

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

Es posible rechazar estos argumentos al señalar que todos los derechos, sean civiles y políticos o sociales, son presuncionales, en el sentido de que involucran obligaciones de hacer (obligaciones positivas) y que todos son programáticos, es decir, dependen de políticas públicas que los desarrollan, por ejemplo las políticas relacionadas con administración de justicia (construcción de tribunales, etcétera), en cuanto al debido proceso. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia<sup>7</sup> ha precisado que “la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>11</sup> En el preámbulo de la Convención se afirma que los Estados parte en la Convención Americana la aprueban “[c]onsiderando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Sin embargo, la Corte ha señalado que la interpretación de la Convención debe ser integral, de tal forma que armonice los métodos literal, teleológico, sistemático e histórico.<sup>20</sup> El rol del método sistemático podría apoyar posturas que, mediante la aplicación del principio de interpretación más favorable, determinan los derechos armonizando la Carta de la OEA, la Declaración Americana<sup>21</sup> y el Protocolo de San Salvador<sup>22</sup> así como otros instrumentos internacionales pertinentes a la materia (PIDESC, Convenios de la OIT, etcétera).<sup>23</sup>

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

<sup>19</sup> V. Abramovich y J. Rossi, *op. cit.*, pp. 470-478.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>24</sup> En forma meramente explorativa, y bajo la prevención de que siempre es necesaria una construcción argumentativa que justifique la inferencia concreta de derechos, es posible aludir, *inter alia*, a estos derechos sociales en el artículo 26 de la CADH: derechos laborales (derecho al trabajo y conexos) tales como el derecho a salarios justos, condiciones seguras para la vida y la salud en el trabajo, nivel de vida decoroso, jubilación, pensiones por incapacidad, sindicalización, libertad sindical, negociación colectiva y huelga (artículo 26 CADH y artículos 34g, 45b, 45c, 45d, 45g y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la seguridad social (artículo 26 CADH y artículos 45b y h y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la educación (artículo 26 CADH y artículos 34h, 47, 48, 49, 50 y 52 de la Carta de la OEA), derecho a los beneficios de la cultura (artículo 26 CADH y artículos 47, 48, 50, 51 y 52 de la Carta de la OEA), derecho al bienestar material o a un nivel de vida adecuado (artículo 26 CADH y artículos 34, 45a y 45f de la Carta de la OEA), derecho a la salud (artículo 26 y artículos 34i, 34.1 de la Carta de la OEA), derecho a la alimentación (artículo 26 y artículos 34j, 45a y 45f de la Carta de la OEA), derecho a la vivienda (artículo 26 CADH y artículos 34k, 45a y 45f de la Carta de la OEA) y derecho a un ambiente sano (artículo 26 CADH y artículos 34l, 45a y 45f de la Carta de la OEA).

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



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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

<sup>38</sup> Voto del Comisionado Clare Roberts.

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

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

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

[...] el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales y culturales; “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación”; así como “los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección”, ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión

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

Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo “recog[ían] en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires”. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales”.

Por otra parte, la Corte señaló que “si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica también en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”. En consecuencia, el artículo 26 está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (llamado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

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

---

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



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

Como correlato de lo anterior, la Corte precisó criterios para analizar las medidas regresivas, atendiendo a la doctrina del mencionado Comité. Se señaló que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos” sociales

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

[...] [e]n caso de que un Estado Parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) [s]i el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y f) [s]i el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

La Corte Interamericana reconoció, asimismo, que también en 2009 la Comisión Interamericana había considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Este trascendental pronunciamiento de la CIDH, en el *Caso de la Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad*

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Por otro lado, en diversos informes entre 2009 y 2010 la Comisión Interamericana ha ratificado esta interpretación en relación con el artículo 26, remitiendo a las consideraciones emitidas en el informe No. 38 de 2009. Al respecto, en un informe de admisibilidad de 2009<sup>46</sup> la Comisión indicó que:

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

---

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

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

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

[...] los hechos descritos por los peticionarios podrían caracterizar una presunta violación al artículo 26 [...], el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que los Estados dedicarán sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar. Además, la misma Carta establece en su artículo 50 que los Estados “fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo”. La Comisión observa que, de acuerdo con los hechos alegados, las condiciones laborales de los buzos miskitos no reunirían, siquiera, las mínimas condiciones para asegurar su vida e integridad personal. Por lo anterior, la Comisión considera

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

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

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

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

---

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



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