

## Los argumentos sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador*: un antecedente del caso *Cuscul Pivaral*

Ramiro Ávila Santamaría\*

El caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, al declarar la violación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y considerar que el derecho a la salud es un derecho autónomo, es un hito en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Llegar a este precedente ha implicado un largo recorrido, que comienza con la redacción de ese muy ambiguo artículo en 1969, al que acompañaba una doctrina sobre derechos que negaba la exigibilidad jurisdiccional, que pasa por muchos debates, fallos restrictivos —como aquel de los “*Cinco Pensionistas*” vs. *Perú*—, referencias indirectas, votos salvados, alegaciones

---

\* Doctor en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco. Máster en Derecho por la Universidad de Columbia, Nueva York. Máster en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco-Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati. Abogado y licenciado en Ciencia Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Juez de la Corte Constitucional del Ecuador (2019). Ha sido director y docente de planta del área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Autor de varias publicaciones, entre ellas: *La utopía andina: la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (Madrid, Akal, 2019); *El neoconstitucionalismo andino* (Quito, Huapóni, 2016); *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito, UASB, 2013); *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito, Abya Yala, 2011), y *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, Corte Constitucional, 2010).

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

en audiencias, foros internacionales, desarrollo doctrinal, hasta llegar al caso *Cuscul Pivaral*.

Uno de esos casos en los que se debatió el alcance del artículo 26 de la CADH, tanto en audiencia como en los alegatos escritos y en votos salvados, fue *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante sentencia de 1 de septiembre de 2015. En este ensayo me permito resaltar esos argumentos esgrimidos, visibilizar muchos de los *amici curiae* y destacar los aportes a la discusión de dos excepcionales peritos que comparecieron al juicio: Christian Courtis, una de las personas que más ha estudiado y escrito sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), tanto desde la academia como desde el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), y Paul Hunt, exrelator de las Naciones Unidas para el derecho a la salud.

El caso *Cuscul*, siendo un avance importante e histórico, es un precedente inicial. Hay mucho que recorrer, pero la puerta está abierta. Muchas de las demandas realizadas en el caso *Gonzales Lluy* fueron reconocidas, pero no todas. De ahí la importancia de recapitular este caso, en cuya discusión se debatió de forma directa y abierta sobre los DESCA y se exigió la aplicación directa del artículo 26.

Este ensayo, que resume lo discutido en el caso *Gonzales Lluy* y alegado en audiencia<sup>1</sup> y por escrito,<sup>2</sup> está dividido en cinco partes: I. Un breve resumen del caso *Talía Gonzales*, de la sentencia y de la ejecución; II. La importancia de la exigibilidad directa y autónoma de los DESCA; III. La interpretación del artículo 26 de la CADH; IV. Los derechos reconocidos en el artículo 26, y V. Lo que resta después del caso *Cuscul Pivaral*.

### I. EL CASO TALÍA GONZALES LLUY

Talía Gabriela Gonzales Lluy, cuando tenía tres años y medio de edad, en 1998, acude a un hospital privado en el que solicitó in-

---

<sup>1</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Audiencia pública (partes I y II), <https://vimeo.com/125630336>; <https://vimeo.com/125856559>

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

## Los argumentos sobre los DESCA en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

mediatamente una transfusión de sangre. El único lugar en Ecuador donde se conseguía sangre para transfusión era la Cruz Roja, en donde, después de gestiones de la familia, se consiguieron donantes. Antes de la transfusión, la sangre no fue sometida a exámenes. Al realizar la transfusión a Talía la contagiaron con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). De ahí en adelante, la Cruz Roja negará públicamente la responsabilidad. La familia Lluy siguió un juicio penal que terminó en prescripción, reconociendo la existencia de un hecho delictivo y sin determinar responsables; un juicio civil, que es declarado nulo; un juicio de amparo constitucional por la expulsión de la escuela pública donde estudiaba, que es negado. El caso se hace público. Tanto Talía como su familia, después de los juicios, serán estigmatizadas y discriminadas en la escuela, el trabajo, en la sociedad y en todos los ámbitos de la vida. No recibirán atención estatal ni tendrán protección judicial alguna. Se endeudarán para atender sus necesidades vitales y de atención médica para Talía. La lucha por la vida y salud de Talía estuvo llena de deudas, discriminación y atención inadecuada e indiferente por parte del Estado.

Este caso se litigó ante la Corte IDH en 2015. En el caso se alegó que violaron los derechos a la vida digna, integridad personal, derechos de los niños, igualdad y no discriminación, garantías judiciales, protección judicial, derechos económicos, sociales y culturales, el derecho al acceso a la educación, las obligaciones generales a respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones del derecho interno, reconocidos en los artículos 1.1, 2, 4, 5, 8, 19, 24, 25 y 26, de la CADH, y el derecho a la educación reconocido en el artículo 13 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”.

La Corte IDH declaró la violación del derecho a la integridad física, y en este derecho volcó todo el contenido del derecho a la salud y los estándares respecto a la atención de personas con VIH y manejo de bancos de sangre. Por otro lado, en relación con el derecho a la educación, por primera vez la Corte IDH declaró la violación del Protocolo de San Salvador. Las reparaciones giraron en torno a brindar atención integral de salud a Talía, proveer educación superior y de posgrado con beca, así como una vivienda, ofrecer disculpas públicas y ordenar la publicación de la sentencia y una compensación económica.

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

La sentencia ha sido cumplida, en general, de forma satisfactoria. El Estado, con algunas deficiencias propias de un servicio público, está ofreciendo atención a la salud, ha publicado la sentencia, ha otorgado la beca en la Universidad, hizo un evento de disculpas públicas, ha entregado la vivienda y ha cancelado la compensación económica. La atención a la salud es una obligación permanente y la Corte IDH ha ido supervisando periódicamente la sentencia. A pesar de haber sido un caso paradigmático, el sistema de salud de Ecuador, en relación con esta enfermedad, sigue siendo deficiente y no ha logrado cambiar los esquemas de atención y satisfacción de los estándares establecidos en la sentencia para personas con VIH.

### II. LA IMPORTANCIA DE LA EXIGIBILIDAD DIRECTA Y AUTÓNOMA DE LOS DESCAs

Los derechos civiles y políticos (DCP) y los DESCAs, según lo ha señalado y recordado la Corte IDH, son indivisibles, interdependientes y “deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y *exigibles en todos los casos* ante aquellas autoridades que resulten competentes” (cursivas añadidas).<sup>3</sup> Si son indivisibles, entonces, se pueden exigir unos derechos en conexión con otros, tal como lo ha hecho la Corte IDH en relación, por ejemplo, con el derecho a la integridad física y la salud, el derecho a la propiedad y la identidad cultural o seguridad social. Esto ha practicado la Corte y ha permitido la declaración de violación de derechos de importantes hechos que atentan contra los derechos humanos relacionados con los DESCAs. Ahora bien, la pregunta es: ¿esta forma de interpretar tales derechos es la más efectiva para protegerlos, en general, y los hechos relacionados con el caso de Talía y familia, en particular? La respuesta es negativa por varias razones:

- a) *El derecho que mejor encuadra la solución del caso es la salud y no la integridad física.* Es más atinado invocar el de-

---

<sup>3</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 131.

## Los argumentos sobre los DESCAs en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

recho a la salud que el derecho a la integridad física. Sin duda, como afirmó categóricamente el perito Courtis, el derecho que mejor encuadra en la solución de este caso es el derecho a la salud.<sup>4</sup> En ningún caso, el Comité de Derechos Humanos lo asocia directamente con el derecho a la salud, simplemente porque tiene un contenido distinto y diferenciado. El derecho a la salud como tal, en cambio, ha tenido un desarrollo importante en la doctrina de las Naciones Unidas.<sup>5</sup> Además, algunos componentes de los derechos sociales no caben en el contenido de los derechos civiles y, “en este sentido, podría perderse la especificidad tanto de los derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo), como los derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”<sup>6</sup>

- b) *Cada uno de los derechos humanos tiene contenido propio.* Si bien los civiles y los DESCAs son interdependientes e indivisibles, cada uno de ellos tiene un contenido propio que ayuda a entender la dignidad humana. El derecho a la integridad física, como recordara el perito Courtis, se ha relacionado directamente con la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. En el marco de la doctrina desarrollada por el Comité de Derechos

---

<sup>4</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Audiencia pública, *cit.*, (1:34:42).

<sup>5</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15 (2013), sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24); Observación general 4 (2003), sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; Observación general 3 (2003), sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño; Observación general 14 (2000); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer sobre la mujer y salud, Recomendación general 24 (1999); Recomendación general 15 (1990), sobre la necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el SIDA. Esta doctrina ha sido sistematizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de salud, *El derecho a la salud*, Folleto informativo núm. 31, Ginebra, ALCNU-DH-OMS, 2008, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet-31sp.pdf>.

<sup>6</sup> Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los Derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011, p. 60.

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

Humanos, este ha desarrollado el derecho a la integridad física en dos observaciones generales, la 7 y la 20. En la Observación general 7,<sup>7</sup> el Comité encuadró el derecho a la prohibición de torturas y malos tratos (párr. 1), que se extiende a los malos tratos en la escuela y en la cárcel (párr. 2), y a la experimentación médica. En la Observación general 20,<sup>8</sup> el Comité incluye en la prohibición a los actos que causan dolor físico y moral (párr. 4), y explica la necesidad de tomar medidas para prevenir la tortura y los malos tratos y difundir este derecho (párr. 11). El derecho a la salud, en cambio, tiene relación directa con el más alto nivel posible de salud, con los servicios, acceso y prestaciones que de este se derivan.<sup>9</sup> Por ello, Hunt sostiene que resolver un caso sobre el derecho a la salud sin utilizar los DESCAs “[...] es como tratar de emprender una tarea manual difícil con una mano detrás de la espalda”<sup>10</sup> y, agregaríamos, como sostiene el Centro de Investigaciones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina y otro, que sin las normas que protegen los DESCAs, el artículo 26 de la CADH se tornaría ilusorio.<sup>11</sup>

c) *El derecho a la salud tiene contenidos definidos y consensuados.* El perito Hunt afirmó que es comprensible que

---

<sup>7</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general 7, de 30 de julio 1982. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), doc.HRI/GEN/1/Rev.9.

<sup>8</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, de 10 de marzo de 1992. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7).

<sup>9</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Audiencia pública, *cit.*, (1:33:28).

<sup>10</sup> Hunt, Paul, Declaración jurada de perito, de 6 de marzo de 2015, párr. 90.

<sup>11</sup> Pontificia Universidad Católica de Argentina, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos y la Clinique de Droit International des Droits de l’Homme de Aix-Marseille Université-France, Aplicación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Gonzales Lluy y familia vs. Ecuador*, de 4 de mayo de 2015, párr. H.

## Los argumentos sobre los DESCA en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

la Corte no haya aplicado de forma categórica el artículo 26 de la CADH porque “[...] el derecho a la salud era jurisprudencialmente inmaduro y no se comprendía a cabalidad. Sin embargo, hoy en día las legislaciones y la jurisprudencia nacionales e internacionales, las normas no vinculantes de la ONU, así como el saber académico sobre el derecho a la salud, son amplios y profundos”.<sup>12</sup> Es tan relevante el derecho a la salud, que parecería que es más importante y más adecuado establecer la relación de conexidad del derecho a la integridad física con el de la salud (si la indivisibilidad y la interrelación es de doble vía), dado que “[...] el derecho a la salud como un derecho humano en sí mismo, es condición, requisito y presupuesto para el ejercicio de los demás derechos”.<sup>13</sup> Además, como sostiene Courtis en su testimonio escrito, “[...] la guía más importante para entender estas cuestiones no tiene origen en desarrollo acerca del contenido de los derechos a la vida o a la integridad física, sino de los vinculados directamente con el derecho a la salud. En este sentido, parecería conceptualmente más adecuado utilizar el derecho a la salud como punto de inicio de análisis que efectúe la Corte”.<sup>14</sup>

### III. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26: LA PLENA EXIGIBILIDAD DE LOS DESCA

El artículo 26 de la CADH y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador deben ser plenamente exigibles y ser interpretados a la luz del artículo 29 de la CADH y de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios contemporáneos.

---

<sup>12</sup> Hunt, Paul, Declaración jurada de perito, *cit.*, párr. 89.

<sup>13</sup> Piovesan, Flávia y Gotti, Alessandra, “Protección del derecho a la salud en el sistema de protección universal de los derechos humanos”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, p. 760.

<sup>14</sup> Courtis, Christian, Versión escrita del testimonio pericial del perito Christian Courtis, ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del *Caso Gonzales Lluy (TGGL) vs. Ecuador*, acápite 6.2.

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

### 3.1. Prohibición de interpretación restrictiva

El artículo 29.a de la CADH establece en su encabezado y en el literal que “ninguna disposición” puede ser interpretada en el sentido de “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o *limitarlos en mayor medida* que la prevista en ella (cursivas añadidas)”.

La prohibición para limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho, según el artículo 29.b de la CADH, tiene relación con los derechos reconocidos por los Estados parte tanto en los convenios ratificados por el Estado como por sus leyes vigentes, que incluyen a las constituciones. De esta norma se deriva, por un lado, la prohibición de interpretación restrictiva, como acertadamente afirma el juez Ferrer Mac-Gregor invocando el caso de la “*Masacre de Mapiripán*” (párr. 188):

Una de las normas del Protocolo señala que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer 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* (cursivas añadidas).<sup>15</sup>

La interpretación de que solo son justiciables la libertad sindical y la educación, por constar expresamente esta afirmación en el Protocolo de San Salvador, y que, en consecuencia, cancela la justiciabilidad del artículo 26 y de otros derechos, al decir del perito Courtis, “[...] es incompatible con el artículo 29 de la Convención Americana: se emplea una norma posterior para limitar el alcance de una norma anterior, efectuándose así una interpretación *contra persona*, en lugar de una interpretación *pro persona* obligaría a integrar los elementos más garantistas de ambos instrumentos, en lugar de elegir la interpretación más restrictiva”.<sup>16</sup> En el mismo sentido se pronuncia César Rodríguez y Celeste Kaufman cuan-

---

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, cit. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 44.

<sup>16</sup> Courtis, Christian, Versión escrita del testimonio pericial del perito Christian Courtis, cit., acápite 6.3.



## Los argumentos sobre los DESCA en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

do afirman que “[...] dada la falta de claridad en la redacción del artículo 26, la Corte debe interpretarlo de la forma más favorable a los derechos de la peticionaria, que además es la interpretación más coherente con el estado actual del derecho internacional”.<sup>17</sup>

### 3.2. Interpretación evolutiva

En la interpretación evolutiva, la Corte IDH ha sido clara y reiterativa en considerar que los instrumentos de derechos son instrumentos vivos que tienen que adaptarse a las condiciones actuales. La Corte IDH ha sistematizado su jurisprudencia del siguiente modo:<sup>18</sup>

El Tribunal Interamericano ha reconocido que de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos— se puede desprender una interpretación evolutiva del Pacto de San José en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos,<sup>19</sup> lo que a su vez lleva a afirmar que los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos*, cuya interpretación tiene que acompañar la *evolución de los tiempos* y las condiciones de vida actuales.<sup>20</sup> Tal interpretación evolutiva, ha encontrado la Corte IDH, es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>21</sup> En este sentido, al interpretar la Convención Americana debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de

---

<sup>17</sup> Rodríguez Garavito, César y Kauffman, Ashley Celeste, *Amicus curiae* en apoyo del ESAP, 2015, p. 4.

<sup>18</sup> Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm 276, párr. 77.

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm 79, párr. 148.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 106.

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (cursivas añadidas).<sup>22</sup>

### 3.2.1. Evolución de la exigibilidad de DESCAs en cortes nacionales

El perito Courtis, en su comparecencia ante la Corte IDH, dividió la evolución de los DESCAs en dos grandes periodos: el primero comprende lo que se conoce como constitucionalismo social, que inicia en los años treinta y continúa hasta la expedición de las constituciones a partir del año 1989, y el segundo comprende el constitucionalismo latinoamericano después de las dictaduras de finales del siglo xx en adelante. En el primero, los DESCAs son programáticos y dependen exclusivamente de la voluntad política de los gobiernos, en el segundo, los DESCAs son plenamente exigibles. Su reconocimiento como derechos autónomos y plenamente exigibles tiene dos formas: una es la enumeración de los derechos en la Constitución —actualmente, 20 de los Estados parte, o sea, la mayoría, reconocen expresamente el derecho a la salud—,<sup>23</sup> otra es el desarrollo de criterios jurisprudenciales en materia de DESCAs de las más altas cortes nacionales, que son “miles” y en varios países: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú,<sup>24</sup> Venezuela. En todos ellos, además, el tema central ha sido el derecho a la salud y la jurisprudencia nacional se ha construido a partir del derecho internacional de los derechos humanos, “[...] que reconoce los derechos humanos sociales y culturales como verdaderos

---

<sup>22</sup> Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111, párr. 181; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107, párr. 184, y *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 104, párr. 189.

<sup>23</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, cit. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 75.

<sup>24</sup> Sobre las sentencias del Tribunal Constitucional y el análisis jurídico de la exigibilidad de derechos en Perú, véase Torres Zúñiga, Natalia, *Amicus curiae*, 2015.

## Los argumentos sobre los DESCAs en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

derechos”.<sup>25</sup> A nivel nacional, en los países de la región, los derechos sociales son claramente justiciables, como lo demuestra el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente.<sup>26</sup>

En el caso ecuatoriano, en la Constitución de 1929 aparecen los derechos sociales por primera vez. Previo a ello eran considerados programáticos y ni siquiera existían, salvo el *habeas corpus* para el derecho a la libertad de movimiento, una garantía constitucional. En 1998 se reconoce que todos los derechos son indivisibles, interrelacionados y de igual jerarquía, y también se reconoce el amparo constitucional para tutelar cautelarmente estos derechos. En el año de su emisión se refuerzan los principios y derechos de 2008 y se establece la acción de protección como juicio de conocimiento y la obligación de reparar integralmente los derechos.<sup>27</sup> Es decir, existe una evidente intención evolutiva en la protección de los DESCAs en la región.

### 3.2.2. Evolución de la exigibilidad de DESCAs en el sistema de las Naciones Unidas

En el sistema de las Naciones Unidas ha habido una evolución importante en relación con los DESCAs. Después de incorporar en un solo documento —la Declaración Universal de los Derechos Humanos— a los DCP y a los DESCAs, lamentablemente los derechos fueron llevados a convenios en dos documentos diferenciados, que se distinguían entre sí en la exigibilidad: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pac-

---

<sup>25</sup> Arango, Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, t. I, p. 76.

<sup>26</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *cit.* Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 77-87.

<sup>27</sup> Véase INREDH, Opinión sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el caso *TGGL y familia vs. Ecuador*, de 20 de abril de 2015; también los peritajes de Antonio Salamanca, Diana Murcia, Claudia Storini, y Pablo Alarcón y Pamela Aguirre, que destacan la evolución de la protección de derechos sociales, en particular entre la Constitución de Ecuador de 1998 y 2008. De igual modo, sobre el derecho a la educación, en el peritaje de Roxana Arroyo.

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

to Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

Sin embargo, en el numeral 5 de la Declaración de Viena se estableció categóricamente que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes e interrelacionados”,<sup>28</sup> lo que implica que todos los derechos, sin jerarquías, merecen igual atención, promoción y protección de parte de los Estados.

En diciembre de 2008 se aprobó, por parte de la Asamblea General de la ONU, el Protocolo Facultativo al PIDESC, que permite recibir comunicaciones contra el Estado por parte de particulares, haciendo de este modo que los DESCAs sean plenamente justiciables a nivel internacional.

De igual modo, otros mecanismos de las Naciones Unidas conocen de la violación de DESCAs, tales como el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño, aprobado en 2011, ante el Comité de Derechos del Niño.

Por otro lado, existe consenso entre los mecanismos de relatores y observaciones generales emitidas por los comités respectivos, que concluyen que los DESCAs son plenamente exigibles. Por mencionar una de las observaciones más pertinentes:

Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de *ofrecer recursos judiciales* en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la *provisión de recursos judiciales* y otros recursos efectivos. Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería *difícilmente sostenible* sugerir que las disposiciones indicadas son *intrínsecamente no autoejecutables* (cursivas añadidas).<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> ONU. Declaración y Programa de Acción de Viena. Resolución 48/12125, de junio de 1993.

<sup>29</sup> Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, U.N. Doc. E/1991/23, 1991, párr. 5.

## Los argumentos sobre los DESCAs en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

Más concretamente, en relación con el derecho a la salud, el Comité DESC ha determinado de forma categórica: “Toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del *derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos* u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional (cursivas añadidas)”.<sup>30</sup>

Por otro lado, en la misma Observación 3, el Comité interpreta la obligación de progresividad: “[...] el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo” y cita ejemplos en los que, dado su contenido mínimo, los DESCAs son de cumplimiento inmediato: dotar de alimentos esenciales, de atención primaria de salud, de abrigo y vivienda básica o de formas básicas de enseñanza.<sup>31</sup>

En suma, en términos sustantivos y procedimentales, tanto en contenido como en garantía, los derechos sociales han evolucionado, pasando de ser considerados derechos programáticos que solo requieren un mecanismo de informes, a ser concebidos como derechos plenamente exigibles que permiten denuncias particulares contra los Estados por su violación.

### 3.2.3. *Evolución de la exigibilidad de los DESCAs en el Sistema Interamericano*

La evolución de la exigibilidad en el Sistema Interamericano ha pasado por varias etapas: 1) la no aplicación e indiferencia a los DESCAs; 2) la aplicación tímida del artículo 26; 3) la exigibilidad indirecta, vía derecho a la integridad física o derecho a la propiedad, y para continuar con ese proceso evolutivo hacia una mejor protección, la Corte IDH podría determinar, en este caso, su 4) exigibilidad directa vía artículo 26 de la CADH. También, aunque

---

<sup>30</sup> Comité DESC, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), doc.HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1999, párr. 59.

<sup>31</sup> Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, *cit.*, párrs. 9 y 10.

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

solo lo enunciamos, el Sistema ha avanzado hacia 5) la exigibilidad de los DESCAs mediante el sistema de indicadores.

1. Invisibilidad de la exigibilidad del artículo 26: no ha sido invocada ni por la CIDH ni por las partes ante la Corte IDH. Este periodo llega hasta 2003.
2. Consideración tímida del artículo 26 de la CADH: la CIDH demandó específicamente su violación en el caso “*Cinco pensionistas vs. Perú* (2003), por considerar que el Estado tomó medidas regresivas en relación con el derecho a la seguridad social de los peticionarios. La Corte IDH desechó la pretensión considerando que los DESCAs tienen dimensión colectiva y que las víctimas eran un grupo muy limitado que no representaba la situación general prevaleciente (párr. 147). Este fallo ha sido criticado por considerar que establece un estándar muy alto para un litigio que es individual y porque no recogió el *corpus iuris* existente en relación con el derecho a la seguridad social. Por ello, se ha considerado que la Corte IDH realizó “una interpretación desacertada del artículo 26” y que el pronunciamiento no fue claro, dado que los DESCAs pueden tener dimensiones colectivas, pero también individuales.<sup>32</sup>

En el caso de las *Niñas Yan Bosico vs. República Dominicana*, se alegó la violación del artículo 26 y la Corte IDH mencionó que por el “[...] deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”, pero no declaró la violación de dicho artículo.

3. Exigibilidad indirecta de los DESCAs: la Corte IDH ha realizado ejercicios hermenéuticos creativos importantes para ampliar la comprensión y la protección de los derechos humanos en la región. Por mencionar algunos, en *Villagrán Morales vs. Guatemala* (1999), la Corte inter-

---

<sup>32</sup> Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, Memorial *amicus curiae*, 2015, p. 9.

## Los argumentos sobre los DESCAs en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

pretó el derecho a la vida en su dimensión positiva, que comprende “[...] el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna” (párr. 144); en *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2004), la Corte afirmó que el Estado tiene la obligación de proveer de asistencia de salud y educación a los adolescentes que están bajo su custodia atendiendo a la premisa de los Derechos del Niño consagrada en el artículo 19 de la CADH (párr. 160); en *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) consideró que el derecho a la vida tiene que interpretarse a la luz de algunos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador y del Convenio 169 de la OIT, y mencionó la obligación de progresividad contemplada en el artículo 26 de la CADH (párr. 163). De igual modo, en *Xakmok Kásek vs. Paraguay* (2010), la Corte dio contenido al derecho a la vida, considerando que la comunidad no había tenido acceso al agua, alimentación, servicios de salud y educación, y retomó estándares del Comité DESC. En *Albán Cornejo vs. Ecuador* y *Suárez Peralta vs. Ecuador*, la Corte IDH desarrolla importantes precedentes relacionados con el derecho a la salud, basados en doctrina del Comité DESC, a partir del derecho a la integridad física.

4. Plena exigibilidad de los DESCAs: el primer paso importante en el desarrollo del contenido del artículo 26 de la CADH lo da la Corte IDH en *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009). La Corte señaló que era competente para analizar todos los derechos, incluido el artículo 26 de la CADH, reconoció que existía la voluntad de los Estados para establecer la obligatoriedad de los DESCAs, que estos y los derechos civiles son interdependientes y que no hay jerarquía entre ellos, que las obligaciones generales derivadas de los artículos 1 y 2 son aplicables al artículo 26 e interpretó la noción de desarrollo progresivo de los derechos y la prohibición de regresividad (párrs. 99-102).

Cabe mencionar, como parte del desarrollo evolutivo de los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte IDH, los votos salvados y concurrentes, que suelen anunciar avances

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

progresivos de la jurisprudencia. Un primer voto destacable sucedió cuando el juez Piza, en 1984, estableció que:

[...] las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados derechos económicos, sociales y culturales en la medida y aspectos en que estos resulten razonablemente exigibles por sí mismos (como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la huelga.)<sup>33</sup>

En segundo lugar, ya de manera clara, categórica e inspiradora, el juez Ferrer Mac-Gregor, en 2013, estableció que

Partiendo de la premisa de que el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana incluyendo los relativos al artículo 26.<sup>34</sup>

Esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos.<sup>35</sup>

Y el juez concluye que “[...] el presente asunto tiene en relación directa y autónoma con el derecho a la salud”.<sup>36</sup> El juez Ferrer, en el mismo voto concurrente, explora otras argumentaciones basados en la doctrina internacional para llegar a la misma conclusión: el artículo 26 y los DESCAs son derechos exigibles. En este sentido, la Corte IDH no debería ya abstenerse de aplicar tal artículo.

---

<sup>33</sup> Corte IDH. OC-4/84. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva de 19 de enero de 1984. Voto separado del juez Rodolfo Piza, párr. 6.

<sup>34</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, cit. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 5.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párr. 7.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párr. 9.



## Los argumentos sobre los DESCAs en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

El siguiente y determinante paso es aplicar directamente el artículo 26. El caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* ofrecía el marco fáctico y existía la doctrina necesaria para hacerlo. Como afirmó el perito Courtis: “La Corte podría dar un pasito más y usar también el artículo 26 como fuente de decisión en estos casos”.<sup>37</sup> Ampliar y avanzar en la jurisprudencia no es un mero ejercicio académico o jurídico abstracto, sino que significa la ampliación de la protección para personas de carne y hueso que sufren en nuestra región por violaciones graves y serias a sus derechos a la salud, educación, seguridad social, entre otros. Es una cuestión de justicia social el avanzar en la jurisprudencia hacia la protección de los DESCAs.

En *Gonzales Lluy y otros* hubo un voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, en el que sostuvo que no era necesario aplicar el artículo 26 de la CADH, por existir norma expresa en el Protocolo de San Salvador y por considerar que la Corte IDH no podía suplir las deficiencias democráticas de los Estados. De igual manera, invocando el Protocolo de San Salvador, el juez Alberto Pérez Pérez también negó la aplicabilidad del artículo 26 y la interpretación progresiva de los derechos. Por su parte, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, junto con los jueces Roberto Caldas y Manuel Ventura, continuó con el desarrollo doctrinal sobre la necesidad de aplicar el artículo 26.

Como suele suceder con los votos que se adelantan al tiempo, como los realizados por Ferrer Mac-Gregor en este caso y en *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), afortunadamente se convirtió en sentencia en *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (2018).

5. Exigibilidad mediante indicadores: los Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, que han sido aprobados por la OEA y se encuentran vigentes desde 2012, y fueron elaborados por el Grupo de Trabajo para el análisis de los infor-

---

<sup>37</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Audiencia pública, cit., (1:31:00).

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

mes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, en virtud del artículo 19 del Protocolo,<sup>38</sup> han establecido que todos y cada uno de los DESCAs tienen dimensiones de cumplimiento progresivo y también de “efecto inmediato”, tales como la prohibición de la discriminación, el acceso al ejercicio de derechos y el acceso a la justicia.<sup>39</sup>

En cuanto al acceso a la justicia, el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador sostiene que todos los DESCAs son justiciables, al grado de que los Estados tienen la obligación de remover obstáculos para garantizar el acceso a tribunales y recursos de protección disponibles; reconocer los derechos del debido proceso, así como desarrollar los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos sociales individuales y colectivos.<sup>40</sup> Es decir, el órgano encargado de vigilar el Protocolo de San Salvador ya ha sostenido que los DESCAs son plenamente exigibles.

El mecanismo de supervisión de los derechos por indicadores y el Grupo de Trabajo ha recibido los primeros informes de los países. Es decir, los mecanismos de protección de los DESCAs en el Sistema Interamericano han evolucionado sustancialmente.

Cuando la violación de derechos tiene que ver con la eficiencia y eficacia de servicios y políticas públicas, sin duda, el mecanismo de indicadores de derechos puede ayudar a medir el cumplimiento de sentencias cuando se trata de aspectos tales como la entrega de medicinas, la prevención, el control de bancos de sangre, la universalidad en el acceso a servicios de salud para evitar la no repetición de violaciones a derechos y más.

No existe, pues, contradicción entre la evolución de los derechos a nivel nacional en las legislaciones de los países de la región, como tampoco a nivel de las Naciones Unidas y mucho

---

<sup>38</sup> OEA. Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador. Resolución OEA/Ser.D/XXVI.11 (2015), (Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, Indicadores DESC), [http://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores\\_progreso.pdf](http://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf)

<sup>39</sup> Grupo de Trabajo del Protocolo San Salvador, Indicadores DESC, párr. 42. Asimismo, Pautasi, Laura; Pérez, Laura Elisa y Piovesan, Flávia, *Amicus curiae*, 2015, p. 3.

<sup>40</sup> Grupo de Trabajo del Protocolo San Salvador, Indicadores DESC, párr. 50.

## Los argumentos sobre los DESCAs en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

menos a nivel del SIDH. En este último aspecto, el Protocolo de San Salvador no debe verse como contradictorio con la CADH, sino complementario. Si el Protocolo hace exigibles los derechos sindicales y a la educación, el artículo 26 de la CADH permite la exigibilidad del resto. Como afirma categóricamente Courtis: “[...] no hay contradicción entre ambos tratados, sino complementariedad.”

Finalmente, y para concluir, Courtis afirma que “[...] la evolución tanto internacional como constitucional comparada muestra una tendencia favorable a la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos justiciables”.<sup>41</sup>

### IV. LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 26

El artículo 26 de la CADH establece:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias... para lograr progresivamente la *plena efectividad de los derechos* que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (cursivas añadidas).

En principio, dicho artículo reconoce la existencia de derechos cuando determina que los *derechos* son derivados, y que estos emanan de la Carta de la OEA.

El primer paso para determinar los DESCAs consiste en identificar las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA. En ella encontramos:

- i) La naturaleza y propósito de la organización (cap. I): promover el desarrollo *económico, social y cultural* (art. 2.f), erradicar la pobreza crítica (art. 2.g).

---

<sup>41</sup> Courtis, Christian, Versión escrita del testimonio pericial del perito Christian Courtis, *cit.*, acápite 6.3.

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

- ii) Los principios reafirmados por sus miembros (cap. II): derecho de los Estados a elegir su sistema económico y social (art. 3.e), eliminación de la *pobreza crítica* (art. 3.f); la justicia y seguridad sociales son bases para la paz duradera (art. 3.j); “los Estados proclaman los *derechos fundamentales* de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (art. 3.l); la *educación* debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz (art. 3.n).
- iii) Las normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias, “Desarrollo integral” (cap. VII): el desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (art. 30), el desarrollo integral comprende los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (art. 31), el desarrollo debe contribuir a *la plena realización de la persona humana* (art. 33), consecución de metas básicas: distribución de ingreso, régimen equitativo de tierra, logro de *justicia social*, erradicación del analfabetismo, ampliación de oportunidades de educación, incrementar *disponibilidad de alimentos, vivienda adecuada, condiciones de vida sana, productiva y digna* (art. 34), todos los seres humanos tienen *derecho al bienestar material* y a su desarrollo espiritual (art. 45.a), el trabajo es un derecho y un deber social (art. 45.b) que asegura *la vida, la salud y un nivel económico decorosos* (art. 45 b.), *derecho a asociarse*, derecho a negociación colectiva y la huelga (art. 45 c.), desarrollo de una política eficiente de *seguridad social* (art. 45 h.) y “disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos” (art. 45 i.), los *derechos de los trabajadores* deben ser igualmente protegidos (art. 46), “Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso” (art. 47), los Estados miembros harán sus mayores esfuerzos para asegurar la *educación primaria, media y superior* (art. 49).

## Los argumentos sobre los DESCA en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

- iv) Finalmente encontramos principios y objetivos en las funciones del Consejo Integral (cap. XIII), que reiteran los principios y derechos del cap. III.

El segundo paso es traducir estos enunciados, principios y objetivos de política pública a derechos, cuando no los haya reconocido explícitamente. Abramovich y Rossi sostienen que aun cuando la Carta de la OEA los denomine principios u objetivos, “[...] el artículo 26 no apunta a la protección de esos principios, sino de los derechos que se derivan o se inferan de la Carta. La mención a la tutela de derechos en consecuencia es muy clara”.<sup>42</sup>

Para este ejercicio conviene recurrir a la Opinión consultiva sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la CADH, que expresamente determina:

Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que *la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere*, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.

[...]

Para los Estados Miembros de la Organización, *la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta*. La Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales (cursivas añadidas).<sup>43</sup>

Además, el artículo 29.d de la CADH prohíbe excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). Por otro lado, como bien afirman Abramovich y Rossi en su Memorial *amicus curiae*,

---

<sup>42</sup> Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, Memorial *amicus curiae*, cit., p. 5.

<sup>43</sup> Corte IDH. OC-10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

la DADDH “[...] consagró derechos económicos, sociales y culturales al igual que derechos civiles y políticos, negando en su texto la dicotomía artificial —tanto normativa como operativa— que posteriormente se estableció entre ellos”.<sup>44</sup>

De estas normas de la Carta más las determinadas en la DADDH se pueden derivar los siguientes derechos:

- A la educación: artículos 49, 34 h), 50, 47 de la Carta de la OEA y artículo XII de la DADDH.
- Al trabajo y los derechos laborales individuales y colectivos: artículos 45, 34 g), 45 g), 46 de la Carta de la OEA y artículos XIV y XV de la DADDH.
- A la seguridad social: artículos 45 h), 46, 3 j), 45 b), 2 g), 3 f), 34 de la Carta de la OEA y XVI de la DADDH.
- A la vivienda: artículos 34 k) y l) de la Carta de la OEA.
- A la alimentación: artículo 34 j) de la Carta de la OEA.
- A la salud: artículo 34 i) y artículo XI de la DADDH.
- Culturales: artículos 50, 30, 31, 47, 52 de la Carta de la OEA y artículo XIII de la DADDH.

En el caso de los países como Ecuador, que han ratificado el Protocolo de San Salvador, se debe considerar este instrumento para determinar los derechos establecidos en el artículo 26 de la CADH, bajo el principio de *lex specialis*.<sup>45</sup>

### 4.1. El alcance de las obligaciones previstas en el artículo 26 y el contenido de los DESCAs

El ejercicio hermenéutico para desarrollar el contenido de los derechos ya lo ha hecho la Corte IDH al recurrir al *corpus iuris* de los derechos humanos en reiterada jurisprudencia y también al desarrollar sus opiniones consultivas, más aún si se considera el mandato del artículo 29 b) en el sentido de no limitar los dere-

---

<sup>44</sup> Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, Memorial *amicus curiae*, *cit.*, p. 1.

<sup>45</sup> Véase Miño, María Dolores, “Human Rights for All”, aplicación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Gonzales Lluy (TGGL) y familia vs. Ecuador*, de 6 de mayo de 2015, p. 8.

## Los argumentos sobre los DESCAs en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

chos reconocidos en otra convención de la que sea parte uno de los Estados involucrados.

Una primera fuente a la que se debe recurrir es al Protocolo de San Salvador, en particular —como es el caso de la República de Ecuador— cuando los Estados son parte de dicho documento. En el Preámbulo del Protocolo se establece que “[...] existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena”. Además, en el mismo Preámbulo se afirma que “[...] resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos.” El Protocolo de San Salvador, sin duda alguna, desarrolla los derechos reconocidos y derivados del artículo 26.

Una segunda fuente importante que la Corte ha utilizado es la doctrina desarrollada por el Comité DESC a través de sus observaciones generales, en particular, en lo referente al caso, a la Observación general 3 que interpreta las obligaciones generales que se derivan del artículo 26 de la CADH, que es semejante al artículo 2.1. del PIDESC; la Observación general 13 sobre el derecho a la educación, la Observación general 14 sobre el derecho al más alto nivel posible de salud y la Observación general 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité de los Derechos del Niño ha desarrollado el derecho específico de niños y niñas con VIH en la Observación general 3, El VIH/sida y los derechos del niño. Además, un documento que goza de consenso mayoritario para conocer los estándares de derechos humanos aplicados a personas con VIH son las “Directrices internacionales sobre VIH/sida y los derechos humanos” (2006).

### 4.2. La progresividad del artículo 26 de la CADH

El artículo 26 de la CADH hace una referencia explícita al deber de progresividad. Una interpretación restrictiva podría con-

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

siderar que todos los DESCAs tienen naturaleza progresiva. Sin embargo, el Comité DESC ha sostenido con claridad y firmeza, en su Observación general 3, que todo derecho tiene dimensiones progresivas y de cumplimiento inmediato. Doctrinaria y jurisprudencialmente no hay duda al respecto. Como recuerdan Abramovich y Rossi, la progresividad implica gradualidad en el cumplimiento de obligaciones, prohibición de regresividad y cumplimiento inmediato de obligaciones mínimas y esenciales de los DESCAs.<sup>46</sup> En el mismo sentido, en este caso se han pronunciado mediante *amicus curiae* en cuanto a que en la plena efectividad de los DESCAs existen contenidos mínimos que “[...] no se encuentran regidos por la aludida progresividad. La observancia de ese contenido mínimo configura una obligación mínima o esencial del Estado de cumplimiento inmediato”.<sup>47</sup>

### 4.3. La intencionalidad estatal para reconocer la exigibilidad de los DESCAs

En cuanto a los países que han ratificado el Protocolo de San Salvador, como es el caso de gran parte de Estados de la región, la *intencionalidad* estatal es mucho más sencilla respecto al compromiso de respetar y garantizar los DESCAs. La remisión del artículo 26 a la Carta de la OEA tiene que ser traducida a la luz de la DADDH y del Protocolo de San Salvador. El posible argumento de que Ecuador, al ratificar la CADH, no quiso hacer exigible los DESCAs, perdería peso si uno realiza una interpretación contextual y evolutiva. Efectivamente, la ratificación de Ecuador en 1993<sup>48</sup> coincide con la tesis de que los DESCAs no son justiciables, cuestión que cambia

---

<sup>46</sup> Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, Memorial *amicus curiae*, cit., p. 6.

<sup>47</sup> Pontificia Universidad Católica de Argentina, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos y la Clinique de Droit International des Droits de l’Homme de Aix-Marseille Université-France, Aplicación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Gonzales Lluy y familia vs. Ecuador*, cit., cap. V, conclusiones, p. 23.

<sup>48</sup> OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, resolución núm. A-52, de 17 de noviembre de 1988.



## Los argumentos sobre los DESCAs en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

radicalmente en 1998, como se ha visto en los peritajes incluso estatales,<sup>49</sup> y se refuerza con la Constitución de 2008, actualmente vigente. No tiene sentido interpretar el origen de la intención estatal al momento de la firma, cuando al momento de la aplicación el Estado de Ecuador ha manifestado con su normativa nacional y política internacional (ratificación del Protocolo Adicional al PIDESC de 11 de junio de 2010)<sup>50</sup> que los DESCAs son exigibles nacional e internacionalmente.

En consecuencia, en el caso ecuatoriano y en el de otros países que han ratificado el Protocolo de San Salvador, los DESCAs que se derivan del artículo 26 tienen que ser analizados a la luz de la Carta de la OEA, la DADDH y del Protocolo de San Salvador.

Por cuanto ve a los países que no hayan ratificado el Protocolo de San Salvador ni tengan en sus constituciones normas expresas o sus cortes que resuelven sobre derechos no consideren la justiciabilidad de los DESCAs, la Corte IDH podría considerar simplemente que los derechos que se derivan del artículo 26 de la CADH son los que constan en la Carta de la OEA y en la DADDH.

### V. LO QUE RESTA DESPUÉS DEL CASO *CUSCUL*

La Corte IDH ha concluido, en el caso *Cuscul Pivaral*, que del artículo 26 se derivan derechos que “[...] están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión [...]”<sup>51</sup> Es decir, hay derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y estos son exigibles. Este es el paso histórico del precedente. La puerta está abierta.

---

<sup>49</sup> El perito Salamanca sostiene que los DESCAs eran exigibles en 1998, pero no eran eficaces, y que desde 2008 son plenamente exigibles. Salamanca Serrano, Antonio, “Declaración juramentada”, Notaría Trigésima Octava, 26 de febrero de 2015.

<sup>50</sup> ONU, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resolución 217 A (III), de 10 de septiembre de 2008.

<sup>51</sup> Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, cit., párr. 97.

## RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA

---

En el caso se ha declarado, porque eso exigían los contornos del asunto, el derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable. Al estar la puerta abierta, de aquí en adelante y de forma autónoma se podrán exigir los derechos al trabajo, sindicales, a la seguridad social, al medioambiente sano, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la protección de la familia y otros que se derivan de las normas que se desprenden del artículo 26 y que se encuentran mejor enunciados y más desarrollados en el Protocolo de San Salvador.

En la sentencia no se hace mención alguna a avances doctrinarios que el propio SIDH ha desarrollado mediante el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador.<sup>52</sup> En el caso *Talía Gonzales*, al menos mereció una nota a pie de página (párr. 172, nota 202).<sup>53</sup> El Grupo de Trabajo ha enfocado la exigibilidad de los DESCAs a través de políticas públicas y ha desarrollado una batería importante de indicadores de progreso. Los DESCAs, en general, y el derecho a la salud, en particular, no son una cuestión que se resuelve solamente mediante casos individuales. Los problemas en nuestra región son estructurales y sistémicos, por ello, el abordamiento de casos individuales ayuda, pero no es suficiente. El principio de no repetición, como una forma de reparación, va a exigir que la Corte IDH comience a pensar en los casos en clave de política pública y mire con atención el sistema de indicadores que ha desarrollado el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador.

El caso refleja, por la aplicación de la noción de que todos los derechos están interrelacionados y son interdependientes, que la doctrina en relación con los DESCAs ha tenido que aprender de los desarrollos normativos de los DCP. Lo más notable es la exigibilidad jurisdiccional. Los DESCAs no son solo programáticos, sino que también tienen dimensiones de exigibilidad inmediata. Por contrapartida, los DCP también deben aprender de los desarrollos doctrinarios de los DESCAs, particularmente en dos aspectos:

---

<sup>52</sup> Disponible en <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/grupo-trabajo.asp>

<sup>53</sup> OEA, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev. 2, 16 de diciembre de 2011.

## Los argumentos sobre los DESCA en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador...*

---

la progresividad y las políticas públicas. Los DCP tienen también aspectos que no pueden cumplirse de forma inmediata, y esto ya se ha demostrado en la ejecución de ciertas sentencias en las que se dispone capacitación para prevenir la tortura o perfeccionamiento de los mecanismos de selección de jueces para garantizar la independencia judicial. Toda esa teoría de las dimensiones de la progresividad aplica también para derechos civiles y políticos.

Como dije, la puerta está abierta y el reto de seguir impulsando el desarrollo de la jurisprudencia no solo reside en la capacidad, creatividad y compromiso de algunos jueces y juezas, también depende de los abogados y abogadas litigantes y, sobre todo, de la lucha y el esfuerzo de las víctimas. En materia de DESCA, contrario a lo que sucede con los DCP, las víctimas, que son muchas, no suelen tener el mismo grado de conciencia de que son titulares de derechos y que pueden exigirlos.

La pobreza es un fenómeno extendido en nuestra región, y no es otra cosa que la violación sistemática y generalizada de DESCA. De ahí el reto por revertirla en sociedades tan inequitativas como las nuestras y la importancia del fallo *Cuscul Pivaral*.

### BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO, Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.
- PARRA VERA, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011.
- PIOVESAN, Flávia y GOTTI, Alessandra, “Protección del derecho a la salud en el sistema de protección universal de los derechos humanos”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.