

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*¹

Óscar Parra Vera²

1. INTRODUCCIÓN

En un bello texto sobre cierta forma de entender la función judicial, Ronald Dworkin planteó diversas ideas sobre “Cómo el derecho se parece a la literatura”.³ Para Dworkin, los jueces deben ubicarse en una novela que se viene escribiendo, en la que deben de alguna manera honrar la historia que se viene narrando. Ello implica que la libertad interpretativa no pueda ser de excesiva

¹ En este texto retomo y actualizo algunas ideas desarrolladas en Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Agradezco a Daniela Parra y Jhon Mejía su apoyo como asistentes de investigación.

² Abogado y maestro en Teoría del Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Maestro en Criminología y Justicia Penal por la Universidad de Oxford. Se desempeñó como abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como becario “Rómulo Gallegos” y consultor sobre indicadores en derechos sociales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³ Dworkin, Ronald, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Uniandes, 1997.

discrecionalidad, sino que corresponde encajarla en la estructura de historia que se venía narrando, sin caer en la tentación de escribir una novela completamente nueva aunque el respectivo autor la considere mejor.

La jurisprudencia interamericana, en algunos temas, puede leerse como una “novela en cadena” que dependió de diversas composiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte), de cierto tipo de votos de jueces en diversos temas y de diversos momentos políticos del Sistema Interamericano. Esta metáfora me resulta ilustrativa para analizar la forma en que se fue conformando una mayoría de jueces interamericanos proclive a la justiciabilidad directa del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención o Convención Americana), ubicado en el capítulo III de dicho tratado, titulado “Derechos económicos, sociales y culturales”.

En la historia de la conformación de esta mayoría, tiene un papel protagónico el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien desde su llegada en 2013 como juez titular de la Corte Interamericana, asumió como una bandera la necesidad de reconstruir y redefinir la “novela” del artículo 26 de la Convención Americana. Ello fue proyectado inicialmente en su voto en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, en el cual delinea los argumentos principales de lo que sería su defensa de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Este voto, emitido en 2013, reunía la doctrina más relevante sobre la interpretación del artículo 26 y efectuaba también una reconstrucción del derecho constitucional comparado en materia de justiciabilidad directa de los derechos sociales. A partir de ello se defendía la fuerza normativa plena de dicho artículo como una armonización de las mejores interpretaciones a nivel internacional y a nivel nacional comparado sobre la justiciabilidad de los DESC. Lo que hizo el juez Ferrer Mac-Gregor fue despertar una discusión que estaba muerta desde 2009, cuando la composición de la Corte IDH en ese momento consideró —en el caso *Acevedo Buendía*— que era posible derivar algunos caminos de justiciabilidad del artículo 26. Con todo, este paso en 2009 fue particularmente tímido y moderado en el camino argumentativo desarrollado, lo cual explica que haya tenido un impacto

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

mínimo en la actuación de la Comisión y de la Corte respecto al procesamiento de casos.

Ferrer Mac-Gregor reavivó una discusión que estaba dominada por el pesimismo en torno al camino posible a seguir para impulsar la justiciabilidad directa. El voto removía las zonas de confort que habían generado un seguimiento acrítico de la práctica de proteger los derechos sociales en forma indirecta. La virtud de despertar una discusión residió también en impulsar el cambio en la perspectiva de algunos jueces y empezar a sumar apoyos hacia una visión sobre el rol que debía cumplir la Convención Americana en materia de derechos sociales. Es de especial valor resaltar que, en 2015, dos jueces —Manuel Ventura y Roberto Caldas— que se habían sumado a mayorías de la Corte que abogaban por la justiciabilidad indirecta a través del derecho a la vida o la integridad, o que habían expresado sus dudas respecto del paso que correspondía para lograr la justiciabilidad directa del artículo 26,⁴ se sumaron al voto del juez Ferrer Mac-Gregor sobre justiciabilidad directa. El juez Caldas se sumó en el caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú*, relacionado con el derecho al trabajo, y a partir de allí el juez Caldas empezó a desarrollar votos específicos en esta materia (véase *infra*).

En efecto, los jueces Ventura y Caldas se sumaron a la postura de Ferrer Mac-Gregor en el caso *Gonzales Lluy y familiares vs. Ecuador*, donde la Corte IDH emitió la primera de sus sentencias en un caso por discriminación contra las personas con VIH. Asimismo, fue el primer caso en el que se declarara la violación

⁴ En 2012 el juez Ventura manifestó dudas sobre las posibilidades de justiciabilidad directa del art. 26. Ventura Robles, Manuel E., “Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, núm. 56, 2012, pp. 139-156. Señaló el juez Ventura que “nos enfrentamos a la pregunta de si en un futuro, cercano o lejano, el Tribunal podrá determinar violaciones directas a estos derechos [económicos y sociales], sin necesidad de hacerlo a través de los civiles y políticos. [...] Podemos considerar que lo anterior no depende exclusivamente del Tribunal o de su voluntad para hacer justiciables tales derechos, sino que además implicaría cierto cambio en la normativa existente, así como la voluntad y gestión de los demás actores del Sistema Interamericano”.

del derecho a la educación, lo cual implicó la primera ocasión en la que se determinara la violación del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”).⁵ El Tribunal reiteró el encuadre de estos problemas como violación del derecho a la vida —por el riesgo que corrió la vida de la niña ante una enfermedad tan grave— y del derecho a la integridad personal. Esto condujo a la emisión de tres votos concurrentes respecto a si el caso debía encuadrarse como una violación directa del derecho a la salud, a través del artículo 26 de la Convención Americana, o si correspondía a una violación indirecta de la vida y la integridad personal, tal como lo ha hecho la jurisprudencia constante de la Corte.

El 31 de agosto de 2017, 38 años después de la inauguración de la Corte IDH en 1979, ocho años después del caso *Acevedo Buendía*, cuatro años después del voto emitido por el juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Suárez Peralta*, y dos años después de los tres votos particulares que generara el caso *Gonzales Lluy*, una mayoría de jueces de la Corte IDH declaró por primera vez la violación del artículo 26. El caso concreto se relacionaba con el despido irregular del puesto de trabajo de la víctima y se declaró la vulneración del derecho a la estabilidad laboral, que en el caso concreto se había proyectado también en relación con la libertad de expresión y la libertad de asociación (art. 26 en relación con los arts. 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención).

El presente trabajo describe algunos hitos que enmarcaron este camino de 38 años, con especial énfasis en el rol que tuvieron algunos votos particulares de los jueces interamericanos en los últimos cinco años. La visibilización de argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad directa de los DESC permite arti-

⁵ La víctima, Talía Gonzales Lluy, fue infectada con VIH durante una transfusión de sangre en 1998, cuando tenía tres años de edad, proveniente de un banco de sangre de la Cruz Roja y efectuado en una clínica privada. A los cinco años de edad, la menor acudió a una escuela por dos meses hasta que el director del centro educativo le impidió ir más a clases debido a que era portadora del VIH. La Corte reiteró sus precedentes sobre responsabilidad del Estado cuando no se regula adecuadamente la prestación de servicios de salud y los problemas de inspección, vigilancia y control sobre dichos servicios.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

cular el análisis jurídico-normativo con el sociológico-político, dado que algunas posturas han señalado que, ante el difícil y limitado acceso al Sistema Interamericano, el uso indiscriminado del litigio internacional, sin consideración de los factores no legales que influyen en estos derechos, tiene el potencial de generar efectos negativos. Además, se ha señalado que el litigio tiene un rol relevante más allá de estos debates técnico jurídicos, cuando se usa como un mecanismo más dentro de otras estrategias de incidencia que involucran a los movimientos sociales, los medios de comunicación y otras formas de presión.⁶

A continuación, inicio el relato con una breve mención a los referentes doctrinales más relevantes en la materia, para luego valorar cómo en algunos casos contenciosos y votos se proyectaron las diversas aristas del debate sobre el alcance del artículo 26.

⁶ Entre los diversos debates cabe resaltar el generado por el artículo de Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en *Hastings Law Journal*, núm. 56, 2004; la crítica de Melish, Tara J., “Rethinking the «Less as More» Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006; la réplica de Cavallaro, James y Schaffer, Emily, “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006; y la réplica de Melish, Tara J., “Counter-Rejoinder: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006. Una continuación de este debate se encuentra en Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, “La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008, pp. 85-99. En este último artículo los autores analizan la forma en que el litigio con énfasis en derechos civiles y políticos permitió: (i) impulsar el debate sobre la reforma agraria a partir del caso *Corumbiara vs. Brasil* (sobre la expulsión de más de 500 familias de una hacienda por parte de la policía militar con uso excesivo de la fuerza que generó muertos y heridos), y (ii) lograr apoyo para la lucha contra desalojos forzados y por la redistribución de la tierra liderada por el Movimiento de los Sin Tierra, en Brasil, a partir del caso *Masacre de Eldorado dos Carajás vs. Brasil* (ataque policial a un grupo de ocupantes ilegales sin tierra que hacían presión para lograr expropiaciones).

2. EL DEBATE SOBRE LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 26 EN LA DOCTRINA

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 se titula “Derechos económicos, sociales y culturales” y contiene solo un artículo, el 26, al que se le tituló “Desarrollo progresivo”.

Al hablar sobre DESC, el Pacto de San José hace una remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (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.

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 te-

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

nían como objetivo aclarar y garantizar derechos humanos, sino fijar pautas de conducta de los Estados en materia económica, social y cultural”.⁷

Posiciones 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—⁸ y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como “estándar de no justiciabilidad”.⁹

Es posible rechazar estos argumentos al señalar que todos los derechos, sean civiles y políticos o sociales, son prestacionales, en el sentido de que involucran obligaciones de hacer —obligaciones positivas— y que todos son programáticos —dependen de políticas públicas que los desarrollan— por ejemplo, las políticas relacionadas con administración de justicia —hacer tribunales, etc., en cuanto a debido proceso—. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia¹⁰ ha precisado que “la condición de «prestacional» no se predica de la categoría «derecho», sino de la «faceta de un derecho». Es un error categorial 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

⁷ Gros Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Asociación Libro Libre, 1986, p. 114.

⁸ Craven, Matthew, “Economic, Social and Cultural Rights”, en Harris, David y Livingstone, Stephen, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, 1998, pp. 297-306.

⁹ Cavallaro, James y Schaffer, Emily, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Ibidem*, pp. 225-227 y 267-269.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-760 de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

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 importantes costos presupuestarios.¹¹ El debate surge por las complejidades de las dimensiones presenciales de los derechos sociales. Con todo, respecto a todos los derechos, sean civiles o sociales, la justiciabilidad de sus di-

¹¹ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI-Igualitaria, 2011.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

menciones prestacionales progresivas se relacionan con: (i) la existencia de una política pública; (ii) que 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.

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:¹² 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 intermedia de remisión al Protocolo de Buenos Aires, en la que se incluyen los derechos sociales que adicionan la Carta de la OEA.¹³ Teniendo 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,¹⁴ es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su consentimiento respecto al reconocimiento de los DESC en la CADH.¹⁵

¹² Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, núms. 30-31, San José, IIDH, 2000.

¹³ OEA, Secretaría General, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, actas y documentos, Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, 1969.

¹⁴ 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”.

¹⁵ Un exhaustivo análisis de los trabajos preparatorios y del recorrido de los DESC en la Conferencia Especializada Interamericana, a fin de defender la

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.¹⁶ Estos derechos, de acuerdo con 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».”¹⁷

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 remisión 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.¹⁸

tesis del consentimiento de los Estados respecto a la protección de los derechos sociales a través de la CADH, puede verse en Melish, Tara, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*, Nueva York, Center for Human Rights and Global Justice, 2006, pp. 49-56.

¹⁶ Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martín, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José A. (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2004.

¹⁷ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, jul-dic, 2003, pp. 139 y 141.

¹⁸ La doctrina ha evaluado exhaustivamente estos temas. Véase en particular, Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, CDES-Yale Law School, 2003, pp. 379-392; Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, *op. cit.*, pp. 457-478; Faúndez Ledesma, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en AA.VV., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, San José,

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

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.¹⁹ 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”.²⁰ La tarea del intérprete es entonces actualizar el sentido normativo de la Convención. 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.²¹ 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 en-

IIDH, 2004, pp. 98-102 y 113-120; Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Courtis, Christian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 1-66.

¹⁹ Entre otros, véase Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr. 106.

²⁰ 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, 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 114, y Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 120.

²¹ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 100.

tienden como derechos incluidos en la norma solo 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 solo debe ser utilizado para fijar el alcance de la respectiva norma, lo cual genera limitaciones para derivar una competencia.²²

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.²³ 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 Americana²⁴ y el Protocolo de San Salvador,²⁵ así como otros instrumentos internacionales pertinentes a la materia (PIDESC, Convenios de la OIT, etc.).²⁶

Otros elementos interpretativos pueden ser de utilidad al enfrentar estos problemas. En este punto, respecto a los derechos

²² Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, *op. cit.*, pp. 470-478.

²³ 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, núm. 205.

²⁴ Entre las opciones de litigio defendidas por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) se encuentra la utilización del estándar definido por la Corte IDH en su opinión consultiva sobre la Declaración Americana, según el cual, "la Declaración Americana determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA". CEJIL considera que "los derechos protegidos por la Carta, a que se refiere el art. 26, serían aquellos contenidos en la Declaración Americana". CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el Sistema Interamericano*, San José, CEJIL, 2005, p. 75.

²⁵ Melish, Tara, "Enfoque según el artículo 26: Invocando los DESC que se derivan de la Carta de la OEA", en *cit.*, pp. 383-388.

²⁶ Courtis, Christian, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26", ... *cit.*, pp. 8-29; CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, pp. 76-78 y Krsticevic, Viviana, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano", en CEJIL, *Construyendo una agenda para la justicia de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004, pp. 167-173.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

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.²⁷ 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”.²⁸

Finalmente, es relevante el debate sobre las obligaciones que se derivan del artículo 26. Al respecto, la CADH enuncia en sus dos primeros artículos obligaciones generales (“respetar”, “garantizar” y, en función de este último deber, “adoptar medidas”). Luego, en su segundo capítulo, refiere a los derechos civiles y políticos sin enunciar deberes de tal carácter. Posteriormente, en

²⁷ 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 (arts. 26 CADH, y 34 g), 45 b), 45 c), 45 d), 45 g) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la seguridad social (art. 26 CADH, y 45 b) y h) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la educación (art. 26 CADH, y 34 h), 47, 48, 49, 50 y 52 de la Carta de la OEA), derecho a los beneficios de la cultura (arts. 26 CADH, y 47, 48, 50, 51 y 52 de la Carta de la OEA), derecho al bienestar material o a un nivel de vida adecuado (arts. 26 CADH, y 34, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la salud (arts. 26 CADH, y 34 i, 34.l de la Carta de la OEA), derecho a la alimentación (arts. 26 CADH, y 34 j), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la vivienda (arts. 26 CADH, y 34 k), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA) y derecho a un ambiente sano (arts. 26 CADH, y 34 l, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA).

²⁸ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”, *op. cit.*, pp. 8 a 9.

el único artículo perteneciente a 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 abarcados por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”.²⁹ La misma postura es avalada por Courtis, aduciendo que si estos artículos no distinguen a qué derechos refieren, tampoco debe hacerlo el intérprete.³⁰ Por su parte, Medina Quiroga acepta esta razón y agrega 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 de 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 estos”.³¹

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

²⁹ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales* núm. 9, jul-dic, 2003, p. 139.

³⁰ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ... cit., pp. 2-29.

³¹ Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005, pp. 227-228.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

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.³²

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.³³ Con todo, autoras como Tara Melish consideran que el éxito del litigio internacional ante el SIDH que invoque directamente DESC 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 ponderando los resultados alcanzados en la satisfacción de los derechos de la población, lo cual iría más

³² Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ponencia presentada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, San José, IIDH, 2007, p. 23.

³³ Véanse los artículos de Christian Courtis y Tara Melish citados, así como Melish, Tara, “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, 2007. Véase Melish, Tara, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, ... cit., pp. 213 y ss.

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 solo podría ser en relación con obligaciones de conducta frente a dimensiones individuales de estos derechos.

3. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 26 EN CASOS
CONTENCIOSOS EMITIDOS POR LA CORTE
INTERAMERICANA. EL EQUÍVOCO PUNTO DE PARTIDA
EN EL CASO *CINCO PENSIONISTAS*³⁴

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 (art. 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

³⁴ Antes del caso *Cinco Pensionistas* la Comisión Interamericana había 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”. Asimismo, en el caso *Odir Miranda vs. El Salvador*, la Comisión admitió la petición respecto al derecho a la salud, en el marco del art. 26, pero en el informe de fondo respectivo consideró que no existió violación de este derecho. 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 a personas con VIH.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

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 el Perú, en el marco de [dicho] caso” (párr. 148).

Diversas críticas han surgido en relación con este fallo. 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.³⁵

Courtis criticó la utilización inconsistente de la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las 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 de la demanda.³⁶ Muchas críticas resaltan el tipo de auto-restricción 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.³⁷

³⁵ Melish, Tara, “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL*, núm. 1, 2006.

³⁶ Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad: Apuntes introductorios”, en Courtis, Christian, (coord.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

³⁷ Véase 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

Con posterioridad al caso *Cinco Pensionistas*, la Comisión Interamericana, en una primera etapa, reprodujo la visión del desarrollo progresivo de los derechos como un aspecto que solo 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 se encuentran en la misma situación se les haya 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.³⁸

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 tutelando el derecho a la seguridad social, del cual afirmaban su titularidad las presuntas víctimas, podría tender a caracterizar una violación del artículo 26 de la Convención.³⁹ Uno de los co-

país, sino para examinar la violación concreta de personas determinadas. Para otras críticas, véase Mejía R., Joaquín A., “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, núm. 49.

³⁸ CIDH, *Luis Rolando Cuscul Piraval y otras personas afectadas por el VIH/SIDA*, informe 32/05, petición 642-03, admisibilidad, Guatemala, 7 de marzo de 2005.

³⁹ CIDH, *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación VIASA)*, informe 70/04, petición 667/01, admisibilidad, Venezuela, 13 de octubre de 2004.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

misionados emitió un voto razonado señalando que no existía *prima facie* una presunción razonable de violación al derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta el mencionado precedente en el caso *Cinco Pensionistas*.⁴⁰

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 a partir de 2009, 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*.

4. LOS AVANCES DERIVADOS DEL CASO *ACEVEDO BUENDÍA* (2009)

En primer lugar, a través del caso *Acevedo Buendía vs. Perú*,⁴¹ 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—. Este 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 esta, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales

⁴⁰ Voto del comisionado Clare Roberts.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

ÓSCAR PARRA VERA

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 Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, solo “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 esta 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 (titulado “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,⁴² 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:

⁴² Análisis doctrinal exhaustivo en relación con esta figura puede verse en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CELS-CEDAL, 2006.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

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”.⁴³

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

⁴³ ONU, 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 periodo de sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [I]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un periodo de recesión económica; d) [I]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”.⁴⁴

La Corte Interamericana reconoció, asimismo, también en 2009 que la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Este trascendente pronunciamiento de la CIDH, en el caso de la *Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú*⁴⁵ 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. Si bien no se declaró violación de ningún derecho humano, sí 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—. Y 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:

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 10.

⁴⁵ Informe de admisibilidad y Fondo 38/09, caso 12.670, *Asociación Nacional de Exservidores 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. 140-147.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

- 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 —es decir, un mandato de optimización que se puede ponderar con otros principios— y no una regla —es decir, una norma que se aplica bajo las reglas todo/nada, es decir, que no toda regresión es prohibida—. ⁴⁶ 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 siete. 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;

⁴⁶ Para un mayor desarrollo sobre el rol de la distinción entre reglas y principios para una mejor aplicación judicial de la prohibición de regresividad, véase Uprimny, Rodrigo y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, 2008.

- afectó un número reducido de pensionistas con la finalidad de mejorar el ejercicio del derecho a la pensión de los demás beneficiarios;
- no se probó que una medida de reajuste de pensión no fuera idónea para mantener el valor adquisitivo de la misma, y
- el Tribunal Constitucional interno determinó que revisaría si un criterio de sostenibilidad financiera para efectuar reajustes de pensiones de adultos mayores podía llegar a impedir que dicho reajuste se realice, lo cual fue tomado en cuenta por la Comisión, atendiendo al principio de subsidiariedad que gobierna la actuación de los órganos del Sistema Interamericano.⁴⁷

En un caso relativamente similar contra Brasil, la Comisión declaró inadmisibile la petición porque consideró que una regresión frente al goce de la pensión era proporcionada en las circunstancias del caso concreto.⁴⁸ 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”, pasaron a estar obligados a pagarlo, al igual que todos los demás funcionarios públicos activos. La Comisión Interamericana cons-

⁴⁷ Cabe anotar que el comisionado Paolo Carozza hizo un voto concurrente razonado rechazando 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 las de actores políticos internos, quienes estarían en mejores condiciones de tomar tales decisiones y que por lo general —en sistemas democráticos— tienen que rendir cuentas a sus representados. Al reconocer el principio de subsidiariedad, una entidad internacional como la Comisión debería ser considerada singularmente inidónea para hacer un análisis y revisión detallados de tales decisiones sociales”.

⁴⁸ CIDH, contribución a la seguridad social de funcionarios públicos jubilados y pensionistas-MOSAP y otros, informe 132/09, inadmisibilidad, Brasil, 12 de noviembre de 2009.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

tató 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 declarado inadmisibles respecto a Polonia, 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”.⁴⁹

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

⁴⁹ 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 existente sistema de privilegios excepcionales”.

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 otra parte, 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 38 de 2009. Al respecto, en un informe de admisibilidad de 2009,⁵⁰ 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 seguridad social, se encuentra dentro del alcance del referido artículo [cita al Informe 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 precaria situación de protección en seguridad social y riesgos profesionales para los buzos miskitos,⁵¹ 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

⁵⁰ CIDH, Pensionados del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola-Bandesá, informe 102/09, admisibilidad, Guatemala, 29 de octubre de 2009.

⁵¹ CIDH, Opario Lemote Morris y otros (Buzos Miskitos), informe 121/09, admisibilidad, 12 de noviembre de 2009.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

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

Asimismo, en un informe de 2010,⁵² si bien se declaró inadmisibile 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. 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

⁵² CIDH, *Ivanildo Amaro Da Silva y otros*, informe 38/10, admisibilidad, Brasil, 17 de marzo de 2010.

alguna manera, cómo los ataques contra las 13 supuestas víctimas tenderían a caracterizar una violación de su derecho individual a una vivienda adecuada.

Como se observa, las interpretaciones efectuadas en el caso *Acevedo Buendía* y en el informe 38 de 2009, emitido por la Comisión han tenido un impacto en las decisiones sobre casos posteriores en la materia. A continuación haré referencia a otros desarrollos que intentaron complementar, consolidar o rechazar lo señalado en el caso *Acevedo Buendía*.

5. EL VOTO DE LA JUEZA MACAULAY EN EL CASO *FURLÁN* (2012)

En 2012, en el marco del caso *Furlán y familiares vs. Argentina*,⁵³ la jueza Margarette May Macaulay consideró que dicho caso podría haberse resuelto de mejor forma si se utilizaba una dogmática específica sobre derechos sociales a la luz de su justiciabilidad directa en el marco del artículo 26 de la Convención Americana. En dicho caso se analizó la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes incurrieron en una demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico del niño Sebastián Furlán, posteriormente adulto con discapacidad.

La jueza Macaulay retomó en su voto concurrente lo señalado previamente en el caso *Acevedo Buendía* e introdujo algunos argumentos complementarios en relación con los alcances del mencionado artículo. Señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”. Al respecto, resaltó que:

[...] al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención

⁵³ Corte IDH. *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C, núm. 246.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.⁵⁴

La jueza Macaulay precisó además que correspondía a la Corte actualizar el sentido normativo del artículo 26 y señaló que:

[...] lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.

⁵⁴ Únicamente 15 Estados han ratificado el Protocolo de San Salvador, disponible en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>

6. EL VOTO DEL JUEZ FERRER MAC-GREGOR
EN EL CASO *SUÁREZ PERALTA* (2013)
—REITERADO Y COMPLEMENTADO
EN LOS CASOS *GONZALES LLUY* (2015)
Y *CHINCHILLA SANDOVAL* (2016),
ENTRE OTROS—

En 2013, Eduardo Ferrer Mac-Gregor se incorporó como juez de la Corte Interamericana. El caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*⁵⁵ fue la primera sentencia que adoptó la nueva composición y en ella se decidió un caso de mala praxis médica contra Ecuador. Tal como lo he mencionado en la introducción, el mencionado juez utilizó un voto concurrente a esta sentencia como una oportunidad para hacer una detallada reconstrucción del debate doctrinal y jurisprudencial en relación con la justiciabilidad directa de los DESC a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El juez Ferrer Mac-Gregor otorgó especial valor a un diálogo con el derecho comparado en la materia, lo cual le permitió armonizar los debates interamericanos con los debates del derecho constitucional comparado sobre la justiciabilidad de estos derechos. De ahí que este voto constituya un punto de inflexión en la historia regional de este debate. En términos generales, este voto fue reiterado en casos posteriores, como *Canales Huapaya* y *Gonzales Lluy*, ambos de 2015.

El juez Ferrer Mac-Gregor tomó como punto de partida la idea según la cual el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, incluyendo los relativos al artículo 26,⁵⁶ entre los cuales se encuentra el derecho al de-

⁵⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

⁵⁶ 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, núm. 198, párr. 16: “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”, y así decide entrar al fondo del asunto al desestimar la excepción preliminar planteada por el Estado, precisamente sobre la supues-

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

sarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Dicha competencia se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo progresivo) del Pacto de San José, a través de distintas vías interpretativas, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando los artículos 34.i) y 45.h) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el art. 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances a los derechos sociales.

El juez Ferrer Mac-Gregor precisó que lo anterior no es incompatible con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que se refiere solo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad. En efecto, este artículo prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino que en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación, de conformidad con las particularidades de cada Estado.

En el marco de una interpretación evolutiva, el juez Ferrer Mac-Gregor resaltó que es necesario considerar los avances del derecho comparado —especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Estados parte, incluso de la tendencia en otros países del mundo—, así como una interpretación que analice el *corpus juris* interamericano en su conjunto, especialmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

ta incompetencia de la Corte IDH respecto del art. 26 de la Convención Americana.

Dicho juez justifica este razonamiento teniendo en cuenta que el enfoque de la “vía indirecta” no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos*.

Por otra parte, luego de retomar la justificación de la justicia-bilidad directa en el marco de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, el juez Ferrer Mac-Gregor resaltó que en el caso *Acevedo Buendía*, la Corte rechazó una excepción preliminar en razón de la materia, presentada por el Estado peruano, respecto a la falta de competencia de la Corte para decidir sobre un derecho no justiciable en los términos del Protocolo de San Salvador. En este punto, el Tribunal argumentó que 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 (art. 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*. 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*”. El juez Ferrer consideró que el Tribunal Interamericano, al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para conocer y resolver —incluso poder declarar violado— el artículo 26 del Pacto de San José.

Por otra parte, al interpretar sistemáticamente la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, el juez Ferrer Mac-Gregor resaltó que en ningún precepto del Protocolo de San Salvador se hace referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

Si mediante el Protocolo de San Salvador se pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH. En este punto, al aplicar el principio de interpretación más favorable no solo en relación con aspectos sustantivos de la Convención, sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, corresponde señalar que si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana. Por el contrario, una de las normas del Protocolo señala que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana. Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.

En el voto concurrente se señala que no es posible declarar la violación del derecho a la salud —o del derecho al trabajo en el caso *Canales Huapaya*— en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance de estos derechos sociales que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía con relación a este derecho, es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

Cabe resaltar que este voto emitido por el juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Suárez Peralta* fue reiterado en el caso *Canales Huapaya* (2015). En esta ocasión, el voto fue emitido conjuntamente con el juez Caldas. Un agregado en la argumentación sobre el tema

se hizo en el sentido de precisar respuestas contra argumentos, según los cuales la Convención Americana no consagraría derechos sociales, aduciendo que si estos derechos ya se encontraban en dicho tratado, los Estados parte hubieran preferido efectuar una enmienda del mismo para complementar o expandir el alcance de esos derechos —y no un protocolo—. En el voto conjunto concurrente a la sentencia en el caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú*, el juez Caldas y el juez Ferrer Mac-Gregor precisaron que era posible una interpretación distinta sobre la relación entre “tratados” y sus “protocolos” en el derecho internacional de los derechos humanos, tal como se puede observar en varios protocolos adicionales a tratados que establecen regulación complementaria a la materia desarrollada en el tratado respectivo, es decir que los protocolos no están restringidos a la consagración de derechos nuevos.⁵⁷ Y lo anterior lo consideraron válido a la luz de una interpretación sistemática de los artículos 26, 31 y 77 del Pacto de San José.

Similarmente, en el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (2016),⁵⁸ el juez estableció que el análisis de la Corte debió haberse concentrado en la violación del derecho a la salud de las personas que, además de estar en condición de discapacidad, están privadas de la libertad. Para llegar a dicha conclusión, el juez partió de la necesidad de adoptar un enfoque de derechos que considerara especialmente la situación de los sujetos en condición de discapacidad que, además, están privados de la libertad⁵⁹ —especialmente en relación con el derecho a la salud y a los deberes específicos derivados del mismo—, además de estudiar el deber de prevención en cabeza del Estado respecto de las condiciones carcelarias y su relación con el goce de derechos.

⁵⁷ Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015, especialmente párrs. 26-29. En dicho voto aludimos a ejemplos relacionados con Protocolos Adicionales al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁸ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 6.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

Así pues, aun cuando reconoce que es la primera vez que la Corte IDH se refiere al concepto de accesibilidad como deber del Estado en relación con las personas con discapacidad, del estudio de los hechos, resulta claro para Ferrer Mac-Gregor que la intersección entre las calidades de persona en condición de discapacidad y persona privada de la libertad configuraron una serie de tratos discriminatorios que, además, dieron lugar al nacimiento de obligaciones específicas relacionadas con los deberes del Estado de garantizar el pleno goce del derecho a la salud.⁶⁰

Así, en el caso concreto, el incumplimiento del deber del Estado de garantizar el acceso a las herramientas y medidas necesarias para proteger su vida y bienestar, aunado a la existencia de barreras físicas en el centro carcelario en el que se encontraba recluida la víctima y la omisión de atención por parte de los agentes de seguridad ante los padecimientos de la señora Chinchilla, determinaron la clara violación de su derecho a la salud, derecho que, a su vez, debió ser protegido como derecho autónomo por la Corte IDH, en lugar de haberlo sujetado a la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal.⁶¹

7. VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ ALBERTO PÉREZ PÉREZ EN EL CASO GONZALES LLUY (2015)

Desde 2013, el juez Pérez Pérez había anunciado su postura en contra de la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana. En particular, en el caso *Suárez Peralta*, el juez Pérez hizo un voto concurrente solo para resaltar que “las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general”.

Esta perspectiva es reforzada en la postura desarrollada por este juez en el marco del caso *Gonzales Lluy*. En su voto concu-

⁶⁰ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312, párr. 5.

⁶¹ *Idem*.

rente, el juez Pérez se refiere inicialmente a la falta de reconocimiento de los DESC en la Convención Americana. Para ello, diferencia entre “reconocimiento de derechos” y “régimen de protección”. Respecto al primer concepto, señala que “*la Convención Americana reconoce [...] derechos civiles y políticos, [...] derechos y libertades incluidos en el régimen de protección de esta Convención*”.⁶² El juez ata su análisis del régimen de protección con las competencias de la Comisión Interamericana (CIDH) y la Corte, de este modo señala las competencias de admitir y conocer comunicaciones en las que se aleguen presuntas violaciones de cualquier derecho reconocido por la CADH, así como la inadmisión de aquellas comunicaciones que no se refieran a derechos reconocidos. Sin embargo, a renglón seguido, el artículo 31 permite el reconocimiento de otros derechos y la inclusión de estos en el régimen de protección, bajo los procedimientos de los artículos 76 y 77 —enmiendas y protocolos—. Es por ello que el juez concluye que en el artículo 26 de la CADH “*no se reconocen o consagran los derechos económicos, sociales y culturales, sino que establece algo muy distinto: el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales*”.⁶³

Por otra parte, el juez Pérez utiliza los métodos de interpretación literal y complementan por medio de los trabajos preparatorios del Tratado y sus circunstancias de celebración. De esta manera, señala que el Protocolo de San Salvador proclama que “*las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble*”, además de que este protocolo “*reconoce numerosos derechos económicos, sociales y culturales*”, pero “*solo incluye en el régimen de protección de la Convención Americana a dos de ellos (en un caso solo parcialmente)*”.⁶⁴ De igual forma, el juez usa los trabajos preparatorios, señalando que “*la caracterización de esos antecedentes*” hecha en el caso *Acevedo Buendía* “*no es correcta*”. En particular, señaló que se citaron fragmentos de la intervención de

⁶² Voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez a la sentencia del *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 3.

⁶³ *Ibidem*, párr. 9.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 13.c.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

cuatro Estados sobre un total de 23, para señalar la intención de mencionar expresamente el carácter de *derechos* de los DESC, así como incluir disposiciones que establezcan su obligatoriedad, y mecanismos de promoción y protección. Para el juez Pérez, tras transcribir apartados de la intervención de Uruguay, Chile, Argentina, México, Guatemala y Brasil, “*en ningún momento se propuso la inclusión de los derechos económicos sociales y culturales en el régimen de protección previsto por la Convención*”.⁶⁵

Por otra parte, el juez Pérez se opone al uso de la interpretación progresiva, considerando que este método de interpretación solo es posible para aclarar el alcance de un derecho u obligación estatal ya existente e incluida en el régimen de protección. En similar sentido, considera que no es posible utilizar la competencia de la competencia para añadir derechos, lo cual le compete a los Estados: “La competencia de decidir en cada caso concreto si tiene o no competencia no significa que la Corte pueda modificar el alcance y el sentido de la competencia que le asignan las disposiciones de la Convención”.⁶⁶

8. VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ SIERRA PORTO EN EL CASO *GONZALES LLUY* (2015)⁶⁷

Luego de tres años como juez interamericano, el juez Humberto Antonio Sierra Porto emitió su primer voto particular en 2015 al decidirse el caso *Gonzales Llyu*. En ese momento, dicho juez también se desempeñaba como presidente del Tribunal. Su postura se concentró en el análisis del alcance del artículo 26 de la Con-

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 21.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 8.

⁶⁷ Los votos de los jueces Sierra Porto y Pérez Pérez reúnen la gran mayoría de argumentos en contra de la justiciabilidad de los DESC a la luz del art. 26. A nivel doctrinal, el mejor artículo que desarrolla críticas contra el caso *Acevedo Buendía* y que rechaza una interpretación amplia del art. 26 para permitir la mencionada justiciabilidad es el siguiente: 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”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 156-183.

vención. Existía mucha expectativa en esta materia, teniendo en cuenta que el juez Sierra también se había desempeñado como magistrado y presidente de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se había manifestado activamente a favor de la justicia-bilidad directa de los derechos sociales, a pesar de los desafíos normativos que en esta materia generaban las disposiciones normativas de la Constitución colombiana. El voto del juez Sierra no solo analiza el debate interpretativo en torno a los alcances del artículo 26, sino que también ofrece argumentos sobre la “política judicial” que debería seguir la Corte IDH en relación con las tensiones entre el consentimiento de los Estados y la creatividad judicial en la interpretación evolutiva de la Convención. Esta es una tensión presente durante toda la historia de los órganos de protección del Sistema Interamericano.

En primer lugar, el juez Sierra señala que el artículo 26 de la CADH no consagra derechos, sino que establece la obligación de desarrollo progresivo de los DESC, así como el deber de no regresividad, además de que este artículo remite a *las normas económicas, sociales [...] contenidas en la Carta de la OEA*, Carta que tampoco reconoce derechos, sino que se constituye como “*un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región*”.⁶⁸

Asimismo, el juez se pronuncia en contra del argumento según el cual la Corte ya había reconocido que el artículo 26 consagra un catálogo de derechos, en la sentencia del caso *Acevedo Buendía*. Al respecto, alegó que en dicho caso no se declaró la violación del artículo 26 y su estudio fue exclusivo a la obligación de desarrollo progresivo. Por otra parte, la Corte no definió cuál fue el derecho vulnerado. En tercer lugar, el juez señala que, además, “*si se quisiera derivar algún tipo de justiciabilidad directa de la afirmación de que las obligaciones de respeto y garantía son aplicables al artículo 26 de la Convención, cabe recalcar que estas afirmaciones son un ‘obiter dictum’ de la sentencia*”.⁶⁹ Después de seis años de la adopción del fallo no se había hecho reiteración de este precedente jurisprudencial y, para Sierra, constituye una

⁶⁸ Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto a la sentencia del *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 7.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 10.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

sentencia problemática, al no mencionar el Protocolo de San Salvador, Protocolo que es determinante en la competencia de la Corte.

En este punto, sobre el Protocolo de San Salvador, el juez señaló que los Estados decidieron restringir la competencia respecto a la justiciabilidad de los DESC, lo cual no es contradictorio con el artículo 26 de la CADH, ya que la Corte podría conocer casos contenciosos sobre violaciones a la obligación de desarrollo progresivo. Agregó que la utilización de los métodos histórico, sistemático, teleológico, etc, tienen como requisito la ambigüedad de la norma, lo cual no ocurre con la norma del Protocolo (art. 19) que expresamente limita la competencia de la Corte en materia de DESC.

Por otro lado, el juez Sierra señaló que el uso del derecho comparado para fortalecer la interpretación evolutiva a partir de la realidad jurídica de varias constituciones nacionales de la región que reconocen la justiciabilidad directa de los DESC no es suficiente, ya que son “los mismos Estados los que tomaron la decisión de no garantizar una justiciabilidad directa en este artículo y, por el contrario, cuando crearon el catálogo de derechos mediante el Protocolo resolvieron limitar la competencia de la Corte”.⁷⁰ Para ello, los artículos 31, 76 y 77 de la CADH señalan que el reconocimiento de otros derechos “es posible mediante enmiendas o protocolos”.

Finalmente, el juez Sierra señala que el principio *pro homine* (o *pro personae*) tampoco favorece la decisión, debido a que este es aplicable únicamente cuando hay dos o más interpretaciones válidas y ciertas, y la justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 no es una interpretación válida, ya que se está intentando derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma.

Desde otro punto de vista distinto al estrictamente técnico-jurídico, el juez Sierra señala que no se ha demostrado la importancia de la justiciabilidad directa de los DESC, al no haberse probado que la justiciabilidad indirecta mediante la conexidad

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 28.

sea menos garantista.⁷¹ En segundo lugar, el juez señala que expandir la competencia de la Corte en materia de DESC, desconociendo la voluntad de los Estados, deslegitima la labor de la Corte y de sus líneas jurisprudenciales.⁷² Por último, el juez afirma que los tribunales de derechos humanos no pueden entrar a suplir las deficiencias democráticas de los países, sino que estos deben actuar en el marco de sus competencias.⁷³

Debe señalarse que esta opción donde se adelanta protección judicial de los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos por medio del principio de interdependencia ha sido criticada por autores que consideran que puede constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos.⁷⁴ En este sentido, 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—.

Un ejemplo relevante al respecto puede verse cuando los jueces Ferrer Mac-Gregor, Ventura y Caldas valoraron los problemas del uso de derechos civiles para analizar el caso *Gonzales Lluy*. Consideraron que, en el caso particular, el análisis del derecho a la salud como derecho autónomo hubiera permitido evaluar con mayor profundidad temáticas asociadas a la disponibilidad de antirretrovirales en determinadas épocas de política sanitaria en Ecuador, los problemas de accesibilidad geográfica por la necesidad de trasladarse de una ciudad a otra para lograr

⁷¹ *Ibidem*, párr. 31.

⁷² *Ibidem*, párr. 32.

⁷³ *Ibidem*, párr. 33.

⁷⁴ Sobre este punto, véase Melish, Tara, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 215-217, y “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.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

una mejor atención, entre otros aspectos. Los jueces concluyeron que en relación con este tipo de temas, su análisis a la luz del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, puede resultar limitado, dado que estos derechos no incorporan directamente cierto tipo de obligaciones asociadas específicamente al derecho a la salud. Por el entendimiento de la relación entre el derecho a la salud y los sistemas de salud, es importante para aplicar adecuadamente un enfoque de derechos respecto a estas temáticas de especial relevancia y sensibilidad para la región.⁷⁵

9. VOTO RAZONADO DEL JUEZ ROBERTO F. CALDAS EN EL CASO *CHINCHILLA SANDOVAL* (2016)

En 2013, al decidirse el caso *Suárez Peralta*, el juez Caldas no hizo manifestación alguna en relación con la justiciabilidad del artículo 26, manteniéndose con la mayoría, que consideraba pertinente el enfoque sobre el derecho a la salud basado en el derecho a la vida y a la integridad personal. Posteriormente, en el caso *Canales Huapaya y otros* emitido en 2015, el juez Caldas se adhirió al voto del juez Ferrer Mac-Gregor sobre la justiciabilidad directa del artículo 26. De ahí en adelante, lo que correspondía a estos dos jueces era encontrar al menos otros dos jueces que les permitieran consolidar una mayoría proclive a los derechos sociales en el marco de los tratados interamericanos.

Caldas se adhiere a las conclusiones alcanzadas en el fallo *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*,⁷⁶ pero considera que era necesario que la Corte IDH declarara la vulneración del derecho a la

⁷⁵ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor a la sentencia en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, al cual se adhirieron los jueces Ventura y Caldas. Sobre los desafíos que involucra el análisis entre derecho a la salud y sistemas de salud, se recomienda la consulta del informe que sobre el tema emitiera el Relator de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, Paul Hunt, así como el reciente libro de Yamin, Alicia Ely, *Suffering and the Struggle for Dignity: Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press; 2016.

⁷⁶ Voto razonado del juez Roberto F. Caldas. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312. CIAR

salud a la luz de lo dispuesto en los artículos 26 de la Convención Americana y el 10.1 del Protocolo de San José.

Así, para Caldas, la referencia indirecta al derecho a la salud que se hace en el fallo desvirtúa y desnaturaliza dicho derecho, en la medida en que lo concibe como un supuesto fáctico esencial para la determinación de la vulneración del derecho a la vida o la integridad personal —enfoque característico de la protección de derechos sociales a través de la conexidad con otros derechos—: en lugar de identificar la vulneración del mismo como derecho autónomo e independiente, la ubica como paso o etapa necesaria para la configuración de la vulneración de otros derechos ya mencionados.⁷⁷

Así las cosas, Caldas establece que el derecho a la salud, en su calidad de autónomo, debe ser protegido de forma directa, evitando sujetar su garantía a otros derechos comúnmente reconocidos como principales e independientes. Bajo esa órbita, del estudio de los antecedentes históricos de lo que denomina como la “división de los derechos humanos en Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁷⁸ permite evidenciar la forma en que aspectos contextuales determinaron el grado de justiciabilidad asignado a cada tipo y dejan claras las dudas existentes sobre la verdadera interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.⁷⁹

10. EL CASO *LAGOS DEL CAMPO* Y LOS VOTOS DE LOS JUECES FERRER MAC-GREGOR, CALDAS, SIERRA Y VIO

Tal como se ha descrito en este artículo, después de 38 años de existencia de la Corte IDH, se emite el caso *Lagos del Campo*. La víctima había sido despedida el 1 de julio de 1989 como consecuencia de las declaraciones realizadas durante una entrevista para una revista. La entrevista fue realizada cuando era presidente electo por la Asamblea General del Comité Electoral de la Co-

⁷⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 5.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

munidad Industrial de la empresa, donde había laborado como obrero por más de 13 años. En dicha entrevista denunció, *inter alia*, que el Directorio de la empresa presuntamente habría empleado el “chantaje y la coerción” para llevar a cabo “fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral”. Las mencionadas elecciones fueron posteriormente anuladas.

La empresa formuló cargos en contra de la víctima por falta grave de palabra en agravio del empleador. Posteriormente comunicó la decisión de despido, alegando que no se había logrado desvirtuar los cargos. La víctima demandó ante la jurisdicción laboral, pero le fueron denegados sus reclamos y se vio imposibilitada para acceder a los beneficios de seguridad social que dependían de su empleo.

La víctima tuvo que esperar 27 años para obtener justicia en su caso. La Corte IDH analizó la violación de la libertad de expresión en contextos laborales, especialmente respecto de quienes ejercen un cargo de representación. Se precisó el nivel reforzado de estas declaraciones por su carácter de interés público y la forma como la sanción impuesta resultaba innecesaria en el caso concreto. En relación con la vulneración a la libertad de asociación, la Corte sostuvo que la protección de este derecho en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores.

En relación con la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana respecto de los derechos laborales protegidos por la misma, la Corte observó que los términos de este artículo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. El Tribunal Interamericano derivó de la Carta y de la Declaración Americana el derecho al trabajo y su necesidad, y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”.

Como se observa, uno de los más importantes aportes de esta decisión lo constituyó el darle fuerza normativa actual a un docu-

mento internacional adoptado en 1948: la Declaración Americana. Ya en 1989, la Corte Interamericana había señalado que esta Declaración era fundamental para concretizar el contenido de la Carta de la OEA. Solo en 2017 esta precisión adquiere la importancia que merecía, el lugar que la historia le había concedido en 1969. En efecto, al adoptar la Convención Americana, los Estados parte de dicho tratado hicieron una remisión a la Carta de la OEA para destrabar la falta de consenso respecto a la forma de abordar los derechos sociales. En cierta medida, es posible inferir que este tipo de soluciones que buscan destrabar discusiones tienen como principal objetivo abrir la ruta para un camino que no es claro cuándo podrá definirse.

Ciertamente, y ello es donde los votos del juez Ferrer Mac-Gregor adquieren relevancia, ese camino podría abrirse teniendo en cuenta los desarrollos alcanzados por varios de los más altos tribunales de los Estados parte. Es aquí donde considero que la continuación de la “novela en cadena” impulsada por el juez Ferrer Mac-Gregor tiene un rol muy importante. Porque lo que faltaba era que esa trama abierta en los sesenta, y continuada en los ochenta con la opinión consultiva sobre la naturaleza de la Declaración Americana, fuera continuada en su justa medida con lo que las prácticas de los tribunales de los Estados parte vienen haciendo para hacer realidad el rol que los jueces deben tener para tratar de enfrentar la injusticia radical derivada de la pobreza extrema.

En otras palabras, en 1969 se estableció un camino para construir una narrativa sobre los DESC en el Sistema Interamericano. Y solo en 2017 se toma en serio la existencia de una puerta para abrir la discusión y para construir la presencia del Sistema Interamericano en esta particular forma de impulsar la construcción de la democracia a partir de la justicia social.

Por otra parte, la decisión en el caso *Lagos* implica tomar en serio y con todas sus implicaciones lo previsto en el artículo 29.d de la Convención Americana, cuando se señala que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

La Corte también mencionó que el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto *corpus iuris* internacional. Ello fue verificado en el caso peruano, a través de una constatación sobre lo dispuesto a nivel constitucional y legal sobre estabilidad laboral. Queda abierta la discusión respecto a qué pasaría en aquellos casos donde el Estado parte demandado no tenga previsiones constitucionales y legales sobre el derecho social involucrado. ¿Puede ello obstaculizar la proyección del artículo 26 en todas sus dimensiones? Una interpretación integral de lo decidido por la Corte permite inferir que la interpretación respectiva no está anclada al desarrollo legal nacional sobre el tema, dado que de lo que se trata es del cumplimiento de la obligación convencional. Sin embargo, y particularmente en el tema de derechos sociales, adquiere especial relevancia la situación nacional en relación con el derecho social respectivo, razón por la cual este es un tema que ameritará especial desarrollo posterior.

La Corte precisó los alcances del derecho al trabajo en el marco del artículo 26 de la Convención Americana. En particular, determinó que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traducen, en principio, en los siguientes deberes: *a)* adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; *b)* proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado, *c)* en caso de despido injustificado, remediar la situación —ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional—, y, por ende, *d)* el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos. La Corte precisó también que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador, a fin de que, en caso de despido, este se realice bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello, el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades

internas, quienes verificarán que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

En el caso concreto, el Tribunal Interamericano constató que el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros. Por ende, no se le reinstaló en su puesto de trabajo, ni recibió ninguna indemnización ni los beneficios correspondientes. Con motivo de ello, el señor Lagos del Campo perdió su empleo, la posibilidad de acceder a una pensión por jubilación, así como la de ejercer sus derechos como representante de los trabajadores. Tal incidente tuvo como consecuencia ciertas repercusiones en su vida profesional, personal y familiar. A partir de ello se derivó la violación del derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

Cabe resaltar que como consecuencia del despido, el señor Lagos del Campo no pudo continuar con sus labores de representación de los trabajadores, no pudiendo acudir a la reunión que él mismo, en ejercicio de sus funciones, había citado antes de ser despedido, y que tampoco pudo continuar perteneciendo a la Comunidad Industrial, al ya no formar parte de la empresa como trabajador.

La Corte también declaró que, en el marco de la libertad de asociación, los derechos derivados de la representación de los intereses de un grupo tiene una naturaleza dual, pues recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación, como en el derecho de la colectividad de ser representada, por lo que la violación del derecho del primero —el representante— repercute en la vulneración del derecho del otro —el representado—. Se reconoció como violación el haber privado a los trabajadores de la Comunidad Industrial de la representación de uno de sus líderes, en especial en la elección que habría tenido lugar bajo su supervisión como presidente del Comité Electoral. De igual forma, la Corte advirtió que el despido del señor Lagos del Campo, al haber sido realizado en represalia por sus labores de representación, pudo tener un efecto amedrentador e intimidante en los demás miembros de la Comunidad Industrial. En vista de lo anterior, concluyó que el Estado es responsable por la

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

violación de los artículos 16.1 y 26 en relación con los artículos 1.1, 13 y 8 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

Los jueces Ferrer Mac-Gregor y Caldas emitieron votos respaldando el avance jurisprudencial hacia la justiciabilidad directa de los DESC. Asimismo, desarrollaron argumentos para defender la relación existente entre el derecho de asociación del artículo 16 de la Convención Americana y el derecho de asociación en materia laboral, consagrado en artículo 26 del mismo texto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 45.c de la Carta de la OEA.

En particular, el juez Ferrer Mac-Gregor reiteró que la interpretación evolutiva del artículo 26 abre paso a la “justiciabilidad plena y directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”,⁸⁰ y a la protección de derechos no establecidos expresamente en la Convención —consagrados en el artículo 19.6—, además de que se refiere —por primera vez— a la protección de la libertad de asociación en materia laboral —sin ligarla obligatoriamente a los derechos y protecciones existentes en materia sindical—, en la medida en que se aborda, por primera vez, el estudio de la violación del ya mencionado artículo 26 bajo el marco del artículo 29, dando lugar al nacimiento de una obligación en cabeza del Tribunal de remitirse a la Carta de la OEA para alcanzar la efectividad plena de todos los DESC. El juez Caldas precisó el alcance que el principio *iura novit curia* tiene en estos casos controvertidos donde ciertos derechos no se involucraron en la litis desde el informe de admisibilidad emitido por la Comisión Interamericana.

Ahora bien, para el caso concreto, Ferrer Mac-Gregor concuerda con que los derechos incluidos en el artículo 16 no solo reconocen a los sindicatos y a sus representantes y miembros, sino además a las asociaciones de trabajadores. Así, aun cuando no se pueda encuadrar el caso *Lagos del Campo* en el supuesto de los artículos 8.1 y 19.6 de la Convención, dado que no se trata de un líder o miembro de un sindicato, sino de una asociación de trabajadores, protegida expresamente en el artículo 45.c de la Carta de la OEA, la decisión de proteger el derecho de defensa y

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 1.

promoción de intereses de los trabajadores mediante asociación a través del artículo 26 del Pacto de San José evita que dicho derecho se quede sin protección.

En conclusión, el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor demuestra que no en todos los casos, las vulneraciones de los derechos sociales suponen obligatoriamente evaluaciones de progresividad o no regresividad, sino que, por el contrario, deben considerarse las obligaciones estatales que emanan de los deberes de respeto de dichos derechos como principales y autónomos.⁸¹

Las disidencias al caso *Lagos del Campo* fueron desarrolladas en un voto del juez Sierra (que complementa sus argumentos contra el art. 26, expuestos en el caso *Gonzales Lluy*) y un voto del juez Vio.

Es interesante analizar el punto de partida del juez Sierra, dada su particular condición de haber sido previamente juez de un Tribunal Constitucional y, en la actualidad, juez de un Tribunal Internacional de Derechos Humanos. El juez Sierra señaló que había defendido plenamente la justiciabilidad directa de los DESC en el marco de los campos de acción de la Corte Constitucional de Colombia. Cabe recordar que él fue el magistrado ponente de la primera sentencia de dicha Corte Constitucional en la que se argumentó a favor de superar la doctrina según la cual el derecho a la salud solo era exigible por vía de tutela por su conexidad con el derecho a la vida y a la integridad.⁸² Esta es una discusión muy parecida a la de la justiciabilidad indirecta de los DESC en el Sistema Interamericano, a través del desarrollo de un concepto amplio de vida digna.⁸³

Sin embargo, el juez Sierra precisó que una cosa es el compromiso con los derechos sociales en el derecho constitucional comparado, y otra diferente el alcance que se le quiera dar a la

⁸¹ *Ibidem*, párr. 51.

⁸² Sentencia T-1079 de 2007 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, relacionada con la transmutación de derechos sociales en derechos subjetivos directamente exigibles.

⁸³ El alcance del derecho a la vida digna en la jurisprudencia interamericana puede verse en Parra Vera, Óscar, *op. cit.*

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

interpretación y aplicación de un tratado como lo es la Convención Americana. Desde su punto de vista, el artículo 26 de la CADH no contiene un catálogo de derechos, sino, al contrario, la obligación de la Corte IDH de supervisar el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo en cabeza de los Estados.⁸⁴ La lectura de derechos que se está haciendo en la sentencia emitida en el caso *Lagos* supondría un fuerte ejercicio interpretativo pues, aun cuando la Convención hace referencias al derecho al trabajo, no sucede aquello en el caso de la estabilidad laboral.

Así, la Convención en sí misma no desarrolla ni remite a instrumentos internacionales diferentes a la Convención, por cuanto no puede hablarse de un catálogo de derechos de los que fácilmente pueda derivarse la determinación de responsabilidad del Estado en la vulneración de los mismos. Es este punto el que preocupa al juez Sierra Porto, en el sentido de que la argumentación aplicada abre paso a la modificación del sistema de determinación de competencia de la Corte, así como del nacimiento de la posibilidad de que se establezcan nuevos catálogos de derechos protegidos a la luz de la CADH, en el caso concreto, de los DESC, en contravía de la voluntad de los Estados de rechazar u omitir la justiciabilidad de los mismos en los términos de lo dispuesto en el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de DESC (“Protocolo de San Salvador”).⁸⁵

Por otro lado, el juez Sierra indicó que la sentencia omite motivar claramente las razones que llevan al cambio de precedente jurisprudencial, desconociendo la seguridad jurídica y la aplicación del principio de igualdad, amenazando la legitimidad y autoridad de la Corte IDH frente a los Estados.⁸⁶

La otra disidencia fue impulsada por el juez Eduardo Vio Grossi. Este juez resaltó que no compete a la Corte IDH modificar la Convención, sino más bien, su función es aplicar e interpretar la Convención aplicando los criterios de interpretación a la luz de la voluntad de los Estados expresada en la adopción de dicho instrumento y de las necesidades que nacen de nuevos escena-

⁸⁴ *Ibidem*, párrs. 7 y 8.

⁸⁵ *Ibidem*, párrs. 13-14, 18.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 37.

rios fácticos y jurídicos.⁸⁷ Por esta vía, argumenta que, aun cuando los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales están reconocidos en la Carta de la OEA y las leyes nacionales de los Estados, el hecho de que no se deriven de la Convención y no exista un Protocolo que contemple su inclusión en el texto convencional o la posibilidad de que puedan ser alegados ante la Corte IDH supone que no forman parte de la misma y no podrían ser protegidos o judicializados a través de dicho órgano.⁸⁸

Seguidamente, el juez Vio Grossi revisó las disposiciones de la Carta de la OEA evocadas en la sentencia de la Corte para concluir que las mismas no establecen derechos judicializables internacionalmente, sino principios establecidos para lograr metas o alcanzar objetivos en materia de desarrollo económico y social que, a su vez, dan lugar al nacimiento de obligaciones de comportamiento estatal en relación con los individuos bajo su jurisdicción.⁸⁹ En ese sentido, indicó, resulta evidente que a través del artículo 26 la Convención otorga un trato diferenciado a los DESCA, distinguiéndolos del régimen de protección del que gozan los Derechos Civiles y Políticos,⁹⁰ en lo cual Vio se enmarca en los argumentos de rechazo expuestos previamente por el juez Alberto Pérez en el caso *Gonzales Lluy*.

11. CONCLUSIONES

Tuvieron que pasar más de 37 años de funcionamiento de la Corte Interamericana para que en un caso contencioso decidido en 2017 se diera el paso hacia darle plena fuerza normativa a la Convención Americana y se declarara la justiciabilidad directa de su artículo 26, no solo en su faceta de progresividad, sino también en sus componentes asociados a las obligaciones de respecto y garantía de los DESCA. Sorprende que se haya necesitado tanto tiempo para que se desarrollara un avance judicial en esta materia tan importante, debido a la grave crisis de pobreza, extrema

⁸⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 15.

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

pobreza, inequidad y exclusión social en la región. En el presente texto, a través de la reconstrucción de la postura de diversos jueces interamericanos en los últimos siete años, he querido resaltar que el paso dado en el caso *Lagos del Campo* está relacionado con la necesidad de hacer visibles los argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad del artículo 26, razón por la cual es de especial valor el camino trazado por diversos votos del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor a partir de su contribución inicial en el caso *Suárez Peralta*, emitido en 2013.

El aporte del juez Ferrer Mac-Gregor estuvo anclado en reconstruir y redefinir la “novela en cadena” en torno a la justiciabilidad directa del artículo 26. Ello permitió sumar fuerzas a esta causa, inicialmente a través de los jueces Ventura y Caldas y, finalmente, a través de la mayoría de cinco jueces que en el caso *Lagos del Campo* permitió dar este histórico paso: Caldas, Ferrer Mac-Gregor, Odio, Zaffaroni y Pazmiño. Lo que esta mayoría ha hecho es honrar la metáfora de la novela en cadena que plantea Dworkin y que reseñé al comienzo de este escrito: los jueces pueden y deben contar una historia en la que retomen una narración que otros jueces han ido construyendo. Ello incluye la posibilidad de volver a vacíos de la historia, explorar espacios no desarrollados a profundidad y atar cabos sueltos que estaban pendientes.

Esa es la mayor virtud del caso *Lagos del Campo*. En 1969, al adoptarse la Convención Americana, se presentó un debate entre Estados que resulta relevante entender y reinterpretar una y otra vez a la luz de las circunstancias actuales. Aun hoy los derechos sociales son una deuda pendiente del Sistema Interamericano y lo que corresponde, en el marco de la novela en cadena, es impulsar la interpretación más ambiciosa en términos normativos para hacer frente a los niveles extremos de injusticia social que los Estados de las Américas están enfrentando.

En este trabajo no desconozco que existan buenos argumentos tanto a favor como en contra de la justiciabilidad del 26, tal como lo demuestran los votos emitidos por Pérez, Vio y Sierra. Como lo he expuesto con detalle, el hecho de que no se haya aceptado la justiciabilidad directa obedece, en últimas, a visiones sobre los alcances de la interpretación jurídica en el derecho in-

ternacional. En efecto, aquellas visiones que enfatizan el carácter expreso e inequívoco del tipo de consentimiento estatal al momento de firmar un tratado, otorgaran especial valor a la no justiciabilidad directa. Asimismo, es cierto que el Protocolo de San Salvador, que estaba llamado a resolver los problemas derivados de la ambigüedad de la Convención Americana en la materia, terminó siendo el principal obstáculo para dar un paso firme hacia la justiciabilidad directa. Lo que hace el caso *Lagos del Campo* es defender la postura en la cual el Protocolo de San Salvador no está llamado a restarle fuerza normativa a lo ya previsto en la Convención Americana.

El aporte más relevante del caso *Lagos del Campo*, y en ese sentido la promesa que este caso involucra, se relaciona con la forma como debe redefinirse el litigio ante la Corte Interamericana y, en particular, el trabajo de la Comisión Interamericana en esta materia. No es un asunto menor que el caso *Lagos del Campo* haya surgido precisamente en el año en el que ha sido creada una Relatoría Especial de la Comisión Interamericana en Materia de DESC. En cierta medida, la institucionalidad interamericana está intentando, por vías interpretativas y de diseño institucional, ofrecer el mejor piso para repensar integralmente el entendimiento que tenemos de los DESC y la necesidad de construir toda una dogmática específica respecto a estos derechos, aún inexistente en el Sistema Interamericano.

Es tarea de la Comisión Interamericana seguir remitiendo casos a la Corte que permitan mayores y mejores debates posteriores en esta materia. En todo caso, en mi opinión, existen las bases para impulsar fallos que no reproduzcan los falsos supuestos respecto a las diferencias entre derechos civiles y políticos y DESC. Entre los principales problemas a superar se encuentra el no analizar cada derecho social a la luz de conductas estatales específicas en las que se debe concretar la obligación de respeto y garantía respecto a estos derechos. En lugar de analizar si una respectiva situación se enmarca en el derecho a una vida digna o el derecho a la integridad personal, lo que corresponde ahora es valorar a profundidad la relación de un derecho social con la política social y el sistema institucional que permite su realización. En este punto, lo que corresponde es analizar los componentes de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...

derechos sociales, los debates específicos de progresividad que ameritan algunos casos y, en otros escenarios, incluso los debates de obligaciones mínimas y contenido esencial en derechos sociales. Será necesario involucrar, tanto en el litigio como en la jurisprudencia, estándares basados en juicios de proporcionalidad y razonabilidad sobre medidas arbitrarias que vulneran los derechos sociales.

No desconozco que existe un conflicto genuino respecto a cómo interpretar el artículo 26 de la Convención. Sin embargo, considero que debería ser prevalente una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo de las relaciones entre los artículos 1.1 y 2 con el artículo 26, asumiendo que el Protocolo de San Salvador no puede restar valor normativo a dicho artículo 26 si expresamente no se planteó tal objetivo. La interpretación evolutiva que proyecta el caso *Lagos del Campo* busca entonces otorgar eficacia real a la protección interamericana en esta materia, que luego de 29 años del Protocolo de San Salvador es mínima y requiere de una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto.

Otra esperanza está depositada en que el caso *Lagos del Campo* se consolide. Ello implica su reiteración en jurisprudencia posterior y la construcción de argumentos más detallados sobre lo que implica el enfoque de la justiciabilidad directa en derechos sociales. *Lagos del Campo* es apenas un primer paso, mínimo, pero inmensamente necesario y difícil, lo cual se evidencia en los casi 40 años que tomó el asumir en su integridad el camino necesario para tomar en serio los derechos sociales.

Los votos emitidos entre 2009 y 2017 por varios jueces interamericanos demuestran que en cada una de las posturas que desarrolla cada juez —y cada doctrinante— sobre el tema, lo que se devela es una visión sobre el rol de la Corte Interamericana como Tribunal regional de derechos humanos. Por ello, considero que la interpretación más amplia posible del artículo 26, que involucre el mayor rol para que el Tribunal Interamericano efectúe razonamientos exclusivamente basados en las obligaciones específicas asociadas a los derechos sociales, es un paso necesario para que el Sistema Interamericano se tome más en serio la

ÓSCAR PARRA VERA

catástrofe social que vive América Latina. Esta catástrofe social exige la mayor creatividad y rigurosidad posible en las interpretaciones judiciales, a fin de que estas sean idóneas, proporcionadas y estratégicas para revertir la inequidad social, la extrema pobreza y la exclusión que empeoran cada día. *Lagos del Campo* es, entonces, una esperanza dirigida a que el análisis de derechos sociales entre con especial fuerza para dirigir a las autoridades nacionales hacia una toma en serio de tales derechos, como un camino decisivo para el fortalecimiento democrático.