

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 paraguayano “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 DESC. 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 Sawhoyamaya 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 acarrea 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[ió] 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.