit curia en materia de DESCAs*

La falta de invocación expresa de la violación de un derecho o libertad por parte de la Comisión Interamericana o las víctimas no impide que pueda ser analizado por el Tribunal Interamericano en virtud del principio general de derecho *iura novit curia*

del cual se ha válido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídica pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente.⁵⁴¹

La aplicación de este principio resulta de especial importancia en la medida en que han sido pocas las ocasiones donde la Comisión Interamericana lo ha invocado en casos contenciosos en los que se ha violado el artículo 26 del Pacto de San José. En la mayoría de los casos la Comisión ha seguido la línea tradicional de conexidad con los derechos civiles y políticos.

Y de ahí la importancia de aplicar este principio cuando así se desprenda de los hechos del caso. La invocación de este prin-

⁵⁴¹ Cfr. *Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 58; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 166, y *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 61.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

cipio ha sido una práctica de los tribunales internacionales;⁵⁴² como en efecto ha representado la práctica de la Corte IDH desde su primera sentencia de fondo,⁵⁴³ para conocer de violaciones de derechos no invocados expresamente por las partes. Así lo ha realizado el Tribunal Interamericano en muchas ocasiones respecto de distintos derechos civiles; por ejemplo, las obligaciones generales y derechos contenidos en los artículos 1.1 (respeto y garantía),⁵⁴⁴ 2 (adoptar disposiciones de derecho interno);⁵⁴⁵ 3 (reconocimiento de la personalidad jurídica),⁵⁴⁶ 4 (derecho a la vida),⁵⁴⁷ 5 (integridad personal),⁵⁴⁸ 7 (libertad personal),⁵⁴⁹ 9 (principio de legalidad),⁵⁵⁰ 8 (garantías judiciales),⁵⁵¹ 11 (protección de la honra y de la dignidad)⁵⁵² y

⁵⁴² Cfr. CPJI. Caso de S.S. "Lotus". Serie A No. 10. Sentencia de 27 de septiembre de 1927, p. 31, y TEDH. *Handyside vs. Reino Unido*. No. 5493/72. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 41. Cfr. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 172.

⁵⁴³ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 163.

⁵⁴⁴ Cfr. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 172.

⁵⁴⁵ Cfr. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 58.

⁵⁴⁶ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 186 y 187.

⁵⁴⁷ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 107.

⁵⁴⁸ Cfr. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 146; y *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 155.

⁵⁴⁹ Cfr. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 85.

⁵⁵⁰ Cfr. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 184, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 53-54.

⁵⁵¹ Cfr. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 137.

⁵⁵² Cfr. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 109.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

22 (circulación y residencia),⁵⁵³ entre otros. Y lo mismo puede válidamente realizarse tratándose de los DESCA.

En este sentido, ha habido ocasiones en donde es claro que de los hechos del caso se relacionan directamente con los DESCA. Así, por ejemplo, en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), en el cual el derecho a la salud se vio involucrado ante una mala praxis médica.

En efecto, en dicho caso la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado debido a: a) las falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal, que condujeron a la declaración de prescripción de la causa en el proceso, es decir, debido a violaciones a la tutela judicial efectiva (artículos 8.1 y 25.1, en relación con el 1.1 de la Convención Americana); y b) la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (artículo 5, en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José), debido a la falta de fiscalización y supervisión estatal de las clínicas (pública y privada) donde se atendió una de las víctimas. En ambos análisis, especialmente en el segundo, se abordó el derecho a la salud, sin que se llegara a considerar a este derecho como un aspecto esencial en el presente caso y sin atender a su plena justiciabilidad, a pesar de invocar numerosos instrumentos y fuentes internacionales sobre este derecho social.

En la sentencia se realizó el análisis de diversos aspectos de la protección del derecho a la salud en conexidad con los derechos civiles declarados violados:

- A) respecto de la violación de los derechos previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, debido a las “falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal” que “demuestran que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia ni con arreglo a las obligaciones de investigar y

⁵⁵³ Cfr. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 308.

de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar a la señora Melba Suárez Peralta, de una reparación que podría, además, beneficiar su acceso a tratamiento médico necesario para su problema de salud”⁵⁵⁴ (subrayado añadido); y

B) respecto a la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana) de una de las víctimas, por la falta de supervisión y fiscalización “tanto en lo que se refiere al control de las prestaciones brindadas en la entidad estatal, “Policlínico de la Comisión de Tránsito del Guayas”, como en lo que respecta a la institución privada, Clínica Minchala”, por lo que el Tribunal Interamericano “estima que ello generó una situación de riesgo, conocida por el Estado, que se materializó en afectaciones en la salud de Melba Suárez Peralta”⁵⁵⁵ (subrayado añadido).

Resulta particularmente relevante en la sentencia el análisis de la afectación del derecho a la salud de Melba del Carmen Suárez Peralta de acuerdo con ciertos precedentes de la Corte IDH vía conexidad de derechos. Así, en la Sentencia se afirmó que “el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención de la salud humana”.⁵⁵⁶ Seguidamente se señaló que “la falta de atención médica adecuada puede conllevar a la vulneración del artículo 5.1 de la Convención”.⁵⁵⁷ A continuación se precisó que “la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la imple-

⁵⁵⁴ *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 123.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, párr. 154.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, párr. 130.

⁵⁵⁷ *Idem*.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

mentación de una serie de mecanismos tendentes a tutelar la efectividad de dicha regulación”.⁵⁵⁸

El derecho a la salud del *Caso Suárez Peralta* debió abordarse de manera autónoma debido a los hechos probados y a la afectación sufrida por una de las víctimas por la mala praxis médica con responsabilidad estatal. En tal sentido, al estar implicado desde mi perspectiva directamente el derecho a la salud de una las víctimas, se pudieron haber abordado las implicaciones relativas con esta afectación, lo cual podría derivar en declarar, incluso, una violación al deber de garantizar el derecho a la salud vía el artículo 26 de la Convención Americana.

El hecho de que no se hubiese reclamado la violación directa de este derecho social por la Comisión Interamericana ni por los representantes de las víctimas, no es obstáculo para analizar si existió violación a la obligación de la garantía del derecho a la salud derivada del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del propio Pacto de San José.⁵⁵⁹

No existe razón para no conocer de la posible violación de la garantía de un derecho social, derivado del artículo 26 en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José, a pesar de no invocarse expresamente por una de las partes. Es deber del Tribunal Interamericano aplicar el principio *iura novit curia* –que constituye una práctica del Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles– si atendiendo al marco fáctico del caso y de los hechos probados, se advierten implicaciones claras al derecho a la salud, como sucede en el *Caso Suárez Peralta*, que se origina por la afectación a la salud de una de las víctimas por una mala praxis médica con responsabilidad estatal. Además, del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana se advierte invocado este derecho social,⁵⁶⁰ al igual que en el

⁵⁵⁸ *Idem.*

⁵⁵⁹ Si bien del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, del Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas y de la Contestación del Estado, existen referencias al derecho a la salud.

⁵⁶⁰ CIDH. Informe de Fondo 75/2011, de 20 de julio de 2011, p. 22, párr. 83: “... cuando la conducta de las autoridades estatales conlleva una falla de las

Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas,⁵⁶¹ y existen también referencias precisas al derecho a la salud en el escrito de contestación del Estado,⁵⁶² habiendo las partes tenido plena oportunidad de referirse a los hechos en el presente caso.

En todo caso, las implicaciones al derecho a la salud se evidencian, además, al invocarse y utilizarse múltiples instrumentos y fuentes internacionales en la Sentencia del Caso *Suárez Peralta* sobre este derecho social, como son los artículos XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 del Protocolo de San Salvador, 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; incluso se invoca la Carta Social de las Américas de junio de 2012 y las Observaciones Generales 3, 9 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de la Carta de la OEA y expresamente la derivación del “derecho a la salud” respecto del artículo 26 de la Convención Americana.⁵⁶³

Hemos querido traer este caso para ejemplificar que es válido que el Tribunal Interamericano, en aplicación del principio *iura novit curia* y atendiendo al marco fáctico del caso, pueda entrar al análisis autónomo y directo del derecho a la salud; en el entendido de que el derecho a la salud se encuentra entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que se derivan del artículo 26 de la Convención Americana, en relación

garantías protegidas a nivel interno y a nivel interamericano –que habría obstaculizado el derecho de acceso a la justicia vinculado con un reclamo sobre el derecho a la salud, que es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados–” (subrayado añadido).

⁵⁶¹ Asimismo, Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas del Caso *Suárez Peralta* a cargo de los representantes de las víctimas de 28 de abril de 2012, p. 42: “la normativa ecuatoriana consagra el derecho a la salud como un derecho humano fundamental y establece la obligación del Estado de regular la atención de la salud de las personas sujetas a su jurisdicción, ya sea directamente o a través de terceros”.

⁵⁶² Cfr. Escrito de contestación del Estado Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, pp. 221-226.

⁵⁶³ Asimismo, véase especialmente el párr. 131 y nota 176 de la sentencia del Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

con las obligaciones generales del artículo 1.1 del propio Pacto de San José, como quedó analizado en el capítulo 3.

En los últimos años la Corte IDH ha conocido casos similares al analizado, en los cuales a nuestro entender es claro que el “derecho a la salud” se encuentra directamente involucrado: *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015),⁵⁶⁴ *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (2016);⁵⁶⁵ *Caso I. V. vs. Bolivia* (2016).⁵⁶⁶ Asimismo, respecto de otros DESCAs, como el “derecho al trabajo”: *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú* (2015);⁵⁶⁷ o bien el “derecho a la vivienda”: *Caso Yarce y otras vs. Colombia* (2016).⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

⁵⁶⁵ *Cfr. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.

⁵⁶⁶ *Caso I. V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 29, párr. 319.

⁵⁶⁷ *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296.

⁵⁶⁸ *Cfr. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

IV. NUEVAS APROXIMACIONES DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. La Comisión Interamericana y los DESCA

A. La Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA)

Durante el 146o. Periodo Ordinario de Sesiones, que tuvo lugar del 29 de octubre al 16 de noviembre de 2012, la CIDH en virtud de su compromiso con el fortalecimiento de su trabajo en materia de DESCA, decidió crear la Unidad sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Unidad DESC).⁵⁶⁹

La Unidad DESC había venido desarrollando su mandato sobre la base de 6 ejes estratégicos: a) recopilación de información en materia de DESCA, b) insumos y opiniones sobre procesamiento y consideración de solicitudes de medidas cautelares, peticiones y casos, c) monitoreo general, d) promoción del trabajo de la Unidad DESCA, e) diálogo permanente y estratégico y e) acercamiento y colaboración con el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador.⁵⁷⁰

El plan de la Unidad DESCA tenía como finalidad que se institucionalizara la temática DESC en la CIDH, mediante la crea-

⁵⁶⁹ Unidad sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/desc/default.asp>.

⁵⁷⁰ Unidad sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/desc/mandato.asp>.

ción de la Relatoría Especial DESC. Además, contemplaba la creación del monitoreo, promoción y protección de DESC en las Américas, avanzar sobre los estándares internacionales para la interpretación de los instrumentos interamericanos de derechos humanos en relación con los DESC, lograr la especialización de la Secretaría Ejecutiva respecto de temas específicos en el área DESC, avanzar en el conocimiento y análisis de temas emergentes en la materia, asegurar la transversalización de la temática DESC en todo el trabajo de la CIDH/OEA y visibilizar las temáticas DESC.⁵⁷¹

Por otro lado, la CIDH contempla la colaboración, exploración y generación de vínculos con el Comité DESC, con la Organización de Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y la Organización Internacional del Trabajo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, el Banco Interamericano de Desarrollo, Comisión para Americana Latina y el Caribe y el Banco Interamericano de Desarrollo.⁵⁷²

Un paso importante se dio el 3 de abril de 2014, cuando la CIDH decidió iniciar un proceso para la constitución de una Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Ambientales (REDESCA).⁵⁷³ El 16 de febrero de 2017 la CIDH anunció un concurso para Relatora o Relator sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.⁵⁷⁴ El 23 de mayo de 2017 la CIDH anunció a los 5 finalistas al cargo de Relatora o Relator de la REDESCA, siendo finalistas: Ligia Bolívar Osuna,

⁵⁷¹ Unidad sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/desc/desc-plan-trabajo.asp>.

⁵⁷² *Idem*.

⁵⁷³ La CIDH decide crear Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/034.asp>.

⁵⁷⁴ La CIDH convoca concurso para Relator/a Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/015.asp>

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

de Venezuela; Ana María Díaz, de Colombia; Alexandre Brasil Carvalho da Fonseca, de Brasil; Soledad García Muñoz, de Argentina; Oscar Javier Parra Vera, de Colombia.⁵⁷⁵

El 5 de julio del 2017, en Lima, la CIDH seleccionó como primera Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales a la argentina Soledad García Muñoz por un periodo de tres años.⁵⁷⁶

La creación de la REDESCA en la CIDH es de suma importancia, debido a que se visibiliza en un sistema tradicionalmente de derechos de “primera generación”, derechos que podrían ayudar a combatir situaciones de carácter estructural, como las de pobreza y la exclusión social que, sin lugar a dudas, tienen sus raíces en la falta de realización de ciertos DESCAs en nuestra región; confiamos que la nueva REDESCA coadyuve, eventualmente, a generar un mayor número de casos contenciosos, medidas provisionales u opiniones consultivas directamente relacionados con la temática ante la Corte Interamericana.

B. La Unidad Especial sobre los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores

El 15 de junio de 2015, en Washington, D. C., en el seno del Sistema Interamericano se adoptó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. La Convención entró en vigor el 11 de enero de 2017. La han ratificado Uruguay (2016), Costa Rica (2016) y Bolivia (2017) y consideramos de la mayor importancia que los demás países de la región lo realicen pronto, teniendo en cuen-

⁵⁷⁵ El 24 de mayo, la CIDH recibió una carta del candidato Oscar Javier Parra Vera informando que retiraba su candidatura. Véase: CIDH anuncia finalistas para el cargo de Relator/a Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/065.asp>.

⁵⁷⁶ CIDH selecciona a Soledad García Muñoz como Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/090.asp>.

ta los retos que implica el envejecimiento de la población en los países de nuestra América y la necesidad de tomar medidas adecuadas para ello.

Esta Convención es de vital importancia debido a que en su articulado contempla diversos derechos de naturaleza social: seguridad social (artículo 17), trabajo (artículo 18), salud (artículo 19), educación (artículo 20), cultura (artículo 21), recreación, esparcimiento y deporte (artículo 22), vivienda (artículo 24) y medio ambiente sano (artículo 25).⁵⁷⁷ Uno de los aspectos más destacados de este tratado es que estos derechos pueden ser eventualmente exigidos mediante el sistema de peticiones individuales y sobre los cuales potencialmente los órganos del sistema interamericano podrían pronunciarse; lo cual es relevante en la medida en que hoy, en general, existen pocos estándares sobre los derechos de las personas adultas mayores como grupo en situación de vulnerabilidad.⁵⁷⁸

2. Pobreza, DESCA y discriminación múltiple interseccional

La panorámica del Sistema Interamericano tampoco es desoladora respecto de los avances que se han tenido sobre la justicia directa. Como se había mencionado, el caso de Talía Gonzales Lluy tuvo un gran impacto en el Sistema Interameri-

⁵⁷⁷ Un análisis detallado de esta Convención puede verse en Díaz-Tendero, Aída, “La nueva Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, en Soroeta, Juan (coord.), *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Pamplona, vol. XVI, 2017.

⁵⁷⁸ Hace más de una década la Corte IDH señaló en el caso de una comunidad indígena que: “...En lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables. En este caso, se debe tomar en consideración que en la Comunidad indígena Yakye Axa la transmisión oral de la cultura a las nuevas generaciones está a cargo principalmente de los ancianos”. *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 175.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

cano. Además de ser el primer caso donde la Corte IDH declaró violado el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, se adoptó, también por primera vez, el concepto de *discriminación interseccional*. El Tribunal Interamericano hace la siguiente precisión sobre el tema educativo de Talía:

290. Como se observa, la Corte nota que en el caso Talía *confluyeron en forma interseccional múltiples* factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, *sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente*. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, en tanto niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.

La concepción de discriminación múltiple interseccional tiene un marcado origen anglosajón, pues fue en Estados Unidos,

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Reino Unido y Canadá, donde se dieron las primeras discusiones en el que se contempló la idea de que un individuo puede pertenecer a varios grupos de desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación.⁵⁷⁹ El concepto de discriminación múltiple⁵⁸⁰ interseccional⁵⁸¹ dista de ser claro; pero parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación. Es decir, se trata de supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren los miembros de la mayoría, ni los miembros de la mayoría del grupo minoritario. En otras palabras el término discriminación intersectorial múltiple puede utilizarse para identificar los casos en los que exista una minoría invisible y peor tratada dentro de la minoría.⁵⁸²

⁵⁷⁹ Fernando Rey apunta que no es casual que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afroamericana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres afroamericanas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de una minoría, pero también una discriminación por parte de ellos. Véase Rey, Fernando, "Igualdad y prohibición de discriminación", en Biglino, Paloma *et al.* (coords.), *Lecciones de derecho constitucional II*, Madrid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, p. 476.

⁵⁸⁰ Lo múltiple alude al carácter compuesto de las causas de discriminación. Un aspecto diferente lo constituye determinar la forma como, en algunos casos, interactúan esas causas entre sí, lo cual implica valorar si se proyectan en forma separada o en forma simultánea. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 7.

⁵⁸¹ La interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 10.

⁵⁸² Rey, Fernando, "Igualdad y prohibición de discriminación", *cit.*, p. 476.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Así, la discriminación interseccional múltiple se refiere entonces a diversas bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características; primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de sólo una forma de discriminación.⁵⁸³ Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos.

La *Declaración de Beijing* (1995) en el Marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres se refería a múltiples barreras que impiden algunos grupos de mujeres avanzar en la igualdad real.⁵⁸⁴ En el Tribunal Europeo, en el caso *B. S. vs. España*, ha sido la única ocasión en la cual ha hecho alusión a la discriminación por múltiples factores que han actuado de manera

⁵⁸³ Asamblea General de Naciones Unidas, World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance. *"The idea of 'intersectionality' seeks to capture both the structural and dynamic consequences of the interaction between two or more forms of discrimination or systems of subordination"*. *"Whatever the type of intersectional discrimination, the consequence is that different forms of discrimination are more often than not experienced simultaneously by marginalized women"*. A/CONF.189/PC.3/5 de 27 de julio de 2001, párrs. 23-32. Al respecto, el Comité de la CEDAW ha reconocido que la discriminación contra la mujer basada en el sexo y el género está indisolublemente vinculada a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, la condición jurídica y social, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas. *Comunicación No. 17/2008, Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil*. CEDAW/C/49/D/17/2008 de 27 de septiembre de 2011, párr. 7.

⁵⁸⁴ ONU, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995, punto 32.

conjunta produciendo un tipo de discriminación específico;⁵⁸⁵ desafortunadamente, el TEDH no ha profundizado en este concepto de discriminación, siendo ese caso la primera vez que reconoce un supuesto de discriminación por la confluencia conjunta de varios factores de exclusión.

En el caso del Sistema Interamericano el concepto de interseccionalidad permite profundizar la línea jurisprudencial del Tribunal Interamericano sobre los alcances del principio de no discriminación, teniendo en cuenta que en el caso de Talía se configuró una discriminación múltiple asociada al carácter compuesto en las causas de la discriminación. La discriminación contra Talía estuvo asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad y su *estatus socioeconómico*. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió. La intersección de estos factores en una discriminación con características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccional, *en el cual el factor económico fue determinante para que se garantizaran en el caso de Talía ciertos derechos sociales básicos* que su condición de niña con VIH requería.⁵⁸⁶

Lo que ahora habría que tomar en cuenta al momento de evaluar los casos que lleguen ante el Tribunal Interamericano es en qué medida los factores *económicos* impactan en la ejecución y efectividad de realización de un derecho y cómo estos factores se asocian con otros para amalgamar una violación específica de discriminación en relación con los derechos sociales.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ Cfr. *Caso B. S. vs. Spain*, Application 47159/08, Sentencia del 24 de julio de 2014.

⁵⁸⁶ Por ejemplo, en el *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, pese a que la Corte Interamericana menciona la condición económica como una forma de discriminación, ésta nunca se relaciona con otros factores. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257, párr. 303.

⁵⁸⁷ Puede verse al respecto: CIDH, *Informe sobre el trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos*

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Recientemente la Corte IDH en el *Caso I. V. vs. Bolivia* reiteró el criterio que había establecido en el *Caso Gonzales Lluy*; en el caso de la señora I. V. la Corte IDH expresó que diversas formas de discriminación habían confluído de manera simultánea respecto del derecho al acceso a la justicia pues se había obstaculizado el ejercicio de este derecho porque era mujer, refugiada y además por los escasos recursos económicos con los que contaba.⁵⁸⁸

En el *Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte IDH reconoció la posición económica (considerando la situación de pobreza de las 85 víctimas) como forma de discriminación.⁵⁸⁹ Si bien la sentencia del Tribunal Interamericano no abundó en la pobreza como forma de discriminación, dentro de la jurisprudencia interamericana la pobreza, como forma de discriminación, ha estado presente: a) en primer lugar, pobreza o condición económica asociada a grupos de vulnerabilidad tradicionalmente identificados (niños, mujeres, indígenas, personas con discapacidad, migrantes, etcétera); en segundo lugar, pobreza o condición económica analizada como una discriminación múltiple/compuesta o interseccionada con otras categorías; y, en tercer lugar, pobreza o condición económica analizada de manera aislada dadas las circunstancias del caso sin vincularla con otra categoría de especial protección. No obstante, en ningún caso había sido analizado este tercer supuesto a la luz de la pobreza como parte de la posición económica, según lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención Americana hasta la referida sentencia del caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*.

En este sentido, el reconocimiento de la pobreza como forma de discriminación —a través de la posición económica— implica

económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59, 3 de noviembre de 2011.

⁵⁸⁸ *Caso I. V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 29, párr. 319.

⁵⁸⁹ *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 340 y 341.

también visibilizar a las personas que han sido marginalizadas, excluidas y subordinadas en la región interamericana; en especial por la falta de acceso a servicios sociales básicos y la negación de los DESCA.

En cuanto a la posición económica (pobreza) como categoría de especial protección, el Comité DESC ha señalado que, en cuanto motivo prohibido de discriminación, es un concepto amplio que incluye los bienes raíces y los bienes personales o la carencia de ellos, es decir, una de las facetas de la pobreza. Sobre este punto, el Comité DESC ha considerado que la pobreza es una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.⁵⁹⁰

Por su parte, los Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, definen a la extrema pobreza, como “una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social” en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible.⁵⁹¹

La Relatora Especial sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos ha considerado que las personas que viven en la pobreza

⁵⁹⁰ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 25 y ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, párr. 8.

⁵⁹¹ ONU, Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, 27 de septiembre de 2012, Resolución 21/11, principio 2 y ONU, Consejo Económico y Social, Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías, *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Reporte final del Relator especial sobre extrema pobreza*, 28 de junio de 1996, Véase E/CN.4/1996/13, p. 58.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

son objeto de discriminación por la propia pobreza; y muchas veces también porque pertenecen a otros sectores desfavorecidos de la población, como los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las minorías étnicas y las personas que viven con el VIH/SIDA, entre otros.⁵⁹² Es decir, si bien generalmente las personas que se encuentran en condiciones de pobreza coincidentemente pueden pertenecer a otros sectores vulnerables (mujeres, niños, personas con discapacidad, indígenas, afrodescendientes, personas adultas, etcétera), no excluye que las personas en situación de pobreza no se vinculen con otra categoría.

Esta apreciación no es para menos, en especial en el continente más desigual de todos —y no por la ausencia de recursos, como se podría justificar en algunos países del continente africano, sino por una mala distribución de los mismos—. Además, este nuevo enfoque interseccional que se aplica en la jurisprudencia interamericana, vendría a complementar lo que ya desde hace muchos años lleva haciendo el Tribunal Interamericano, que consiste en visibilizar a aquellos grupos que no tienen condiciones de vida digna (como personas en situación de calle o bien los pueblos indígenas que han sido desplazados de sus territorios) que les permitan desarrollarse de manera plena y que impacta de forma significativa a las niñas y mujeres de nuestra región.

No puede pasar inadvertido que muchas violaciones de derechos humanos tienen un origen y consecuencia en la pobreza, la inequidad y la exclusión social, repercutiendo en las democracias sustantivas de los países de la región. De este modo, el análisis de la experiencia interamericana de protección de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) demanda que sean consideradas las peculiaridades de la región, ya que América Latina es la región con

⁵⁹² ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la Pobreza Extrema y los Derechos Humanos, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36 párr. 42.

el más alto grado de desigualdad en el mundo. En tal sentido, los Estados en la región deben ser consecuentes con lo que proclama la Carta Social de las Américas (2012)⁵⁹³ y su Plan de Acción (2015),⁵⁹⁴ para procurar y lograr progresivamente la realización plena de la justicia social en nuestro continente.

3. Los sindicatos como sujetos de derechos en el Sistema Interamericano: ¿la justiciabilidad del derecho de asociación?

Recientemente, ante las cuestiones del Estado panameño, la Corte Interamericana emitió la *Opinión Consultiva No. 22 sobre la titularidad de los derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, el 26 de febrero de 2016. En esta oportunidad el Tribunal Interamericano reafirmó que el *ius standi* que gozan las personas jurídicas ante el Sistema Interamericano ha sido reducido a ciertos derechos que los individuos que formen parte de la empresa o sociedad, detentan. Con independencia de la anterior afirmación, esta Opinión Consultiva ha sido de vital importancia en muchos sentidos; por ejemplo, dio claridad sobre la situación jurídica y el estatus que gozan los sindicatos, federaciones y confederaciones.

⁵⁹³ Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio del 2012, OEA/Ser.P/AG/doc5242/12rev.2, Cochabamba, Bolivia. En el preámbulo de dicha Carta se establece: “considerando que la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece entre sus propósitos esenciales erradicar la pobreza crítica [y] reafirmando la determinación y el compromiso de los Estados Miembros de combatir de forma urgente los graves problemas de la pobreza, la exclusión social y la inequidad que afectan en distinta medida a los países del hemisferio; de enfrentar sus causas y sus consecuencias; y de crear condiciones más favorables para el desarrollo económico y social con equidad para promover sociedades más justas...”.

⁵⁹⁴ Plan de Acción de la Carta Social de las Américas, aprobado por el Consejo Permanente en la sesión conjunta celebrada el 11 de febrero de 2015, ad referendum del cuadragésimo quinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, OEA/Ser.G CP/doc.5097/15, Washington D. C.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En lo relativo a los sindicatos, federaciones y confederaciones, el Tribunal Interamericano estimó que la titularidad de los derechos establecidos en el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador, *permite presentarse ante el Sistema Interamericano en defensa de sus propios derechos*;⁵⁹⁵ lo anterior debido a que si bien la Corte Interamericana no ha tenido la oportunidad de referirse a las violaciones sobre los derechos sindicales contenidos en el artículo 8.1.a de dicho Protocolo, el Tribunal Interamericano tiene competencia expresa –en virtud del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador– para conocer sobre casos contenciosos en torno a esta disposición.⁵⁹⁶

De esta forma, los Estados en cumplimiento de sus obligaciones de garantía deben permitir e incentivar la generación de las condiciones aptas para que tales derechos se puedan llevar a cabo efectivamente. Por otro lado, en lo que respecta al cumplimiento de la obligación de respeto, ésta implica las obligaciones negativas de abstenerse de crear barreras legales o políticas tendentes a impedir a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones la posibilidad de gozar de un libre funcionamiento y adicionalmente a los sindicatos la posibilidad de asociarse.⁵⁹⁷ En la Opinión Consultiva el Tribunal Interamericano arriba a la conclusión sobre los sindicatos como sujetos autónomos de derechos en los siguientes términos:

113. En virtud de lo anteriormente expuesto se ha concluido la titularidad de los derechos establecidos en el artículo 8.1.a del Protocolo de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos.

⁵⁹⁵ *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 105.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, párrs. 86 y 87.

⁵⁹⁷ *Cfr. Ibidem*, párrs. 101 y 102.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Ahora bien, en este punto la Corte considera relevante recordar que en razón de lo dispuesto por el artículo 44 de la Convención Americana, los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados Parte de la Convención, formen o no parte del Protocolo de San Salvador, pueden presentar peticiones individuales ante la Comisión Interamericana en representación de sus asociados, en caso de presunta violación de los derechos de sus miembros por un Estado Parte de la Convención Americana.⁵⁹⁸

En este sentido, es muy importante resaltar que, en general, las libertades sindicales son una forma de manifestación del derecho de asociación pero también son libertades autónomas⁵⁹⁹ como sucede en la mayoría de los ordenamientos nacionales latinoamericanos⁶⁰⁰ y en algunos textos internacionales.⁶⁰¹ Cabe

⁵⁹⁸ *Ibidem*, párr. 113.

⁵⁹⁹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos estipula en el artículo 11.1 que *[t]oda persona tiene derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, entre otros, sindicatos, y afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses*. A diferencia del Sistema Interamericano, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, los derechos sindicales no son un derecho autónomo sino que son una proyección del derecho de asociación. En este sentido Pablo Santolaya y Santiago Díaz Ricci han expresado que “la libertad sindical se reconoce por vía del artículo 11 del Convenio que consagra las libertades de reunión y asociación. Es pues una manifestación del derecho de asociación y no una libertad autónoma, como suele suceder en la mayoría de los ordenamientos nacionales y otros textos internacionales”. Cfr. Santolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio, “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de los grupos vulnerables”, en García Roca, *op. cit.*, p. 278, y Bilbao Bustillos, Juan Manuel, “Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección”, en García Roca y Santolaya Pablo, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 659-670.

⁶⁰⁰ En este sentido, como más adelante se desarrollará, el derecho de asociarse en sindicatos tiene disposiciones específicas en las diferentes Constituciones latinoamericanas con independencia del de derecho de asociación de los sindicatos para formar federaciones o confederaciones.

⁶⁰¹ Al respecto sólo el Protocolo de San Salvador y el Protocolo Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales consagran el derecho de asociarse en sindicatos como normas autónomas. En los otros instrumentos internacionales se hace alusión a los derechos sindicales dentro del derecho de asociación.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

recodar que el derecho consagrado en el artículo 8.1.a, al igual que el derecho a la educación,⁶⁰² son dos derechos que el propio Protocolo de San Salvador contempla para una justiciabilidad directa (expresa) ante los órganos del Sistema Interamericano.

En cuanto a los sindicatos como personas jurídicas y su legitimación para reclamar derechos que consideren les han sido violados, se puede elaborar un listado de derechos –no exhaustivo– que los sindicatos, a través del artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador, tienen garantizados: i) formar federaciones y confederaciones nacionales; ii) asociarse a las federaciones y confederaciones nacionales ya existentes; iii) formar organizaciones sindicales internacionales; iv) asociarse a la organización sindical internacional de su elección, y v) funcionar libremente. Este último derecho es también reconocido a las federaciones y confederaciones. Por consiguiente, al otorgarles la titularidad de los referidos derechos a los sindicatos, federaciones y confederaciones, este instrumento los reconoce a nivel internacional como personas jurídicas autónomas distintas a sus asociados y les permite acceder al Sistema en la búsqueda de la protección de dichos derechos.

Según el *Diccionario de derecho social, derecho del trabajo y seguridad social*, podemos establecer una distinción entre sindicato, federación y confederación según los grados de asociación. Los grados de asociación son tres: *primer grado*: organiza a los trabajadores atendiendo al desempeño de una

⁶⁰² Con anterioridad, en una decisión reciente, esta disposición ya ha sido aplicada por este Tribunal. En el *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, la Corte Interamericana determinó que: 234. El derecho a la educación se encuentra contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador La Corte tiene competencia para decidir sobre casos contenciosos en torno a este derecho en virtud del artículo 19 (6) del Protocolo. Asimismo, dicho derecho se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales; por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, y que “[l]a educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos”.

misma profesión o por quienes actúan en una misma actividad o actividades similares por comunidad de intereses, aunque sean de varias profesiones; *segundo grado*: llamado federación, afilia a sindicatos; y *tercer grado*: llamado confederación, sus miembros son federaciones o sindicatos. Así, los sindicatos, son los entes de primer grado, recibiendo otras denominaciones cuando se trata del segundo grado (federación) y tercer grado (confederación). Las federaciones son los nucleamientos de organizaciones profesionales de primer grado (sindicatos). Finalmente, las confederaciones son las organizaciones profesionales de los trabajadores, de tercer grado; encuadra asociaciones afiliadas para representar orgánicamente al sector laboral de un determinado país.⁶⁰³

Como podemos observar, nos encontramos ante dos sujetos constituidos de forma distinta: por un lado, los sindicatos, constituidos por trabajadores y, por otro, las federaciones y confederaciones, constituidas por sindicatos o federaciones. El reconocimiento de los sindicatos como personas jurídicas distintas de sus asociados es de suma importancia ante el Sistema Interamericano; ya que la Corte Interamericana, lo que hace con esta aclaración es dotar de contenido a una disposición que reconoce a dos sujetos titulares de derechos: los trabajadores (que tienen derecho a asociarse para formar sindicatos) y a los sindicatos (que tienen derecho a formar federaciones y confederaciones nacionales e internacionales, entre otros).

Con independencia de lo anterior, la intención de la presente sección es resaltar las repercusiones que el reconocimiento de los sindicatos como personas jurídicas autónomas tienen en la justiciabilidad de los DESCA en el Sistema Interamericano como entes colectivos y no individuales.

Hasta la fecha el Tribunal Interamericano no ha tenido conocimiento de casos de posible violación al artículo 8.1.a del

⁶⁰³ Giolardini, Eduardo y Capón Filas, Rodolfo, *Diccionario de derecho social, derecho del trabajo y seguridad social. relaciones colectivas profesionales*, Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni Editores, 1991, pp. 37, 38, 88, 163 y 325.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Protocolo de San Salvador en ninguna de sus dos vertientes, es decir, la imposibilidad de los trabajadores de poder formar, organizar o afiliarse a sindicatos o la imposibilidad de formar o asociarse a los sindicatos en federaciones o confederaciones. Sin embargo, la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano sí ha abordado de manera indirecta la temática de estos derechos sindicales. El tema sindical ante la Corte Interamericana ha sido distinto pues ha versado sobre despidos de personas integrantes de sindicatos y ejecuciones de líderes sindicales, como se analizó en el capítulo II.

En los casos *Baena Ricardo vs. Panamá*, *Huilca Tecse vs. Perú* y *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, la Corte Interamericana ha desarrollado el contenido, no del artículo 8.1.a, sino del derecho de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana. Un caso interesante que está en trámite ante la CIDH –Informe de Admisibilidad– es el *Caso de los Trabajadores del Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafetaleros de Colombia*, en el cual la petición fue presentada también a nombre del Sindicato y entre las alegaciones se encuentra la posible vulneración de los derechos de la libertad sindical y el derecho de libertad de asociación.⁶⁰⁴

Al igual que el *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, primer caso en el que la Corte Interamericana declaró la violación de una norma prevista en el Protocolo de San Salvador, en el tema que nos ocupa, debemos tener en consideración que tanto el artículo 16⁶⁰⁵ de la Convención Americana como el artículo 8.1.a⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ CIDH, Informe de Admisibilidad, el *Caso de los Trabajadores del Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafetaleros de Colombia*, Informe No. 15/15, 24 de marzo de 2015. Este Informe de Admisibilidad es público y consultable en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>.

⁶⁰⁵ Artículo 16. Libertad de Asociación 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

⁶⁰⁶ Artículo 8. Derechos Sindicales. 1. Los Estados Partes garantizarán: a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindica-

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

del Protocolo de San Salvador, guardan una estrecha relación sobre la temática de asociación sindical. En efecto, en el caso de los derechos de los sindicatos a formar o asociarse en federaciones y confederaciones, así como el derecho de los trabajadores a formar sindicatos, se encuentra previsto en el artículo 16 de la Convención Americana y en el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador; es decir, este derecho se plasma en ambos instrumentos internacionales, en uno como faceta de la asociación y en otro como derecho específico.

Así, el conjunto de derechos establecidos en el artículo 8.1.a, en favor de los sindicatos y de los trabajadores, también tiene una protección bajo el artículo 16 de la Convención Americana siendo indivisibles e interdependientes. Al respecto, la Corte ya ha analizado la dimensión del derecho de asociación en conjunto con los derechos sindicales de asociación, al considerar que había configurado una violación del contenido del derecho a la libertad de asociación, en relación con la libertad sindical.⁶⁰⁷ No obstante, el Tribunal Interamericano no se ha pronunciado sobre la violación, de manera conjunta, del artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador en relación con el artículo 16 de la Convención Americana.

Este conjunto de derechos sindicales, si bien son una manifestación del derecho de asociación (considerado de naturaleza política) también tienen una proyección de carácter social (perteneciente al plano de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales). La naturaleza de los derechos sindicales es un claro ejemplo de cómo los principios de indivisibilidad e interdependencia se ponen de manifiesto entre las disposiciones de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, pues la violación de un derecho conlleva la violación del otro. En el caso de los derechos consagrados en el artículo 8.1.a

les internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.

⁶⁰⁷ *Caso Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 67.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

y el derecho de asociación, protegido por el artículo 16 de la Convención Americana, estamos en la presencia de una especie de *derechos reflejo o derechos que se proyectan en ambos instrumentos*. El derecho de los sindicatos a formar y asociarse en federaciones y confederaciones no es un derecho que sea reconocido por los instrumentos internacionales cuando consagran el derecho de asociación.

En el ámbito internacional, podemos distinguir dos tipos de instrumentos internacionales: a) los que consagran el derecho de los trabajadores a formar sindicatos como parte del derecho de asociación, y b) los instrumentos internacionales que consagran el derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones, independientemente del derecho de los trabajadores a formar sindicatos. En este segundo grupo cabe destacar lo dispuesto por la Carta de la Organización de Estados Americanos al reconocer la importancia de la contribución de las organizaciones como los sindicatos, a la vida en sociedad y al desarrollo (artículo 45 g).

Sobre el primer grupo de instrumentos internacionales, los que consagran el derecho de los trabajadores a formar sindicatos como parte del derecho de asociación, podemos destacar los siguientes: a) *Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo XXII*. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden, b) *Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 23*. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses, y c) *Carta Social de las Américas. Artículo 30*. Los Estados se comprometen a velar y garantizar la libertad sindical, libertad de asociación, de petición y reclamos, la convención colectiva, eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, abolición efectiva del trabajo infantil, eliminación de toda forma de discriminación en materia de empleo u ocupación, así como la promoción, vigilancia de la

salud y seguridad en el empleo u ocupación y sancionar a quienes no las cumplan.

Sobre el segundo grupo de instrumentos internacionales, los instrumentos internacionales que consagran el derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones, se destacan los siguientes: a) *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 8. 1. ... a. ...* el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; b) *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 8.1.b.* El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas, y c) *Convenio 87 Sobre la Libertad Sindical la protección del derecho de Sindicación de la Organización Internacional del Trabajo. Artículo 5.* Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

Sin lugar a dudas, el pronunciamiento hecho por el Tribunal Interamericano en la Opinión Consultiva No. 22, además de esclarecer interrogantes respecto a la posición de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano, también abre nuevas vías interpretativas, que indudablemente repercuten en la justicia directa de derechos sociales más allá de la concepción de personas físicas como posibles víctimas de derechos

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

sociales; ahora también, potencialmente podríamos enfrentarnos a la justiciabilidad directa de derechos sociales (en este caso de asociación sindical) de personas jurídicas como lo son sindicatos, federaciones y confederaciones, pues como lo afirma la Corte Interamericana: tienen *ius standi* para reclamar sus derechos.

4. La justiciabilidad de los DESCAs de los pueblos indígenas y tribales

Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana que han versado en temas de comunidades indígenas y tribales –como se analizó en el capítulo 2– han tenido un impacto en cuanto a los derechos sociales involucrados, especialmente importante en cuanto a los derechos al medio ambiente, salud, alimentación, vivienda y cultura. Lo anterior se puede visibilizar en el tipo reparaciones que el Tribunal Interamericano ha ordenado;⁶⁰⁸ pese a que no evalúa las afectaciones a derechos sociales o bien las subsume dentro de derechos como la vida, la integridad personal o el derecho a la propiedad indígena.⁶⁰⁹

Sobre la justiciabilidad de los DESCAs en contextos de industrias extractivas dentro de territorio indígena, en el caso del *Pueblo Kichwa vs. Ecuador*, los representantes alegaron la violación del artículo 26, enfocado al derecho a la cultura; la Corte Interamericana no hizo pronunciamiento sobre este derecho y

⁶⁰⁸ Calderón Gamboa, Jorge, *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013, p. 40.

⁶⁰⁹ Sin embargo, la Corte Interamericana en toda su jurisprudencia sobre esta temática, ha ignorado un tema trascendental para las comunidades indígenas como lo es la afectación que las industrias extractivas tienen sobre el medio ambiente donde estos pueblos originarios se asientan. Cfr. Góngora Maas, Juan Jesús, “El artículo 2o. constitucional ¿prevalencia de la justicia inaccesible para los derechos territoriales de los pueblos indígenas en México?”, en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Möller, Carlos María (coords.), *100 años de la Constitución Mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 262-284.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

el impacto que había tenido la exploración petrolera sobre la cultura indígena de la comunidad Kichwa de Sarayaku. Frente a este vacío, siguiendo su doctrina jurisprudencial de subsumir derechos sociales en DCP, consideró violado el derecho a la consulta bajo la concepción del artículo 21 (Derecho a la Propiedad).⁶¹⁰

Debemos ser conscientes que si bien la consulta es la principal garantía sobre cualquier intromisión a territorio indígena o tribal, lo cierto es que no permite que se desplieguen obligaciones específicas sobre derechos sociales que se encuentran vinculados con la propiedad territorial indígena, como lo pueden ser el derecho a la alimentación tradicional, a la salud tradicional, a la vida cultural, al agua, al medio ambiente o en caso de que sean desalojados forzosamente, el derecho a la vivienda; la consulta en este sentido, no tiene los alcances suficientes para poder permear obligaciones para salvaguardar estos derechos, pues solamente se posiciona como una *garantía de participación efectiva de la comunidad*⁶¹¹ y tiene efectos reparadores limitados sobre los otros derechos.⁶¹²

Recientemente los primeros pasos jurisprudenciales ya se están dando en la Corte Interamericana, ya que en el *Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam* se consideró que se debían extender las obligaciones de fiscalización y supervisión a las industrias extractivas que afectan el ambiente de comunidades indígenas y tribales; aunque la jurisprudencia lo sigue subsumiendo dentro del proceso de consulta, el Tribunal Interamericano se refiere ya sobre las obligaciones que tienen los Estados en conjunto con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos frente al impacto ambiental que tengan las industrias ex-

⁶¹⁰ Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 137.

⁶¹¹ *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 56.

⁶¹² Cfr. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 59-63.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

tractivas.⁶¹³ Considerando lo anterior, estimo que, al día de hoy, el Sistema Interamericano tiene una deuda pendiente con los pueblos indígenas y tribales en lo relativo a hacer justiciables, en los instrumentos regionales e internacionales, sus derechos económicos, sociales, culturales y, en especial, ambientales.

⁶¹³ *Cfr. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 213-226.

CONCLUSIÓN: HACIA LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

A más de tres décadas de entrar en vigor la Convención Americana se sigue debatiendo sobre la naturaleza y los alcances de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a que se refiere el único precepto que contiene su capítulo III: el artículo 26. Este precepto convencional exige ser interpretado a la luz de los tiempos actuales y conforme con los evidentes avances del derecho internacional de los derechos humanos, así como del derecho constitucional en la materia. En efecto, no debe pasar inadvertido que recientemente entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que representa una real y potencial ventana hacia la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito del Sistema Universal.

Tampoco debe olvidarse los innegables avances de los derechos sociales fundamentales en el ámbito interno de los Estados Parte del Pacto de San José. La necesaria interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana debe también derivarse del pleno reconocimiento constitucional de la protección de los derechos sociales, en muchas de las Constituciones a manera de tendencia regional; tendencia que también se aprecia en la evolución jurisprudencial que han realizado las altas jurisdicciones nacionales, al otorgar efectividad a los derechos sociales (incluso de manera directa) y no sólo en conexión con los derechos civiles y políticos. Lo anterior posibilita

e incrementa el diálogo jurisprudencial⁶¹⁴ —que constituye uno de los máximos desafíos de los tiempos modernos—⁶¹⁵ y propicia en el ámbito regional la construcción de un *ius constitutionale commune* en derechos humanos,⁶¹⁶ con especial énfasis en el vínculo indisoluble entre derechos humanos efectivos con condiciones de desarrollo democrático, sobre todo a favor de amplios sectores vulnerables.⁶¹⁷

El presente trabajo ha tratado de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. Se ha dicho —con cierta razón— que no es buena idea que el Tribunal Interamericano ignore el Protocolo de San Salvador,⁶¹⁸ como tampoco lo debe ser menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1 y 2 de la Convención

⁶¹⁴ Cfr. Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, 2013; Vergottinni, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, pról. de Javier García Roca, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2010, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, pról. de Diego Valadés, estudio introductorio de Lucio Pegoraro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁶¹⁵ En feliz expresión de la destacada profesora de Derecho público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sorbona (París I-Panthéon-Sorbonne); cfr., especialmente el subtítulo de su libro *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa-IMDPC, 2013.

⁶¹⁶ Cfr. Bogdandy, Armin von et al. (coords.), *lus Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, Porrúa-IMDPC-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2013; y *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un lus Constitutionale Commune en América Latina?*, pról. de Jorge Carpizo, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, 2 tomos.

⁶¹⁷ Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del lus Constitutionale Commune*, México, UNAM, 2015, pp. 186-187.

⁶¹⁸ Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *op. cit.*, p. 160.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal Interamericano.⁶¹⁹

La interpretación evolutiva a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de casi treinta años de adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a casi dos décadas de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad, requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos.

La conexidad de derechos mediante la interdependencia e indivisibilidad de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos si bien ha sido un camino bastante consolidado en la jurisprudencia la Corte IDH, no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de los derechos sociales, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Tratado, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus juris* en materia de derechos sociales.

Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto a los DESCAs. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace *directamente* desde esta vía respecto a obligaciones en torno a cualquier derecho

⁶¹⁹ Cfr. Caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 100.

social. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte IDH, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con los derechos sociales, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances.⁶²⁰ A su vez, hablar de justiciabilidad directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto al derecho a la vida y al derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La garantía jurisdiccional “directa” de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales constituye no sólo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, en avanzar hacia la dirección de la efectividad de la justicia social, al tener competencia sobre *todas las disposiciones* del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos.

Por otro lado, el reconocimiento de los DESCAs en el Sistema Interamericano no sólo implica visibilizar derechos que tradicionalmente no han sido dotados de contenido normativo; el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales también implica erradicar problemáticas históricas

⁶²⁰ Cfr. Caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 191, párr. 110.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

de discriminación hacia ciertos sectores que han sido sistemáticamente marginados, excluidos e inviabilizados en nuestras sociedades, como lo son las personas que viven en situación de pobreza. Recientemente la Corte IDH ha puesto en evidencia esta situación en el caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), en donde consideró –por primera vez– que las personas que se encuentran en situación de pobreza son personas que requieren una protección especial a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana pues dicho precepto convencional prohíbe discriminar a las personas por *la posición económica*.⁶²¹ Si bien en el caso de los *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* la Corte IDH no se pronunció sobre los DESCAs de manera directa, lo cierto es que resulta innegable que en el derecho internacional de los derechos humanos actual existe una fuerte vinculación entre la ausencia de servicios sociales básicos –como tener acceso a fuentes de alimentos nutritivos, sistemas adecuados de atención de la salud, acceso a la educación, entre otros– con los altos índices de pobreza; y cómo la falta de oportunidades genera, en muchos casos,

⁶²¹ En este sentido, la Corte IDH consideró que: “340. De la prueba aportada al expediente se advierte la existencia de una situación basada en la posición económica de las víctimas rescatadas el 15 de marzo de 2000 que caracterizó un trato discriminatorio. De acuerdo a varios informes de la OIT y del Ministerio de Trabajo de Brasil, “la situación de miseria del obrero es lo que le lleva espontáneamente a aceptar las condiciones de trabajo ofrecidas”, toda vez que “cuanto peores las condiciones de vida, más dispuestos estarán los trabajadores a enfrentar riesgos del trabajo lejos de casa. La pobreza, en ese sentido, es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo”. 341. Una vez constatada la situación anterior, la Corte estima que el Estado no consideró la vulnerabilidad de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000, en virtud de la discriminación en razón de la posición económica a la que estaban sometidos. Lo anterior constituye una violación al artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de ellos... 343. ... Finalmente, Brasil es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia”. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 340, 341 y 343.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

situaciones de pobreza estructural como una forma de discriminación estructural histórica en vastos sectores de la población en los países que conforman el Sistema Interamericano.⁶²²

El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales⁶²³ —que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos—, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días. Es mi convicción que si ha de participar en este debate, debe hacerlo —por las razones

⁶²² Sobre algunas aproximaciones de la pobreza y la discriminación estructural: “71. Así, las personas que sufren pobreza estructural son personas que, en general, transmiten esta situación generacionalmente y de manera histórica, que sus posibilidades de participación política se ven disminuidas y también la negación a servicios básicos; ante las cuales el acceso a la justicia dependerá de que tengan las capacidades para superar la propia condición de pobreza con independencia de que coincidentemente, o no, pertenezcan a grupos históricamente marginados o excluidos... 80. ... algunos elementos que deben ser tomados en consideración, a modo enunciativo mas no limitativo, para determinar si derivado del contexto o patrones colectivos o masivos estamos frente a una discriminación estructural. En este sentido, los casos mencionados han tenido en consideración que se trata de: i) un grupo o grupos de personas que tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias, pudiendo ser este grupo de personas minoría o mayoría; ii) que estos grupos se han encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impiden acceder a condiciones básicas de desarrollo humano; iii) que la situación de exclusión, marginación o subordinación se centra en una zona geográfica determinada o bien puede ser generalizada en todo el territorio de un Estado que en algunos casos puede ser intergeneracional, y iv) que las personas pertenecientes a estos grupos, sin importar la intención de la norma, la neutralidad o la mención expresa de alguna distinción o restricción explícita basada en las enunciaciones e interpretaciones del artículo 1.1 de la Convención Americana, son víctimas de discriminación indirecta o bien de discriminación de facto, por las actuaciones o aplicación de medidas o acciones implementadas por el Estado”. *Cfr.* Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot al *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 68-71 y 80.

⁶²³ Al respecto, véase Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, pról. de Robert Alexy, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

expuestas— promoviendo la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes invoquen en el futuro con mayor intensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010.

En definitiva, se trata de reconocer lo que *de facto* realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal; lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, al reconocerse obligaciones más claras hacia los Estados Parte. Todo ello va en sintonía con los tiempos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distingo o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables.

Como lo hemos expresado en otras oportunidades, no es la intención introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano, sino simplemente pretendo llamar a la reflexión sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La posibilidad está latente y el debate abierto para avan-

zar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009.⁶²⁴

Lo cierto es que, en este nuevo contexto jurisprudencial y normativo del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana tiene la posibilidad de materializar el contenido de derechos que por mucho tiempo fueron concebidos como de “segunda generación”. Esto abonaría en el reconocimiento de derechos de muchas personas en situación de vulnerabilidad –como niñas y niños, mujeres, pueblos indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad, personas adultas mayores, migrantes, personas privadas de la libertad, personas de la comunidad LGBTI, defensoras y defensores de derechos humanos– que en muchas ocasiones por obstáculos, meramente doctrinales o ideológicos, ven impedida la realización plena de sus derechos.

En conclusión, a casi cuatro décadas de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos resulta legítimo –y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional– otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integridad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, sin jerarquía ni categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

⁶²⁴ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrs. 99-103.

ANEXOS

Anexo 1: Concordancia de los DESCAs en los instrumentos de los sistemas de derechos humanos

	SIDH ¹		SEDH ²		SADH	SUDH
	CADH ³	PSS ⁴	CEDH ⁵	CSE ⁶	CADHP ⁷	PIDESC ⁸
Derecho a la salud	Vía Jurisprudencial	Artículo 10	Vía Jurisprudencial	Artículos 11 y 13	Artículo 16	Artículo 12
Derecho a la Seguridad Social-Pensiones	Vía Jurisprudencial	Artículo 9	Vía Jurisprudencial	Artículo 12		Artículo 9
Derecho a la Educación	Vía Jurisprudencial	Artículo 13 ⁹	Artículo 1 del Protocolo No. 1		Artículo 17.1	Artículo 13
Derechos Sindicales	Vía Jurisprudencial	Artículo 8	Vía Jurisprudencial	Artículo 5		Artículo 8
Derecho al Trabajo y Condiciones Justas y Satisfactorias de Trabajo	Vía Jurisprudencial	Artículos 6 y 7	Vía Jurisprudencial	Artículos 1, 2, 3, 4, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27 y 28	Artículo 15	Artículo 7
Derecho al Medio Ambiente Sano y/o Agua	Vía Jurisprudencial	Artículo 11	Vía Jurisprudencial	Vía jurisprudencial	Artículo 24	Artículos 11 y 12. b
Derecho a la Alimentación	Vía Jurisprudencial	Artículo 12	Vía Jurisprudencial		Vía Jurisprudencial	Artículo 11
Derecho a los Beneficios de la Cultura	Vía Jurisprudencial	Artículo 14		Artículo 30.a	Artículos 17.2 y 17.3	Artículo 15
Derecho a la Vivienda	Vía Jurisprudencial	***** ¹⁰	Vía Jurisprudencial	Artículo 31	Vía Jurisprudencial	Artículo 11

¹ Se destaca que el reconocimiento se ha hecho de manera indirecta vía jurisprudencial a la luz de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

² Se destaca que el reconocimiento se ha hecho de manera indirecta vía jurisprudencial a la luz de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴ Protocolo de San Salvador.

⁵ Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶ Carta Social Europea.

⁷ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹ En el Caso *Gonzales Luy vs. Ecuador* (2015) la Corte IDH declaró por primera vez violado el derecho a la educación, con anterioridad se realizaba vía conexidad con otros derechos civiles y políticos.

¹⁰ Este derecho no se encuentra contemplado en el Protocolo de San Salvador, pero lo podemos encontrar en el artículo 34.k de la Carta de la OEA.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Anexo 2: DESCAs protegidos vía indirecta mediante las disposiciones de la CADH

	Protocolo de San Salvador	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Derecho a la salud	Artículo 10	Artículos 4, 5, 7, 8, 9, 11, 17, 13 y 25
Derecho a la Seguridad Social-Pensiones	Artículo 9	Artículos 21, 24 y 25
Derecho a la Educación	Artículo 13	Artículos 4 y 19
Derechos Sindicales	Artículo 8	Artículo 16
Derecho al Trabajo y Condiciones Justas y Satisfactorias de Trabajo	Artículos 6 y 7	Artículos 2, 6, 8, 9, 24 y 25
Derecho al Medio Ambiente Sano	Artículo 11	Artículos 13, 21 y 23
Derecho a la Alimentación	Artículo 12	Artículos 4 y 5
Derecho a los Beneficios de la Cultura	Artículo 14	Artículos 4, 5, 11, 12, 13 y 21
Derecho a la Vivienda	Artículo 34.k de la Carta de la OEA)	Artículo 21

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Anexo 3: Casos relacionados con los DESCA en la jurisprudencia de la Corte IDH¹

Derecho a la salud	<p><i>Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay.</i> <i>Caso Tibi vs. Ecuador.</i> <i>Caso de la Cruz Flores vs. Perú.</i> <i>Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.</i> <i>Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyaxama vs. Paraguay.</i> <i>Caso Ximenes Lopez vs. Brasil.</i> <i>Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú.</i> <i>Caso Montero Aranguren (Retén de Catia) vs. Venezuela.</i> <i>Caso del Penal Miguel Castro y Castro vs. Perú.</i> <i>Caso Albán Cornejo vs. Ecuador.</i> <i>Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.</i> <i>Caso Fernández Ortega vs. México.</i> <i>Caso Rosendo Cantú vs. México.</i> <i>Caso Vélez Loor vs. Panamá.</i> <i>Caso Vera y Vera vs. Ecuador.</i> <i>Caso Pacheco Teruel vs. Honduras.</i> <i>Caso Díaz Peña vs. Venezuela.</i> <i>Caso Furlan y Familiares vs. Argentina.</i> <i>Caso Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica.</i> <i>Caso Mendoza y Otros vs. Argentina.</i> <i>Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.</i> <i>Caso J. vs. Perú.</i> <i>Caso Espinoza Gonzales vs. Perú.</i> <i>Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador.</i> <i>Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana.</i> <i>Caso I. V. vs. Bolivia.</i> <i>Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala.</i> <i>Caso Gómez Murillo vs. Costa Rica.</i></p>
Derecho a la Seguridad Social- Pensiones	<p><i>Caso Cinco Pensionistas vs. Perú.</i> <i>Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú.</i> <i>Caso Duque vs. Colombia.</i></p>

¹ Sólo se contemplan los casos contenciosos resueltos por la Corte IDH, sin considerar medidas provisionales y opiniones consultivas.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Derecho a la Educación	<i>Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.</i> <i>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.</i> <i>Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.</i> <i>Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay.</i> <i>Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.</i>
Derechos Sindicales	<i>Caso Huilca Tecse vs. Perú.</i> <i>Caso Baena Ricardo vs. Panamá.</i> <i>Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú.</i>
Derecho al Trabajo y Condiciones Justas y Satisfactorias de Trabajo	<i>Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.</i> <i>Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú.</i> <i>Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.</i> <i>Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.</i> <i>Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela.</i> <i>Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela.</i> <i>Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador.</i> <i>Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador.</i> <i>Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala.</i> <i>Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.</i> <i>Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.</i>
Derecho al Medio Ambiente Sano	<i>Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.</i> <i>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.</i> <i>Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.</i> <i>Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras.</i> <i>Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras.</i> <i>Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.</i> <i>Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.</i> <i>Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.</i> <i>Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.</i>
Derecho a la Alimentación	<i>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.</i> <i>Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.</i> <i>Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.</i> <i>Caso López Álvarez vs. Honduras.</i> <i>Caso Pecheco Teruel y otros vs. Honduras.</i> <i>Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.</i>

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Derecho a los Beneficios de la Cultura	<p><i>Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.</i> <i>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.</i> <i>Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.</i> <i>Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá.</i> <i>Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras.</i> <i>Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.</i> <i>Caso López Álvarez vs. Honduras.</i> <i>Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala</i> <i>Caso Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica.</i> <i>Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.</i> <i>Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.</i> <i>Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala.</i> <i>Caso Masacres del Río Negro vs. Guatemala.</i> <i>Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala.</i></p>
Derecho a la Vivienda	<p><i>Caso Masacres de Ituango vs. Colombia</i> <i>Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.</i> <i>Caso Masacres Mozote vs. El Salvador.</i> <i>Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia.</i> <i>Caso Yarce y otras vs. Colombia.</i></p>

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en septiembre de 2017 en los talleres de GVG GRUPO GRÁFICO, S. A. de C. V., Leandro Valle núm. 14-C, colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C. P. 06010, Ciudad de México.
La edición consta de 2,000 ejemplares