

## LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ¿REALIDAD O FICCIÓN?

Víctor BAZÁN\*

SUMARIO: I. *Breves palabras en torno a la descollante figura del homenajeado.* II. *Plan del trabajo.* III. *Apreciaciones liminares.* IV. *Los derechos económicos, sociales y culturales; su vocación de exigibilidad y justiciabilidad.* V. *La articulación del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.* VI. *Vías de acceso al modelo interamericano por vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales.* VII. *Apreciaciones finales.*

### I. BREVES PALABRAS EN TORNO A LA DESCOLLANTE FIGURA DEL HOMENAJEADO

Con júbilo, gratitud y profunda honra, nos unimos al merecidísimo homenaje que en esta oportunidad se tributa al maestro Héctor Fix-Zamudio, cuya estatura académica e intelectual, sumada a sus elevados valores humanos, hacen de él una figura descollante y superlativa en el ámbito jurídico iberoamericano.

Sin exageración alguna, es inobjetable que ha legado y continúa dejando valiosas e indelebles huellas en diversas disciplinas científicas, como el derecho procesal, el derecho internacional de los derechos humanos y, entre

\* Profesor titular efectivo de Derecho constitucional y de Derecho internacional público y comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina. Profesor de cursos intensivos de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Secretario general de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director de la sección “Derechos Humanos” de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

otras y principalmente en cuanto al *leit motiv* de este libro, el derecho procesal constitucional, del que es uno de sus máximos forjadores y al que ha ayudado de modo crucial a germinar, crecer y cobrar el asombroso impulso y el formidable desarrollo que exhibe principalmente en Latinoamérica. Su fecunda prédica de más de medio siglo ha sido tan profusa como decisiva para hacer de la disciplina procesal constitucional la indetenible realidad que hoy encarna.

No cabe sino felicitar fervorosamente al Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, por la brillante iniciativa de concretar este tributo. Y, en particular, brindar un caluroso agradecimiento a los doctores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea por la deferencia de habernos extendido una invitación para integrarnos a este importante proyecto, reconociéndoles además el importante esfuerzo de coordinación que todo emprendimiento de esta magnitud supone.

El ínfimo valor científico de nuestro aporte, si acaso la benevolencia del lector le adjudica alguno, no está a tono con la sobresaliente talla jurídica del receptor del homenaje y, en tren de confesiones, seguramente tampoco permitirá medir en toda su dimensión la emoción que nos invade al tomar parte de una obra pensada para honrar a una encumbrada personalidad del mundo jurídico que continúa obsequiándonos el rico fruto de su incesante labor académica.

## II. PLAN DEL TRABAJO

Entrando ya en materia, es preciso adelantar que dos serán los bloques temáticos que jalonarán centralmente esta contribución, la que principiará con una introducción también sumaria.

En el primero de aquéllos, nos acercaremos al soporte teórico y conceptual que brinda encarnadura a ciertos problemas fundamentales en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), base de lanzamiento para buscar caminos protectorios que los pongan en acción, y que iluminarán la senda para desarrollar argumentalmente las cuestiones que serán perfiladas en el siguiente nudo de asuntos.

Ya en el segundo bloque enfocaremos la actualidad y la prospectiva de la protección de tales derechos en el plano interamericano, para ver de qué

manera puede convertirse la literalidad de los instrumentos internacionales sobre el particular en plasmaciones concretas para proteger derechos fundamentales que exigen ser operativizados.

Debe advertirse desde ahora que los trazos analíticos que recorrerán el trabajo serán enfocados axiológicamente desde la premisa que marca que *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*,<sup>1</sup> sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

### III. APRECIACIONES LIMINARES

Es una necesidad inaplazable internalizar con franqueza y sin ambages la centralidad del fenómeno que representan los derechos humanos y la no menor trascendencia del ensanchamiento de las posibilidades de acceso de la persona a los mecanismos protectorios, internos o internacionales, ya que —en paráfrasis de Ferrajoli— es claro que *el progreso de la democracia se mide por la expansión y justiciabilidad de los derechos*.<sup>2</sup>

En esa línea, focalizaremos la vocación de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC y, en estrecha vinculación con ello, intentaremos responder al interrogante acerca de si es conveniente continuar aceptando a-críticamente la tesis que escinde generacionalmente a los derechos humanos.

Si bien no será ésta la ocasión propicia para ingresar *in extenso* a la problemática protectoria en el ámbito interno, cuestión que hemos abordado en otras oportunidades,<sup>3</sup> y más allá de alguna aproximación concreta a este asunto y de intercalar algunos comentarios sobre el punto en distintos tra-

<sup>1</sup> Instituto de Derecho Internacional, resolución sobre “La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”, adoptada en la sesión de Santiago de Compostela, el 13 de septiembre de 1989; aludida por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, en el prólogo a la obra de Cançado Trindade, Antônio A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 11 y 12.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 1997, p. 918.

<sup>3</sup> Por ejemplo, véase Bazán, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 257-287; “Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, número especial *A 10 Años de la Reforma Constitucional*, 25 de agosto de 2004, pp. 12-29.

mos del trabajo, nos interesa primordialmente concentrarnos aquí en las alternativas tuitivas que se abren en el modelo interamericano.

Así, individualizaremos sintéticamente las articulaciones normativas referentes a los DESC en dicho sistema regional; visualizaremos las diferentes vías protectorias que a su respecto ofrece el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo: CADH) en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Protocolo de San Salvador), y otras posibles opciones defensivas de tales derechos a partir de combinaciones interactivas de distintos instrumentos internacionales en el tema; ensayaremos un esquema taxonómico preliminar sobre las posibilidades de tutela de los DESC en la órbita interamericana, en función de los diversos niveles de compromiso asumidos por cada Estado frente a los documentos internacionales pertinentes en ese campo; emprenderemos un recorrido panorámico por la praxis de la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos (en lo que sigue, también, Comisión Interamericana o Corte Interamericana), para detectar ciertos incipientes estándares que vienen perfilándose para propiciar la exigibilidad —en ocasiones, indirecta— de los derechos bajo examen.

Como podrá comprobarse, nuestro intento propositivo sobrevolará uno de los tres sectores básicos que, correlacionados, conforman el derecho procesal constitucional (los otros dos están encarnados por la *jurisdicción constitucional de la libertad* y la *jurisdicción constitucional orgánica*), que fueran individualizados certeramente por Cappelletti, con el complemento enriquecedor de Fix-Zamudio.<sup>4</sup> Nos referimos a *la jurisdicción*

<sup>4</sup> El desarrollo del tema puede verse en Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, 2003, t. I, pp. 269-301, en esp. pp. 285 y ss.

En ese ensayo, el distinguido maestro Fix-Zamudio remite a Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado (1940-1965)*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1987.

A modo de *excursus* permítasenos manifestar que acordamos con quienes entienden que, más allá de la trilogía de aspectos que en la visión clásica dan contenido al derecho procesal constitucional (y que hoy podríamos considerar derecho procesal orgánico, de las libertades y transnacional) hoy se suma un nuevo e importante sector: el *derecho procesal constitucional local*, enraizado en el despliegue de las jurisdicciones constitucionales en los ámbitos locales o estatales de los países con estructura constitutiva compleja (federal, regional, etcétera), y la correlativa articulación de aquéllas con la jurisdicción constitucional federal.

constitucional transnacional, en torno a la cual básicamente nos preocuparemos de su enlace con el derecho internacional de los derechos humanos y las vías articularias en materia de DESC ante la Comisión Interamericana y, en su caso, la Corte Interamericana.

Finalmente, el epílogo tomará cuerpo con algunas apreciaciones recapituladoras de los eslabones argumentales centrales desarrollados en el nudo del trabajo.

#### IV. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES; SU VOCACIÓN DE EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD

##### 1. *Derechos genuinos*

Si bien la afirmación que verteremos a continuación pareciera ofender tributo a un lugar común, los hechos demuestran que no siempre ni en todos los sitios lo obvio es tan obvio. Sea como fuera, no puede dejar de decirse que *los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los civiles y políticos*.

Claro está que no han faltado voces que catalogan a los DESC como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo. Por ende, la necesidad de *corregir la presunta imperfección* de aquéllos representa todo un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos a su respecto como al ser éstos resueltos por los órganos públicos competentes.

Como con acierto lo precisaran la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIa. Conferencia Mundial de Derechos Humanos<sup>5</sup> (Viena, 25 de junio de 1993), que impulsara decididamente la irrecusable doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad

Sobre este último punto, puede verse el magnífico trabajo de Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho procesal constitucional de las entidades federativas en el ordenamiento mexicano, Reflexiones comparativas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 10, 2006, pp. 131-192; también, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma”, en Palomino Manchego, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005, t. I, pp. 63-87, en part. pp. 74-76.

<sup>5</sup> A/CONF.157/24 (parte I), cap. III.

de los derechos humanos,<sup>6</sup> “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”.<sup>7</sup>

En sintonía con ello debe leerse la Observación General (OG) núm. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) —en lo sucesivo Comité de DESC—, sobre la que haremos alusión aquí; pero antes nos urge abrir un breve paréntesis para recordar que dicho Comité es el órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento internacional que no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la Resolución núm. 1.985/17, de 28 de mayo de 1985. Para captar la trascendencia del paso que al efecto se dio, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación del nombrado Comité,<sup>8</sup> lo que —como adelantábamos— ocurrió en 1985, aunque sólo se reunió por primera vez en 1987.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 57.

<sup>7</sup> Parte II, pfo. 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

<sup>8</sup> Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1998, p. 352.

<sup>9</sup> Sin embargo, y como venimos sosteniendo desde hace tiempo, la inexistencia de un modelo que incluya peticiones individuales sobre DESC en el plano universal reduce la eficacia del sistema de supervisión de cumplimiento del PIDESC y, consecuentemente, limita el radio de acción del Comité respectivo, que ve circunscrito ese margen de operabilidad al análisis de los informes periódicos de los Estados.

Se impone, entonces, continuar pugnando por la implementación de un protocolo facultativo al PIDESC para instaurar un mecanismo de reclamaciones individuales que venga a complementar el sistema de informes que constituye el núcleo del funcionamiento del Comité.

Véase, para ampliar, Bazán, Víctor, “Justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Especial referencia, en el ámbito internacional, a los marcos universal y americano y en el orden interno, al argentino”, relato general de la Sección Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional: “Justiciabi-

Contextuada entonces la importancia institucional y ética de las interpretaciones que brinda el Comité (no sólo en las observaciones generales sino también en las observaciones finales a los informes periódicos de los Estados partes del PIDESC), sin más preludeos vale indicar que en la anunciada OG núm. 9 (“La aplicación interna del Pacto”), del 3 de diciembre de 1998, aquél ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos (refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos) son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.<sup>10</sup>

Es igualmente importante tomar en consideración que la protección jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas, y de que converja también, y seriamente, su contrapartida jurídica: deberes auténticos que, por serlo, pueden ser activados por medio de la pretensión de tutela acogida en la sentencia.<sup>11</sup>

En última instancia, cabría conceder que los DESC presentan al menos algún aspecto de justiciabilidad, el que debe ser resguardado para evitar que se diluya el núcleo mínimo, esencial e inderogable del derecho en cuestión individualmente considerado.

Incluso respecto de los derechos que Sagüés denomina “imposibles”, la operabilidad de dicha premisa se yergue como un peculiar desafío para el activismo judicial<sup>12</sup> y el Estado constitucional de derecho.

lidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Libro de ponencias*, “XVII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional” y “XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Luis María Drago»”, Catamarca, 23 a 25 de octubre de 2003, t. 3, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca y Asociación Argentina de Derecho Internacional, pp. 1-64.

<sup>10</sup> Nos referimos a lo sostenido en el ap. 10 *in fine* de tal O.G., bajo el epígrafe de “Justiciabilidad”.

<sup>11</sup> García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2003, p. 131.

<sup>12</sup> Sagüés, Néstor P., *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, pp. 149-161.

La alusión que efectuamos en el texto toma, *mutatis mutandi*, lo afirmado por el autor en p. 150. Por su parte, éste define a los “derechos genuinamente imposibles” (para distin-

## 2. De la fragmentación de los derechos humanos en generaciones

Se torna así indispensable superar lo que no es sino una artificial brecha que se supone separa a los derechos civiles y políticos de los DESC, la que probablemente haya sido facilitada por lo que prestigiosa doctrina denomina la “fantasía de las generaciones de derechos”.<sup>13</sup>

Ahondando en el tema que nos ocupa, Cançado Trindade sostiene que, mientras en relación con los seres humanos se verifica la sucesión generacional, en punto a los derechos se desarrolla un proceso de acumulación, lo que le permite aseverar gráficamente que “los seres humanos se suceden, mientras que los derechos se acumulan y se sedimentan”<sup>14</sup> (realizado agregado).

Asimismo, y como el mismo autor constata, desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional en este campo, la analogía de la “sucesión generacional” de los derechos no parece ser correcta en términos históricos, ya que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no parecieran haber sucedido *pari passu*, porque si bien en el derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no ocurrió lo mismo en el plano internacional, como queda demostrado por las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo —OIT— en 1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos.<sup>15</sup>

La utilización léxica de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar la unidad conceptual de ellos puesto que imbrican en la dignidad humana que, obvio es decirlo, es

guirlos de los “derechos ‘imposibilitados’ o falsamente imposibles”) como “aquellos para los cuales realmente no pueden proveerse de modo sensato y factible las partidas presupuestarias para satisfacerlos correctamente” —énfasis del original— (*ibidem*, p. 149).

<sup>13</sup> Así la denomina Cançado Trindade, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loayza, Rafael (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, t. I, p. 64.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 64 y 65.

<sup>15</sup> Cançado Trindade, Antônio A., *Para O.N.G.*, núm. 8, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 42 y 43.

sólo una también. En palabras de Cançado Trindade “a la integridad del ser humano corresponde en definitiva la integralidad de sus derechos”.<sup>16</sup>

Esa percepción se hace ostensible en los preámbulos del PIDESC y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los que claramente se reconoce que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se desprenden o derivan *de la dignidad inherente a la persona humana* (respectivos párrafos segundos de las partes preambulares de ambos instrumentos).

A su tiempo, Rabossi,<sup>17</sup> quien se ha ocupado seriamente de desvirtuar la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, una de cuyas críticas contra ésta consiste en afirmar que su consecuencia más dañina es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial, pero en realidad —aclara— no hay nada en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas, puesto que las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda que el autor sintetiza diciendo que “sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos y los DESC son, en el mejor de los casos, programáticos”.

En tren de probar la insustentabilidad de este último aserto, Rabossi asegura que ni la distinción derechos negativos *versus* derechos positivos, ni la de derechos estrictos *versus* ideales utópicos, ni la de derechos genéricos *versus* derechos específicos, logra identificar clases excluyentes de derechos puesto que, en verdad, la garantía de la vigencia de un derecho humano supone siempre una política positiva del Estado al diseñar y estatuir el marco institucional y político necesario.<sup>18</sup> El autor aquí traído concluye su especulación señalando que en ella ha expuesto las implicaciones teóricas y prácticas más importantes de la tesis que impugna, intentando demostrar que la misma

<sup>16</sup> Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 133.

<sup>17</sup> Rabossi, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núms. 69, 70 y 71, 1997-1998, pp. 49 y 50.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 50.

está basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferencia categorial de los derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...<sup>19</sup>

A modo de lectura provisional del problema, parece al menos atinado ser receptivo al argumento que indica que el estereotipado constructo de las “generaciones de derechos humanos” no puede continuar siendo admitido inercial y a-críticamente, sino que merece ser reexaminado, comprobando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcto o simplemente una creación arbitraria<sup>20</sup> o “caprichosa”.<sup>21</sup>

Es que la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de los derechos llevan a dudar de la potabilidad semántica de la expresión “generaciones de derechos humanos”. Tampoco debería soslayarse la circunstancia de que, bajo el pretexto de una escisión de los derechos humanos en generaciones, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el plano de los derechos económicos, sociales y culturales, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y en la falta de disponibilidad de medios materiales para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos —civiles y políticos— no legitima la denegación de otros —económicos, sociales y culturales— (ver, v. gr., la Declaración de la ONU sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986), pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribía de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.

En resumen, y en tanto concebimos a la democracia como un sistema de inclusiones, no de exclusiones,<sup>22</sup> y porque acordamos con Scheinin acerca

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 41 y ss., *passim*.

<sup>21</sup> Pinto subraya que son múltiples las objeciones que encuentra a tal tesis y, entre otros cuestionamientos, pone de manifiesto que la elección de la variable en que se sustenta es “caprichosa” (Pinto, Mónica, *op. cit.*, nota 6, p. 56).

Tal autora añade que la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la doctrina de las generaciones de derechos (*ibidem*, p. 57).

<sup>22</sup> *Cfr.*, Valadés, Diego, *Constitución y política*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 23 y 24.

de que los DESC son una parte esencial del código normativo internacional de los derechos humanos,<sup>23</sup> parece apropiado continuar pugnando por la superación de la *progresividad simbólica* y el desplazamiento hacia un estadio más avanzado: la *progresividad efectiva y real* de tal tipología de derechos.

Y es precisamente con ese telón de fondo donde los jueces ordinarios y/o constitucionales en el ámbito interno deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales, desde un prisma de pasividad deferente, como *latencia o inocuidad sine die de las normas consagradorias de DESC*, sobre todo cuando se trata, nada menos, que de derechos fundamentales; problemática que empalma con el tópico que afrontaremos a continuación.

#### V. LA ARTICULACIÓN DEL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es claro que una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno radica en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto.<sup>24</sup>

En particular respecto del derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquiere su intersección con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su re-

<sup>23</sup> Scheinin, Martin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", en Asbjørn Eide *et al.*, *Economic, Social and Cultural Rights*, Londres, Boston, Dordrecht, 1995, *cit.* en Rodríguez Pinzón *et al.*, *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Washington, BID-American University, 1999, p. 362.

Por su parte, así ha sido inequívocamente determinado por los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC, los que fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, y convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del —entonces recientemente constituido— Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados partes y la cooperación internacional bajo la parte IV del Pacto.

<sup>24</sup> *Cfr.* Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 165.

troalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento real y no sólo declamado del sistema de derechos.<sup>25</sup>

Tales postulados no hacen sino refrendar que la cardinal problemática de los derechos humanos, entre ellos obviamente los DESC, es una incumbencia —y debe ser una preocupación— concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional; sin olvidar, por cierto, que ésta presenta un carácter subsidiario y coadyuvante de la de los ordenamientos nacionales.

Como subrayáramos, los DESC ostentan vocación de justiciabilidad y, como con acierto —y *mutatis mutandi*— se ha expuesto, si la Constitución es un acuerdo integrador entre las dos filosofías que atraviesan el mundo contemporáneo (concepciones liberal y socialista de la sociedad política), entonces *ningún contenido constitucional puede quedar hasta tal punto devaluado que sea excluido de la protección de la justicia*, de lo que se sigue que los derechos sociales han de tener un núcleo intangible cuya configuración en sus dimensiones objetiva y subjetiva sólo puede corresponder finalmente al Tribunal Constitucional<sup>26</sup> o al órgano de cierre de la jurisdicción constitucional del Estado de que se trate.

Por lo que respecta a la mencionada conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, no está de más recordar que tanto en la fase inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la etapa de ejecución de una sentencia de condena internacional<sup>27</sup> motivada en la imposibilidad de obtener solución alguna mediante los remedios locales, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

En efecto, y en general, es condición inexcusable para que —al menos *ab initio*— quede franqueado el acceso al sistema interamericano, que se haya agotado previamente la vía interna y, de manera semejante, luego de un pronunciamiento de la Corte Interamericana que declare la responsabilidad internacional de un Estado, y que éste se niegue a cumplir en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima (sus familiares o representantes lega-

<sup>25</sup> En cuanto a este último aspecto, véase *mutatis mutandi*, Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional humanitario*, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 140.

<sup>26</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 66.

<sup>27</sup> *Cfr.* artículo 68 de la CADH.

les) la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado renuente.

Y en esta dinámica, los jueces ordinarios y/o constitucionales nacionales se enfrentan a una nueva realidad a la que deben amoldarse, caracterizada —*inter alia*— por la *ampliación del parámetro de control de constitucionalidad de la normativa infraconstitucional*, la que —además de la ley fundamental— deberá ser cotejada con los instrumentos internacionales que conforman el estatuto básico de los derechos humanos. Paralelamente, y entre otros rasgos que lo tipifican, este remozado escenario impone a aquéllos como premisa irrecusable la de acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales *de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, lo que —en el contexto de los DESC— supone por caso la imposibilidad de soslayar los pronunciamientos del comité de expertos independientes de la ONU en la materia, al que en líneas anteriores hemos hecho referencia (observaciones generales y observaciones finales a los informes estatales).

Así, es indudable que la creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial y/o constitucional, entre los que se cuenta la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes normativas y de restituir diversas categorías jurídicas, en ocasiones concebidas en el vientre pretoriano, por ejemplo, la relativa a las denominadas *cuestiones políticas no justiciables*. Precisamente en el campo de los DESC, éstas deberán ser sometidas a un examen en función de la magnitud jurídico-axiológica de los compromisos asumidos internacionalmente por los Estados y de la sensibilidad intrínseca de la sustancia que nutre a tales derechos (piénsese por ejemplo, en el derecho a la salud, al trabajo o a la vivienda y la alimentación adecuadas).

Como es de suponer, el incumplimiento de aquellas obligaciones en la dimensión transnacional generará la responsabilidad estatal internacional, que naturalmente resultará agravada si el incumplimiento en cuestión vehicula una infracción —por acción u omisión— a normas iusinternacionales fundamentales.

VI. VÍAS DE ACCESO AL MODELO INTERAMERICANO  
POR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,  
SOCIALES Y CULTURALES

1. *Preliminar*

Si no obstante todo lo manifestado en torno a la dimensión local la presunta víctima de una violación de los DESC no obtuviera reparación alguna o no la lograra en la medida reclamada, podría intentar canalizar su pretensión en la dimensión interamericana, luego de haber abastecido los requisitos estipulados normativamente para ello, entre los que se cuenta el agotamiento de los recursos en sede interna, salvo las excepciones que permiten sortear tal exigencia.

Consecuentemente, en este sector del trabajo nos ocuparemos de las posibilidades reclamatorias ante los órganos del sistema interamericano, ante el fracaso o la inocuidad de los resortes locales.

2. *Abanico normativo*

Esencialmente, las coordenadas tuitivas principales de los DESC transitan los espacios competenciales de la Comisión y la Corte interamericanas y en buena medida dependen de la interpretación dinámico-evolutiva y correlacionada del contenido normativo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, artículos VI y VII, además del continuo normativo que se extiende entre los artículos XI a XVI), de 1948; de la CADH (artículos 26 y 42), de 1969; de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), de 1948 (bajo el rótulo de “Desarrollo integral”, en los artículos 30-52); y del Protocolo de San Salvador,<sup>28</sup> del que nos ocuparemos seguidamente.

<sup>28</sup> Argentina procedió a depositar en Washington el instrumento de ratificación de dicho Protocolo el 23 de octubre de 2003, convirtiéndose así en el decimotercer país en hacerlo. Vino entonces a sumarse a Suriname (que lo hizo el 10 de julio de 1990), Panamá (el 18 de febrero de 1993), Ecuador (el 25 de marzo de 1993), Perú (el 4 de junio de 1995), El Salvador (el 6 de junio de 1995), Uruguay (el 2 de abril de 1996), México (el 16 de abril de 1996), Brasil (el 21 de agosto de 1996), Paraguay (el 3 de junio de 1997), Colombia (el 23 de diciembre de 1997), Costa Rica (el 16 de noviembre de 1999) y Guatemala (el 5 de octubre de 2000). Hasta donde alcanza nuestra información, al momento de redactar este trabajo (marzo de 2007) son 13 los Estados que han ratificado el mencionado Protocolo.

### 3. *Específica referencia al Protocolo de San Salvador*

A pesar del reducido espacio concedido por el Protocolo de San Salvador a las posibilidades de formalización de *peticiones individuales*<sup>29</sup> ante la Comisión Interamericana,<sup>30</sup> restringido a las hipótesis de violaciones a la libertad sindical (artículo 8.1. 'a') o al derecho a la educación (artículo 13), en los términos del artículo 19.6; es útil tomar en cuenta la apreciación de García Ramírez, para quien cabe reflexionar sobre algunas hipótesis en las que pudiera plantearse un pronunciamiento sobre temas recogidos en otros preceptos, exclusivamente cuando lo haga ineludible o indispensable la conexión lógica entre aquéllos y éstos.<sup>31</sup>

Desde esa vertiente, y luego de detallar que el Protocolo contiene obligaciones generales para la adopción de medidas (artículos 1o. y 2o.), asimilables a los deberes del mismo signo que instaura la CADH, señala que tales obligaciones pueden ser proyectadas hacia o contempladas desde los diversos derechos consagrados en el Protocolo, exactamente como sucede en la operación de la Convención y, así, bajo la lente que suministran los artículos 8o. y 13, entiende que difícilmente la Corte podría ignorar aque-

<sup>29</sup> Además de las *peticiones individuales* articulables ante la Comisión Interamericana (a las que aludimos en el texto), en función del artículo 19.1 del Protocolo, los Estados partes en éste deben presentar *informes periódicos* respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo. El artículo 19.2 estipula que todos los informes serán presentados al secretario general de la OEA, quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el propio artículo 19, además de que el secretario general deberá remitir copia de los mismos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A su tiempo, los informes anuales que presenten a la Asamblea General de la OEA el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura contendrán un resumen de la información recibida de los Estados partes en el Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes (artículo 19.5).

<sup>30</sup> Además de ser destinataria de tales peticiones individuales según lo programado en el artículo 19.6 del Protocolo, la Comisión Interamericana podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los DESC establecidos en el Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el *Informe Anual* a la Asamblea General o en un *Informe Especial*, según lo considere más apropiado (artículo 19.7), teniendo en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por dicho Protocolo (artículo 19.8).

<sup>31</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 11, p. 143.

llas obligaciones generales.<sup>32</sup> Finalmente, subraya que el Tribunal podría entrar al conocimiento de casos de discriminación —prohibida por el artículo 3o.—, si ella se aplicara en puntos concernientes a la libertad sindical o a los derechos vinculados con la educación; lo que también ocurriría con la regla de interpretación que rechaza las restricciones de derechos reconocidos en la legislación interna o en convenciones internacionales bajo el pretexto de que el Protocolo no los reconoce o lo hace en menor grado (artículo 4o.); por último, acota que la Corte podría pronunciarse sobre restricciones o limitaciones indebidas adoptadas por medio de actos calificados como leyes, tema que aborda el artículo 5o. del Protocolo.<sup>33</sup>

Además, y ya fuera de las opciones reclamatorias específicas emergentes de este último instrumento, se ha sostenido que el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la CADH (que comprende el acceso a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la mencionada Convención) concreta —además de la mentada remisión al derecho interno estatal— un renvío a los instrumentos internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, el PIDESC), de tal modo que dicho artículo 25 de la Convención establece un mecanismo de tutela de los precitados derechos.<sup>34</sup>

#### 4. Estrategias tuitivas alternativas de los DESC

La afirmación que cierra el subapartado inmediatamente precedente nos permite apreciar que el proceso de búsqueda de técnicas alternativas que propicien la exigibilidad judicial de los DESC no debería prescindir, consiguientemente, de la utilidad que pueden aportar los principios de debido proceso y de igualdad. Veamos:

A) En torno a la primera de tales pautas (exigencia del respeto por el *debido proceso*), ésta se erige en una de las herramientas no desdeñables para vehicular la protección de los DESC, por ejemplo, a partir de supuestos de

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 143 y 144.

<sup>34</sup> Abramovich, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Presente y futuro de los derechos humanos (ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez)*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 167.

excesos rituales manifiestos; dilaciones indebidas en la tramitación de casos, v. gr., relativos a derechos previsionales, viéndose obturada la posibilidad de obtener una sentencia útil y fundada, en el marco de pretensiones encaminadas a lograr la movilidad de los haberes jubilatorios, una relación de proporcionalidad entre las percepciones de los trabajadores activos y los que se encuentran en pasividad, etcétera; o sea, cuestiones genéricamente ligadas al derecho a la seguridad social contemplado —*inter alia*— en los artículos 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la DADDH, 9o. del PIDESC y 9o. del Protocolo de San Salvador.

Y si, como se mencionó líneas arriba, el artículo 25 de la CADH diseña un mecanismo de tutela de los precitados derechos, y si esta norma debe leerse compaginadamente con el artículo 8o. (que establece las normas del *debido proceso legal*); no es irrazonable conjeturar que ambos preceptos se retroalimentan, tejen una sólida matriz tuitiva y refuerzan la apertura de un provechoso canal de protección para los DESC.

El razonamiento no es extraño a la interpretación de la propia Corte Interamericana, órgano que ha remarcado que *el recurso efectivo que contempla el aludido artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8o. de ese tratado*. Para sustentar esa conclusión ha añadido que de esta última norma

se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación.<sup>35</sup>

B) En lo que concierne al segundo de los principios individualizados, y a partir de un repaso elemental del carácter universal de los derechos huma-

<sup>35</sup> Cfr. casos “Ximenes Lopes”, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, pfo. 193; “Baldeón García”, sentencia del 6 de abril de 2006, serie C, núm. 147, pfo. 93 y 146; “Masacre de Pueblo Bello”, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, pfo. 144; “Masacre de Mapiripán”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 134, pfo. 219; “Comunidad Moiwana”, sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, pfo. 147; “Hermanas Serrano Cruz”, sentencia del 1o. de marzo de 2005, serie C, núm. 120, pfo. 63; “19 Comerciantes”, sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109, pfo. 186; “Las Palmeras”, sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C, núm. 90, pfo. 59; “Durand y Ugarte”, sentencia del 16 de agosto de 2000, serie C, núm. 68, pfo. 129; “Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la calle’)”, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, pfo. 227.

nos, se comprueba que éste conduce justamente a la *igualdad*, cuyo corolario es la *no discriminación*.<sup>36</sup>

Y, ciertamente, una fértil estrategia de exigibilidad judicial de los DESC estriba en la prohibición de discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos; enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

En este punto, es aconsejable recordar que la propia Corte Interamericana, en su trascendente opinión consultiva (OC) 18/03,<sup>37</sup> de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, ha dicho claramente que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante ésta y no discriminación, pertenece al *ius cogens* (pfo. 101); interpretación que, desde nuestro punto de vista, coadyuva a brindar plafón axiológico y jurídico para intentar reclamos en protección de DESC alegando violaciones a dicho principio fundamental, el que —ya en palabras de la Corte con asiento en Costa Rica— “permea todo ordenamiento jurídico” (*idem*) e “impregna toda actuación del poder del Estado” (pfo. 100).

Aunque, como debe decirse, sin perjuicio del avance que supuso la interpretación que la Corte Interamericana hiciera del principio de igualdad ante la ley y no discriminación y su ingreso al dominio del *ius cogens*, no puede dejar de señalarse la calificada opinión de Cançado Trindade, quien en su voto separado en el caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”,<sup>38</sup> del 4 de julio de 2006, ha advertido —no sin pesar— que en dicho pronunciamiento el Tribunal podría haber avanzado en la ampliación del contenido material del *ius cogens* y del alcance de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección, tema sobre el cual el formidable jurista citado (hoy *ex* juez de la Corte Interamericana) ha puesto de manifiesto que hasta principios de 2004 ésta “venía siendo uno de los tribunales internacionales que más estaba contribuyendo para la evolución del contenido material del *ius cogens*, seguida por el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia”, pero, “[p]or alguna razón que escapa a mi comprensión, últimamente parece haberse refrenado en su construcción doctrinario-jurisprudencial al respecto” (pfo. 46).

<sup>36</sup> Pinto, Mónica, *op. cit.*, nota 6, p. 13.

<sup>37</sup> Corte IDH, serie A, núm. 18.

<sup>38</sup> Véase *supra*, nota 35.

5. *Esquema taxonómico de las opciones protectorias en el modelo interamericano*

Para graficar genéricamente la cuestión, podría hablarse de una trilogía de situaciones en las que quedarían inmersos los Estados (como sujetos pasivos de denuncias individuales), según su dosis de compromiso con los diversos instrumentos pertinentes en el campo que analizamos. Así, en secuencia decreciente de intensidad del ligamen obligacional, tendríamos que:

A) Una primera línea estaría ocupada por *aquellos Estados que son parte de la CADH, han aceptado la competencia de la Corte y han ratificado el Protocolo de San Salvador*, los que quedarían vinculados por las normas de la DADDH (artículos VI y VII, además del complejo normativo que discurre entre los artículos XI-XVII); la CADH (artículos 26 y 42); la normativa pertinente de la Carta de la OEA (artículos 29-50) y el Protocolo de San Salvador.

Dichos Estados estarán sometidos, por ende, a la obligación de presentar informes periódicos y podrán, en su caso, ser denunciados ante la Comisión de acuerdo con lo establecido por el artículo 19.6 del Protocolo, siempre que se trate de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1. 'a' y 13, pudiendo *suo tempore* ser demandados ante la Corte. Fuera de estas dos hipótesis, también podrían ser objeto de denuncia ante la Comisión en función de las restantes normas de la DADDH, la CADH y la Carta de la OEA e incluso podría la Comisión utilizar el Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables a la luz de los artículos 26 y 29 de la Convención.<sup>39</sup> Sea como fuere, entonces, los Estados denunciados quedarán sometidos a la posibilidad de que la Comisión plantee el asunto a la Corte.

B) En un segundo estamento se localizarían *aquellos Estados que son parte de la CADH y han aceptado la competencia del Tribunal Interamericano pero no han ratificado el Protocolo*. En tal supuesto, se daría la alter-

<sup>39</sup> Esta hipótesis fue planteada por la propia Comisión al resolver si receptaba competencia *ratione materiae* para establecer de manera autónoma violaciones al artículo 10 del Protocolo a través del sistema de peticiones individuales. Si bien respondió negativamente a la procedencia autónoma de una competencia de tal índole, dejó abierta la posibilidad de utilizar el Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 26 y 29 de la CADH (Informe núm. 29/01, Caso 12.249, "Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador", del 7 de marzo de 2001 —admisibilidad—, pfo. 36).

nativa mencionada en el párrafo final del precedente subapartado, o sea, ser denunciados ante la Comisión en función de las cláusulas pertinentes de la DADDH, la CADH y la Carta de la OEA, pudiendo resultar demandados ante la Corte.

C) En un tercer plano se ubicarían *aquellos Estados que son miembros de la OEA pero no partes en la CADH y, naturalmente, tampoco han reconocido la competencia de la Corte*. En esa hipótesis quedarían expuestos a ser denunciados ante la Comisión sobre la base de la normativa correspondiente de la DADDH (y, suponemos, complementariamente también de la Carta de la OEA), estimulándose la competencia de la Comisión al influjo de los artículos 20 de su Estatuto y 49 de su Reglamento. Sería de aplicación el procedimiento marcado en los artículos 28 a 43 y 45 a 47 de la preceptiva reglamentaria, lo que supone el agotamiento de la cuestión en el marco de la Comisión ante la imposibilidad de elevar el asunto a la Corte.

#### 6. *Recorrido panorámico por algunos antecedentes en la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos vinculados con la materia*

A) La observación de la tarea de ambos órganos protectorios muestra cómo se abre paulatinamente una práctica que, de consolidarse, permitirá ampliar el horizonte de alegabilidad de los DESC en el marco interamericano, en tanto se visualizan algunos signos que, *v. gr.*, connotan: la interpretación de los derechos civiles y políticos en “clave social”; el empleo de derechos “puente” o “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; el descubrimiento de facetas “sociales” de algunos derechos civiles y políticos; y la “reconducción social” del derecho individual a obtener ciertas reparaciones de índole patrimonial.

B) Seguidamente, sobrevolaremos rápidamente el paisaje que ofrece la praxis de ambos órganos sobre el particular para constatar las premisas enunciadas en el párrafo inmediatamente anterior.

##### *A. En la Comisión Interamericana*

La tendencia mencionada en el tramo introductorio se hace perceptible en los casos “Milton García Fajardo y otros c/ Nicaragua” (sobre el fondo), de 11 de octubre de 2001, donde por vez primera aquel órgano encontró violación del artículo 26 de la CADH; y en el citado “Jorge Odir Miranda

Cortez y otros c/ El Salvador” (admisibilidad), del 7 de marzo de 2001, en el que precisamente declaró admisible una denuncia por falta de provisión de medicamentos a pacientes portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (“VIH/SIDA”), siendo trascendente la recepción de una petición que se interna en el radio de cobertura de derechos básicos que entroncan directamente con la dignidad humana.

### B. *En la Corte Interamericana*

A su tiempo, la el Tribunal Interamericano ha realizado interesantes análisis sobre el tema al amparo de la CADH y aunque con mayor frecuencia se ha concentrado en derechos vinculados con la tutela de la vida, la integridad, la libertad y el acceso a la justicia, ha comenzado a examinar derechos de otro tenor (libertad de pensamiento y religión) e incluso ha incursionado en ámbitos donde entran en juego derechos de contenido económico, social o cultural o bien proyecciones de tal carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos.<sup>40</sup>

Así, y en línea con lo anticipado, el Tribunal ha interpretado ciertos derechos civiles y políticos en “clave social”<sup>41</sup> o utilizando derechos “conectores” o “puentes” entre los civiles y políticos y los DESC. Por ejemplo, en el aludido antecedente “Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la calle’) vs. Guatemala”<sup>42</sup> —fondo—, del 19 de noviembre de 1999, donde coloca al lado del derecho a la vida, estricta o tradicionalmente, *un derecho que se relaciona con la calidad de la vida*<sup>43</sup> y, al aludir al artículo 19 de la CADH, justamente activa uno de los trascendentes “conectores” entre la mencionada Convención y el Protocolo de San Salvador o, como afirma García Ramírez, entre los derechos civiles y los derechos sociales, ejemplo de la proximidad e incluso identidad entre ellos.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> *Cfr.*, García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 11, p. 150.

<sup>41</sup> *Cfr.*, 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”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, núms. 30 y 31, edición especial: “Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 2001, p. 277.

<sup>42</sup> Véase *supra*, nota 35.

<sup>43</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 11, p. 151.

<sup>44</sup> *Idem.*

En “Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá”<sup>45</sup> —fondo—, del 2 de febrero de 2001, enfocó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, para lo cual invocó consideraciones atinentes a los instrumentos de la OIT y de resoluciones emanadas de ella, poniendo de manifiesto la correspondencia normativa entre los artículos 16, incs. 2o. y 3o., de la CADH y 8.3. del Protocolo de San Salvador.

En otro precedente, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”<sup>46</sup> (cuya sentencia fue emitida el 31 de agosto de 2001), la Corte ensayó diversas apreciaciones en torno al derecho indígena,<sup>47</sup> por ejemplo, la vinculada con la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así el Tribunal en determinadas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya abordada en otros asuntos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí a partir de la perspectiva social: *la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el artículo 21 de la CADH*.<sup>48</sup>

Otro tanto ocurrió en los casos “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”,<sup>49</sup> sentencia del 17 de junio de 2005, y “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”,<sup>50</sup> sentencia de 29 de marzo de 2006. En ellos la Corte remarcó que, para garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio y goce de los derechos de los miembros de una comunidad indígena y que están sujetos a su jurisdicción, al interpretar y aplicar su normativa interna los Estados *deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural*, razonamiento idéntico al que el propio Tribunal Interamericano realizó en dichos casos para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión Interamericana y los representantes imputaban al Estado al no haber garantizado el derecho de *propiedad ancestral* de aquellas comunidades indígenas, ya que desde 1993 (para la Yakye

<sup>45</sup> Corte IDH, serie C, núm. 72.

<sup>46</sup> Corte IDH, serie C, núm. 79.

<sup>47</sup> Sobre la problemática indígena, véase Bazán, Víctor, por ejemplo en “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la cuestión. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 759-838.

<sup>48</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 11, p. 153.

<sup>49</sup> Corte IDH, serie C, núm. 125.

<sup>50</sup> Corte IDH, serie C, núm. 146.

Axa) y 1991 (acerca de la Sawhoyamaxa) se encontrarían en tramitación las respectivas solicitudes de reivindicación territorial, sin que se hubieran sido resueltas satisfactoriamente. Todo ello significaba, en la percepción de los reclamantes, la imposibilidad de las comunidades y sus miembros de acceder a la propiedad y la posesión de sus territorios e implicaba mantenerlos en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua su supervivencia e integridad.

No puede omitirse siquiera una somera alusión al caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”<sup>51</sup> (fondo), del 28 de febrero de 2003, ocasión en que la Corte ingresó en *algunas de las proyecciones económicas y sociales del derecho a la vida*, al entender disminuida la “calidad de vida” de los pensionistas, en tanto les fueron reducidas sustancial y arbitrariamente sus pensiones y se incumplieron las sentencias judiciales emitidas a su favor, motivos que llevaron a la Corte a estimar la viabilidad de la reparación del daño inmaterial que se les había ocasionado.

Al margen de ello, no puede soslayarse que dedicó un breve espacio a interpretar el artículo 26 de la CADH, renviando en cuanto a lo que debe entenderse por “desarrollo progresivo” de los DESC a lo determinado por el Comité específico de la ONU en su OG núm. 3 [“La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2o. del Pacto)”], del 14 de diciembre de 1990, de lo que se sigue que la Corte concibe al artículo 26 de la CADH como consagradorio de verdaderas obligaciones jurídicas para los Estados.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Corte IDH, serie C, núm. 98.

<sup>52</sup> Nótese que la aludida OG núm. 3, en su pto. 1, expresa: “El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar* (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) *obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*” (remarcado añadido).

La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida OG se dirigió a su pto. 9, en el que puede leerse: “La *principal obligación de resultado* que se refleja en el pfo. 1 del artículo 2o. es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo... *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*

Sin embargo, con específica referencia al caso que resolvía, no puede disimularse que empleó una fórmula oscura y difusa al indicar que aquel desarrollo progresivo

*se debe medir* en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, *y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente* (pfo. 147)...

Aun cuando al abrir este mismo segmento de la sentencia había afirmado contundentemente que “[l]os derechos económicos, sociales y culturales tienen una *dimensión tanto individual como colectiva*”.

Cabría por tanto inteligir que el criterio exegético del Tribunal en torno al artículo 26 de la CADH circunscribe la operabilidad de la norma al caso de que exista una *situación general prevaleciente*, conclusión hermenéutica que, al tiempo de ser reduccionista, aparece desprovista de sustento frente a la configuración léxico-jurídica de dicho precepto convencional y la propia competencia de la Corte que le permite entender en casos de vulneración de derechos humanos de personas determinadas, sin que la cantidad de víctimas constituya un recaudo exigido para viabilizar tal intervención jurisdiccional.

Precisamente este último punto fue expuesto con claridad en el voto razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, quien si bien compartió la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el artículo 26 de la CADH, lo hizo por razones distintas de las planteadas por ésta. Así, aunque compartió la referencia en punto a que es pertinente considerar el hecho de

*como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad *la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (énfasis agregado).

que las cinco víctimas de este caso no son representativos del panorama que conforman los pensionistas del Perú,

el razonamiento según el cual sólo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer —a diferencia de lo que ocurre con la Comisión— una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija [que] éstas tengan que alcanzar determinado número.

A su tiempo, en “Ximenes Lopes c/ Brasil”, del 4 de julio de 2006, incurrió por vez primera en la situación de las personas con discapacidad mental, que se hallan bajo la garantía —preservación y relativo ejercicio de derechos inderogables— del Estado y, en un plano más general, declaró que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En este punto enfatizó que los Estados deben tomar en cuenta

que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo de padecer discapacidades mentales.

Promediando este acercamiento, y antes de dejar paso a las consideraciones de cierre de esta contribución, cumple advertir que, en lo que respecta a “reparaciones”, la Corte ha construido “progresivamente” una interpretación fecunda a partir del escueto artículo 63.1 de la CADH, plasmando la

reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial, cuya fuente se halla en derechos materiales o inmateriales. Se trata, en otros términos, de la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, que se transforma en un derecho de alcan-

ce social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>53</sup>

Lo expuesto puede verificarse en sendas sentencias sobre reparaciones recaídas en los casos “Aloeboetoe y otros *vs.* Suriname”<sup>54</sup> (del 10 de septiembre de 1993) y en el citado “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua”, además de los aquí también mencionados “Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay”, “Comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” y “Ximenes Lopes *vs.* Brasil”.

## VII. APRECIACIONES FINALES

1. Como reflejo del carácter unitario de la dignidad humana, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales media unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y, en modo alguno, separación antinómica.

Esa y no otra es la lectura razonable que suscita uno de los logros fundamentales de la IIa. Conferencia Mundial de Derechos Humanos: promover y movilizar la doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos. No menos importante es que aquella Conferencia Mundial constituyó un punto nuclear para que se conozca y difunda la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en especial, de sus segmentos más vulnerables.<sup>55</sup>

2. Los enfoques atomizados o fragmentados de los derechos humanos, como el que subyace en la tesis de las “generaciones de derechos hu-

<sup>53</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 11, p. 155.

<sup>54</sup> Corte IDH, serie C, núm. 15.

<sup>55</sup> *Cfr.*, en ese sentido, Cançado Trindade, Antônio A., *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, 2a. ed., Porto Alegre, Fabris, 2003, vol. I, *inter alia*, p. 39; en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte Interamericana en el aludido caso “Ximenes Lopes *vs.* Brasil” (pfo. 42).

manos”, han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos<sup>56</sup> en la dimensión fáctica.

Sobre el particular, como hipótesis de mínima cabría acordar que dicha concepción “generacional” no debe ser aceptada a-críticamente, sino por el contrario, repensada, evaluando si es léxica, histórica y jurídicamente correcta, o simplemente una creación discursiva convencional.

3. En punto al alcance y al grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”.<sup>57</sup>

La *progresividad* debe ser *efectiva y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y consistente con la encumbrada pauta axiológica *pro homine*.

4. Ya en el plano interno es justamente en la confluencia temática con que cerrábamos el párrafo anterior donde la magistratura ordinaria y/o constitucional debe cumplir una importante función, impregnada de *activismo equilibrado*, para no invadir de manera temeraria esferas competenciales que le resultan extrañas pero tampoco consentir una pretendida vacuidad de las obligaciones estatales asumidas interna e internacionalmente en materia de DESC, pues ello sí supondría abdicar de deberes propios e inherentes a la función jurisdiccional.

Por ende, se impone la necesidad de fortalecer los mecanismos internos en pro de la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC, como paso previo a la articulación de los resortes transnacionales, dado que la jurisdicción internacional es complementaria o coadyuvante de la nacional.

<sup>56</sup> Cfr. Cançado Trindade, Antônio A., en el prólogo a la citada obra de Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, cit., nota 6, p. II.

<sup>57</sup> Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, véase el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte Interamericana en “Cinco Pensionistas vs. Perú”.

En la búsqueda de técnicas alternativas que propicien la exigibilidad judicial de aquéllos no es irrazonable servirse de los principios de igualdad (y no discriminación) y de debido proceso. Por lo demás, tampoco es un dato menor tomar en consideración que, como manifiesta Landa Arroyo, no hay libertades sin derechos sociales, ni derechos sociales sin las correspondientes libertades, lo que significa que “las *political questions* sobre derechos sociales deberán ser reevaluadas por la jurisdicción constitucional en una época de nuevos retos globales para el Estado y la sociedad”<sup>58</sup>.

Por cierto, nada se descubre al recordar que la singular trascendencia que adquieren los derechos económicos, sociales y culturales, en no pocas ocasiones ha quedado mediatizada en las respectivas agendas de prioridades gubernamentales a manos de los derechos civiles y políticos. De esta manera, se pierde de vista que los DESC buscan garantizar unas condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la elevación del mínimo existencial que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir.<sup>59</sup>

5. Por lo que toca al plano interamericano de protección, y obviamente más allá de las opciones específicas que brinda el Protocolo de San Salvador, los peticionarios deberán formular planteos creativos y animarse a explorar nuevos caminos argumentales ante la Comisión Interamericana, como llave de acceso al sistema. Aludimos ejemplificativamente a las siguientes:<sup>60</sup> focalizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en función de la protección de los civiles y políticos, por caso, planteando el derecho a no ser discriminado en relación con los DESC; enfocar la consagración de éstos como límite al ejercicio de los derechos civiles y políticos; invo-

<sup>58</sup> Landa Arroyo, César, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra, 2006, p. 520.

<sup>59</sup> Osuna Patiño, Néstor, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 14, junio de 2003, p. 95.

<sup>60</sup> *Cfr.* Contarini, Eugenia *et. al.*, “Argentina”, en varios autores, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, 1999, p. 135.

car el derecho a la protección judicial y la cláusula del debido proceso como medio alternativo de protección de los DESC; y alegar la obligación de no regresividad<sup>61</sup> de los Estados en este campo.

Por su parte, la observación de la dinámica de la Corte Interamericana exhibe de qué manera va germinando alguna práctica que la muestra permeable a interpretar los derechos civiles y políticos en “clave social”; emplear derechos “puente” o “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; descubrir ciertas facetas “sociales” de algunos derechos civiles y políticos; así como reconducir socialmente el derecho individual a obtener reparaciones de índole patrimonial.

6. Volviendo al punto de partida de esta contribución, no cabe sino abogar por la *superación* de preconceptos en materia de DESC, que los reputan perdidos en la imprecisión; el *abandono* de percepciones que intuyen en ellos ciertos “defectos congénitos” que obstan a catalogarlos como verdaderos “derechos” o a atribuirles algún “valor jurídico”,<sup>62</sup> y la *desactivación* de perspectivas que, al mantener que los derechos económicos, sociales y culturales no generan obligaciones estatales correlativas, preconizan la “irresponsabilidad” del Estado en caso de incumplimiento de normas nacionales o internacionales que los reconozcan.

Recurriendo a una combinación de deseo y esperanza en dosis similares,<sup>63</sup> entendemos que las energías deben ser recanalizadas positivamente

<sup>61</sup> Como se ha constatado, el principio de no regresividad —derivado del principio de no discriminación y del contenido esencial de los derechos económicos y sociales asegurados constitucionalmente— implica un contenido mínimo e indisponible de los derechos tanto individuales como económicos, sociales y culturales, exigiendo a los operadores jurídicos un estricto escrutinio de razonabilidad (*cf.* Nogueira Alcalá, Humberto, “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 2, abril-junio de 2003, Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, Fuente: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-hna1.htm#top>).

<sup>62</sup> Véase al respecto, la respuesta que a tales objeciones brinda Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos”, en varios autores, *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 198 y ss.

<sup>63</sup> Compusimos la frase a partir de la expresión con que Tomás Moro finaliza su obra *Utopía*: “lo mío es más deseo que esperanza” (“I may rather wish for than hope after”).

para vencer relativismos y escepticismos, construir y aportar para crear, modular y repensar técnicas de realización, vías de maximización o mecanismos de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales que los pongan en acción y permitan definitivamente visualizarlos como lo que son: *una realidad y no un engendro ficcional desprovisto de contenido y significado verdaderos.*