

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Christian COURTIS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problemas de interpretación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. III. *Obligaciones estatales vinculadas con el artículo 26 de la Convención Americana*. IV. *Perspectivas de utilización del artículo 26 frente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 26 constituye la solitaria norma del capítulo sobre derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pese al creciente desarrollo del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales en otras esferas internacionales, el artículo 26 ha sido notoriamente subutilizado en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. El siguiente trabajo tiene por objeto ofrecer lineamientos para una dogmática del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica). Para ello enfrenta los problemas de interpretación que plantea su peculiar estructura remisiva, a partir de los estándares fijados por los principales órganos de interpretación y aplicación de derechos

* Director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y profesor visitante del ITAM (México). Una versión previa de este artículo fue publicada en Courtis, Christian *et al.* (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 1-66.

económicos, sociales y culturales del derecho internacional. Finalmente, reviso las posibilidades de aplicación de la norma, teniendo en consideración la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. *Planteamiento*

Para comenzar, es útil transcribir la norma que será objeto de nuestro itinerario hermenéutico:

Capítulo III DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

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

Como puede advertirse a simple vista, la norma plantea varios interrogantes. Un primer problema dogmático a dilucidar es el alcance de la remisión del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los derechos a los que se refiere el artículo 26 —sean cuales sean las medidas que los Estados se comprometen a adoptar— no son individualizados por el texto del artículo 26, sino que obligan al intérprete a revisar otro documento —la Carta de la Organización de los Estados Americanos reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Un segundo problema dogmático, una vez superada la identificación de los derechos que surgen de la norma, consiste en la determinación del contenido de las obligaciones específicas que establece el artículo 26 a los Estados partes, y su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención.¹ Analizaré seguidamente estos dos problemas.

¹ Cfr. Melish, T., *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, Quito, Orville H. Schell Jr.

2. *El alcance de la remisión del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

La remisión efectuada por el artículo 26 plantea un primer problema formal, ya que al momento de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la única modificación introducida a la Carta de la Organización de los Estados Americanos era justamente la del Protocolo de Buenos Aires, de 1967. Sin embargo, la Carta de la OEA sufrió varias otras reformas, por vía del Protocolo de Cartagena (1985), el Protocolo de Washington (1992) y el Protocolo de Managua (1993). Un autor sugiere la necesidad de entender el texto en el sentido de incorporar a la remisión las demás modificaciones a la Carta de la OEA, y no sólo la producida por vía del Protocolo de Buenos Aires de 1967.² Aunque la sugerencia parece razonable, el problema en realidad es poco significativo, ya que la versión actual de la Carta de la OEA, consideradas todas sus reformas, mantiene básicamente el mismo contenido incorporado por el Protocolo de Buenos Aires en materia de normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura. Las únicas modificaciones posteriores que afectan al contenido de estas normas —más allá de los cambios de títulos de los capítulos y el cambio del número del articulado de la Carta— son las introducidas por el Protocolo de Cartagena, que sin embargo son menores, y apenas tienen relevancia para derivar de ellas derechos. Las modificaciones de algún peso incorporadas por el Protocolo de Cartagena agregan a la Carta de la OEA aspectos fundamentalmente relacionados con el desarrollo, la cooperación, el comercio exterior y la tecnología, amén de algunos cambios menores de redacción.³ El núcleo de las

Center for International Human Rights, Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2002, pp. 335-338.

² Véase Urquilla Bonilla, C., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, núms. 30 y 31, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pp. 259-281, nota 11.

³ Véase Protocolo de Cartagena, artículos II y III, que introducen, en lo que interesa aquí, modificaciones menores en los actuales artículos 30, 34, 35, 37, 47, 48 y 51, el agregado de los actuales artículos 31, 32, 33 y 36, y la eliminación de los entonces artículos 30, 32 y 33 (las numeraciones originales fueron alteradas por reformas posteriores). De todos estos cambios, el de mayor relevancia a efectos de este trabajo es del encabezado del actual artículo 34, en el que se agrega como objetivos básicos del desarrollo integral a la “igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distri-

normas que es preciso interpretar para determinar cuáles son los derechos que pueden derivarse de ellas ya estaba contenido en el Protocolo de Buenos Aires, y se ha mantenido casi intacto en las posteriores modificaciones a la Carta de la OEA.

Entremos entonces al problema del alcance de la remisión del artículo 26 de la Convención. Uno de los principios de interpretación aplicable al caso es el principio *pro homine*, que prescribe, en caso de duda, la interpretación más favorable a la vigencia de un derecho humano o a su mayor extensión.⁴ Para evitar una aplicación excesivamente expansiva del principio *pro homine* —que tenga el efecto de derivar derechos o ampliar su contenido sin base textual suficiente— es conveniente avanzar en el marco de referencia dado por el actual desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Esto implica, como veremos, emplear otros instrumentos internacionales y normas relevantes (como las constitucionales) y el trabajo de desarrollo efectuado por órganos internacionales de supervisión de aquellos instrumentos para identificar los derechos y su contenido.⁵

bución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de [los] pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo”.

⁴ Véase al respecto, Pinto, M., “El principio *pro homine*. Criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto-CELS, 1997, pp. 163-171. La autora señala que el principio es particularmente importante “cuando en un mismo ámbito coexisten normas internacionales de distinto alcance” (p. 164), hipótesis similar a la que analizamos, como veremos.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el principio *pro homine* se refleja en el artículo 29, aunque de todos modos se trata de un principio general de interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana ha hecho reiterado uso de este principio. Véase, por ejemplo, Corte IDH, opinión consultiva OC-1/82, “‘Otros tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)” del 24 de septiembre de 1982, párrafo 41; opinión consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 52.

⁵ Ésta ha sido la práctica constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase, por ejemplo, lo dicho en la opinión consultiva OC-5/85: “En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho”. *Cfr.* Corte IDH, opinión consultiva OC-5/85, *cit.*, párrafo 51.

Dilucidar el alcance de la remisión hecha por el artículo 26 requiere dos pasos hermenéuticos. El primero consiste en determinar cuáles son 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”. El segundo, identificadas ya esas normas, consiste en determinar cuáles son los “derechos que se derivan” de esas normas.

La distinción de pasos es importante, porque el texto del artículo 26 sugiere que existen normas en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires que, sin consagrar directamente derechos, pueden constituir la fuente de derechos en la medida en que éstos se deriven de aquéllas. Como veremos, con alguna excepción, para identificar los derechos de marras esta doble operación es necesaria en la gran mayoría de los casos, dado que el objeto fundamental de la Carta de la OEA no era el de consagrar directamente derechos para las personas, sino el de crear la organización y fijar sus fines, imponiendo obligaciones a los Estados.⁶ En este sentido, puede decirse que, pese a lo escueto de su texto, es el artículo 26 de la Convención Americana el que asigna carácter de derechos humanos a parte de las referencias normativas de la Carta de la OEA en la materia —redactadas en términos de principios, objetivos y medidas de política pública que los Estados miembros de la organización se comprometen a adoptar.⁷

En cuanto al primer paso, la Carta de la OEA ofrece al menos dos niveles de normas de contenido económico, social y sobre educación, ciencia y cultura. El primero, más general, se refiere a la naturaleza y propósitos de la organización (capítulo I) y a los principios reafirmados por sus miembros (capítulo II). Ya en este nivel es posible encontrar objetivos de política pública que permiten derivar de ellos derechos de las personas. El segundo nivel, mucho más detallado, está constituido por aquellas normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias bajo el título

⁶ Véase en este sentido, la opinión de Antônio Cançado Trindade, que, sin embargo, no avanza en la derivación de derechos de las normas de la Carta de la OEA como dispone el artículo 26. *Cfr.* Cançado Trindade, A. A., “A justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais no plano internacional”, *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 186.

⁷ Como he dicho, existen algunas excepciones, que comentaré *infra*, cuando analice derecho por derecho.

“Desarrollo integral” (capítulo VII de la Carta, artículos 30 a 52). En él se establecen más minuciosamente principios y objetivos de política pública en materia económica, social, educativa, científica y cultural. En la estructura orgánica de la OEA, algunos de estos objetivos se repiten al asignársele funciones al Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (capítulo XIII de la Carta).

La vinculación entre ese primer paso —la identificación de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA— y el segundo paso hermenéutico —la derivación de derechos de esas normas— plantea alguna dificultad teórica: ¿cómo “traducir” principios u objetivos de política pública en derechos? Evidentemente, este problema no se plantea cuando las normas de la Carta de la OEA reconocen directamente derechos, pero como veremos, estos casos son contados en ese instrumento internacional. Con frecuencia se transita el recorrido inverso: fijados los derechos, se derivan objetivos de política pública deseables, habitualmente expresados en términos de indicadores, y se diseñan las medidas necesarias para concretar esos objetivos.

Sin embargo, en textos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Protocolo de San Salvador, es frecuente la identificación, una vez establecido un derecho, de algunos objetivos (y a veces algunas medidas concretas) de política pública específicos, que definen metas a ser alcanzadas por el Estado, restringiendo su margen de apreciación al respecto. Así, el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 10.2 del Protocolo de San Salvador detallan medidas y objetivos de política pública que los Estados deben cumplir en materia de salud, como correlato necesario del reconocimiento del derecho a la salud (aunque sin agotar su contenido); el artículo 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 13.2 y 13.3 del Protocolo de San Salvador hacen lo propio con respecto a la educación. Los ejemplos podrían multiplicarse.

La existencia de una relación similar en otros pactos de derechos humanos —y en textos constitucionales— entre derechos y objetivos (y medidas) de política pública que el Estado se ha comprometido a adoptar facilita la “derivación” de los derechos a partir de los objetivos y medidas de políticas públicas, en la medida en que ofrecen el contexto herme-

néutico adecuado para “reconstruir” aquellos derechos “escondidos” detrás de las normas de la Carta de la OEA.⁸

La falta de individualización concreta de derechos por parte del artículo 26 y de la mayoría de las normas de la Carta de la OEA, sumada al tenor del artículo 26, que prescribe al intérprete “derivar” derechos de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta, impone recurrir a textos auxiliares para identificar derechos cuando aparezcan objetivos o medidas de políticas públicas que sean índices de aquéllos. Parece obvio que son textos relevantes para encontrar medidas u objetivos de política pública análogas —y, a partir de ellas, “reconstruir” los derechos pertinentes— los demás instrumentos internacionales de derechos humanos referidos a derechos económicos, sociales y culturales y, tal vez, los textos constitucionales de orientación social. Es necesario recalcar que el mandato de “derivación” o de “reconstrucción” no surge del capricho del intérprete, sino de los mismos términos del artículo 26 de la Convención Americana —de modo que acudir a otras normas de derechos económicos, sociales y culturales parece un método razonable para cumplir con ese mandato.

Esta línea de argumentación se ve suplementada por el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresado en su opinión consultiva OC-10/89.⁹ De acuerdo con esa opinión consultiva, que versa sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana, para identificar los derechos humanos a los que se refiere la Carta de la OEA, es menester acudir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹⁰

⁸ Puede ser útil emplear por analogía la noción peirciana de *indicación* o *índice*, es decir, aquellos signos en los que la representación o significante muestra algo sobre lo representado por estar conectado con él. Peirce ofrece ejemplos tales como el humo con respecto al fuego, o la veleta con respecto a la dirección del viento. Véase Peirce, C. S. *et al.* (eds.), *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Cambridge, Harvard University Press, 1958, vol. II, par. 274. Véase también Fumagalli, A., “El índice en la filosofía de Peirce”, *Anuario Filosófico* XXIX/3, 1996, pp. 1127-1440. En nuestro caso la relación no es física, como en la mayoría de los ejemplos de Peirce, sino conceptual: los objetivos o medidas de política pública pueden entenderse, en este contexto hermenéutico, como índice de un derecho.

⁹ Melish, T., *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, *cit.*, p. 338.

¹⁰ Corte IDH, opinión consultiva OC-10/89, “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Conven-

Aunque la consideración de la Corte es de carácter general, si se la aplica particularmente a las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas de la Carta de la OEA, se ha encontrado al menos uno de los instrumentos relevantes para la identificación de los derechos económicos, sociales y culturales a los que alude el artículo 26 de la Convención Americana: la Declaración Americana. Sin embargo, la Declaración es sólo uno, pero no el único instrumento relevante para identificar (“derivar”) estos derechos de la Carta de la OEA. Como ya he dicho, otros instrumentos internacionales pueden ser importantes para señalar la derivación de un derecho a partir de una medida u objetivo de política pública incluidas en una norma de carácter económico, social, cultural, educativo o científico de la Carta de la OEA. Son particularmente importantes al respecto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y aún otros tratados, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. He sugerido también que, para sustentar la derivación de un derecho a partir de normas que establecen objetivos o medidas de políticas públicas, también pueden resultar útiles los textos constitucionales.

Con todo, es posible que existan casos grises, en los cuales las normas de la Carta de la OEA vayan más allá de la codificación internacional o

ción Americana sobre Derechos Humanos”, del 14 de julio de 1989 (1989). Son especialmente relevantes los párrafos 43 y 45:

“43. 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, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”.

...

“45. 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. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”.

constitucional —de modo que el establecimiento de objetivos o medidas de política pública no constituyan indicio de ningún derecho reconocido en otros tratados internacionales de derechos humanos—. Estos casos requieren mucha prudencia del intérprete, dado el obvio inconveniente que plantea la inflación de “nuevos derechos” generados únicamente a partir de inferencias.¹¹ Sin embargo, cuando la base de inferencia sea suficientemente sólida, no hay por qué negar la posibilidad de derivar otro derecho. En su caso, sugeriré algunos criterios para reconstruir de modo aceptable el alcance de esos derechos.

Al segundo paso hermenéutico —la “derivación” de derechos de las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas de la Carta de la OEA— estará dedicado la próxima sección.

La identificación de derechos derivados de las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas de la Carta de la OEA

Ya he sugerido algunas técnicas de “derivación” de derechos a partir de las medidas y objetivos de políticas públicas fijadas por las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas de la Carta de la OEA. En este párrafo me dedicaré a emplear esas sugerencias interpretativas para identificar los derechos a los que se refiere, por remisión, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aun a riesgo de repetirme, subrayaré algunas peculiaridades de este proceso de “derivación”. Los casos en los que el derecho es mencionado directamente por la Carta de la OEA no presentan problema alguno, pero desafortunadamente son los menos. En los demás casos, la derivación se hace por un procedimiento de inferencia a partir de las normas económicas, sociales, culturales, educativas y científicas contenidas en la Carta de la OEA. La validez de la inferencia es susceptible de grado:¹² cuanto

¹¹ Sobre los peligros de la interpretación de “derechos implícitos”, véase Ely, J. H., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, capítulo II, pp. 34-40 (versión en castellano, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997).

¹² Para seguir con las referencias peircianas, se trata de un procedimiento de abducción, en el que el principio que guía las premisas a la conclusión es el de la mejor explicación de un determinado conjunto de circunstancias. Véase al respecto Lee, B., *Talking*

más clara y abundante sea la base normativa —los “índices”— a partir de la cual se realiza la inferencia, mayor certeza habrá al respecto de su validez. Por el contrario, si las referencias normativas a partir de las cuales se realiza la inferencia son oscuras, vagas o aisladas, la validez de la inferencia se verá debilitada. Por ello —y en vista del efecto pragmático que conlleva toda interpretación— señalaré en cada caso cuán sólida es, a mi juicio, la inferencia, de acuerdo con los elementos textuales con los que se cuente. En términos prácticos, esto tal vez equivalga a abrir alguna prognosis sobre la probabilidad de que la validez de la inferencia sea efectivamente reconocida por los órganos del sistema —y, por ende, de que la invocación de derechos derivados a partir de este método de la Carta de la OEA reciba tutela por parte de esos órganos.

Queda aún una observación importante por hacer. La identificación de un derecho por vía de inferencia no agota necesariamente el problema de la determinación del contenido del derecho. En algunos casos, los propios objetivos y medidas de políticas públicas establecidos por la Carta de la OEA pueden fijar alguna pauta para la asignación de contenido al derecho, aunque difícilmente de manera completa. En la mayoría de los casos, sin embargo, las menciones de la Carta de la OEA apenas alcanzarán para identificar un derecho por su nombre —así, por ejemplo, el derecho a la seguridad social, o a la vivienda, o a la salud.

Para la determinación del contenido —es decir, el complejo de facultades, mandatos y prohibiciones que nacen a partir de su reconocimiento— de los derechos identificados por vía de inferencia, la base textual ofrecida indirectamente por la Carta de la OEA es en la mayoría de los casos insuficiente, y será menester, como en la operación de identificación del derecho, acudir a otras fuentes. Para ello serán relevantes no sólo otros instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, sino particularmente la interpretación que de ellos hayan realizado los órganos pertinentes de supervisión de aquellos instrumentos. Entre los documentos interpretativos de particular peso cabe

Heads. Language, Metalanguage and the Semiotics of Subjectivity, Duke University Press, Durham, 1997, pp. 125-134. Lee subraya la importancia que tienen en la teoría de Peirce los significados generalmente aceptados por la comunidad científica de referencia: en nuestro caso, la construcción de categorías dogmáticas generalizadas sobre derechos económicos, sociales y culturales y su reflejo en órganos autorizados de interpretación pueden constituir un buen elemento para evaluar la bondad de la explicación.

señalar la importancia de las observaciones generales elaboradas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹³

Dicho esto, paso a identificar los derechos en cuestión.

a. El derecho a la educación

El derecho que puede identificarse con mayor certeza en la Carta de la OEA es, sin duda, el derecho a la educación. En primer lugar, es explícitamente mencionado como derecho en el artículo 49 de la Carta: “Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación”. El artículo 49, como veremos, establece algunos lineamientos del contenido del derecho.

Además de la mención del derecho a la educación en el artículo 49, varias otras normas establecen medidas y objetivos de política pública de las que se puede derivar claramente el derecho. Así, por ejemplo, el artículo 34 h) fija como meta la “erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación”; el artículo 50 reitera el compromiso de los Estados con la erradicación del analfabetismo y con el fortalecimiento de los sistemas de educación para

¹³ Cabe señalar que en el derecho constitucional comparado se ha ido aún más allá, considerando que una base posible para identificar el contenido de un derecho fundamental es la doctrina jurídica mayoritaria. Al respecto, vale citar la doctrina del Tribunal Constitucional español, expresada en la sentencia 11/1981, referida al derecho de huelga: “El contenido esencial del derecho subjetivo al que se refiere el artículo 53 de la Constitución española puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”.

En el caso del derecho internacional, una estrategia similar podría fundarse en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, generalmente aceptado como expresión de las fuentes del ordenamiento jurídico internacional. El artículo 38.1 d) reconoce como medio auxiliar para determinar las reglas de derecho “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”. Sin embargo, dada la novedad y la falta de tradición dogmática sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano, parece prudente avanzar primero a partir del texto de otros instrumentos internacionales, y de la labor de interpretación de los órganos internacionales de supervisión de los tratados y de otras fuentes relevantes.

adultos y de habilitación para el trabajo; el artículo 47 establece que 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”; el artículo 48 incluye entre los objetivos de la cooperación entre Estados la satisfacción de “sus necesidades educacionales”. Más genéricamente, entre los principios de la Organización se señala que “(l)a educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz”.

Si se dudara aún de la posibilidad de identificar el derecho a la educación en las normas de la Carta de la OEA, basta con acudir, según lo prescribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la Declaración Americana. El derecho a la educación está claramente incorporado en el artículo XII de esa Declaración. Más aún, el artículo XXXI de la Declaración establece para toda persona un deber de instrucción primaria, lo que supone la existencia de un servicio educativo a su disposición para descargarlo.

Dada la evidencia de incorporación del derecho a la educación en la Carta de la OEA, es innecesario acudir a instrumentos auxiliares. Cabe, de todos modos, mencionar su consagración en los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador y en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño. También son relevantes el artículo 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los artículos 30, 43.1 a), 45.1 a), 45.2, 45.3 y 45.4 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias y el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La mención se debe a la posibilidad de visualizar claramente la relación entre establecimiento de un derecho y fijación de objetivos y medidas de política pública. Si bien en este caso el texto de la Carta de la OEA es suficientemente claro en el reconocimiento del derecho a la educación, pueden verse en los respectivos artículos 13 del PIDESC y del Protocolo de San Salvador objetivos similares a los establecidos en la Carta: educación primaria obligatoria y gratuita, extensión de la educación media, accesibilidad de la educación superior, fortalecimiento de la educación para adultos, fijación de los objetivos de la educación. La Carta de la OEA

agrega una clara meta de política pública en materia educativa: la erradicación del analfabetismo. El hallazgo de metas y medidas de política pública similares en los casos en los que la Carta de la OEA no identifique claramente un derecho constituye una buena base de inferencia o “derivación” de ese derecho.

En cuanto al contenido del derecho, la Carta de la OEA brinda algunas indicaciones importantes. El artículo 49 fija explícitamente las bases del derecho: obligatoriedad de la educación primaria y gratuidad cuando el Estado la imparta, extensión progresiva de la educación media a la mayor parte posible de la población, accesibilidad de la educación superior. Algunas de las normas ya mencionadas de la Carta permiten también inferir ciertos contenidos: la fijación de “la justicia, la libertad y la paz” como fines de la educación permite inferir la prohibición de la educación incompatible con esos fines; del establecimiento de la erradicación del analfabetismo como meta es posible inferir la prohibición de medidas que extiendan el analfabetismo, etcétera. Estas indicaciones, sin embargo, son insuficientes para sistematizar en forma completa el contenido del derecho, por lo que el intérprete debe acudir a otras fuentes para detallar su contenido obligacional. Alguna (escasa) ayuda puede provenir del texto del artículo XII de la Declaración Americana (al menos en la medida en que subraya la igualdad de oportunidades en materia educativa). Mucho más útiles para desarrollar el contenido del derecho son los respectivos artículos 13 del PIDESC y del Protocolo de San Salvador, los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los artículos 30, 43.1 a), 45.1 a), 45.2, 45 3 y 45.4 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el texto completo de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. Pero para completar el contenido del derecho¹⁴ debe acudirse en especial a las observaciones generales 11 y 13 del Comité de Dere-

¹⁴ Véase, en general, Kweitel, J. M. y Ceriani, P., “El derecho a la educación”, en Abramovich, V. *et al.*, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 203-232; Nowak, M., “The Right to Education”, en Eide, A. *et al.* (comps.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1995, pp. 189-211.

chos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵ y la observación general 1 del Comité de los Derechos del Niño.¹⁶ La observación general 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales resulta particularmente importante, dado que desarrolla en forma general el contenido del derecho, fijando su alcance, detallando las obligaciones estatales y ofreciendo ejemplos de posibles violaciones. En sentido similar, son importantes los informes de la Relatoría Especial del actual Consejo de Derechos Humanos (anteriormente, Comisión de Derechos Humanos) de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación.

b. Los derechos laborales

La Carta de la OEA también alude explícitamente a derechos relacionados con el trabajo, además de efectuar menciones a objetivos y medidas de políticas públicas de las cuales pueden inferirse derechos en ese ámbito.

El artículo 45 dedica varios incisos a las condiciones que, de acuerdo con la Carta de la OEA, debe reunir un “orden social justo”. Entre ellos, reconoce al trabajo como un “derecho y un deber social”, y establece que su prestación debe incluir “un régimen de salarios justos, (que) aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar” (inciso b). El inciso c) establece que “(l)os empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”. El inciso d), por su parte, requiere “(j)ustos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad”. En forma más genérica, el artículo 34 g) incluye entre las metas para lograr un de-

¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 11, “Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14)”, E/C.12/1999/4; observación general 13, “El derecho a la educación (artículo 13)”, E/C.12/1999/10.

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, observación general 1, “Propósitos de la educación”, CRC/GC/2001/1.

sarrollo integral, “(s)alarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. El artículo 45 g) recalca la importancia de la contribución de los sindicatos a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo y el artículo 46 prescribe la necesidad de armonización de la legislación social de los Estados miembros en el campo laboral y de la seguridad social, “a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos”.

Como se ve, bien por su mención directa, bien por la posibilidad de derivar derechos a partir de la mención de una meta o medida de política pública a adoptar, el panorama de derechos aludidos es considerable, aunque no tan amplio como el de otros instrumentos. Si alguna duda cupiera, la Declaración Americana contribuiría a identificar derechos en este ámbito. Así, el artículo XIV de la Declaración se refiere al derecho al trabajo en condiciones dignas y a recibir una remuneración que le asegure un nivel de vida conveniente para sí y para su familia, el artículo XV se refiere al derecho a descanso, y el artículo XXXVII se refiere aún al deber de trabajar —lo que supone el derecho de acceso al trabajo y, de acuerdo con el artículo XIV, al trabajo en condiciones dignas y con remuneración suficiente.

En cuanto al contenido de los derechos reconocidos en este ámbito, la enumeración de la Carta presenta cierto desorden, de modo que es útil acudir al auxilio de otros instrumentos internacionales para definirlos más concretamente. De la Carta pueden al menos identificarse un derecho a acceder al trabajo (o llanamente un derecho al trabajo), derechos individuales del trabajador, y derechos colectivos relativos al trabajo.¹⁷ Como hemos visto, la Declaración Americana no nos presta demasiada ayuda en la especificación del contenido de los derechos: será necesario, entonces, revisar otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto el derecho al trabajo, los respectivos artículos 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Protocolo de San Salvador ofrecen una mejor base para asignarle algún contenido más detallado. Al respecto, debe consultarse la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dedicada es-

¹⁷ Véase Drzewicki, K., “The Right to Work and Rights in Work”, en Eide, A. *et al.* (comps.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, *cit.*, pp. 169-188.

pecíficamente al tema.¹⁸ El artículo 11 a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer también alude a ese derecho. También son importantes los artículos 52 y 53 de la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, al igual que el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, para completar su contenido en forma más específica es menester acudir a los respectivos convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.¹⁹

En lo que hace a los derechos individuales del trabajador, si bien las normas citadas de la Carta de la OEA efectúan algunas menciones útiles, en especial las referidas con la retribución justa, es menester especificar el contenido de la expresión “condiciones de trabajo aceptables para todos” (artículo 34 g), similar a la de “condiciones dignas” del artículo XIV de la Declaración Americana. Para ello, es necesario remitirse a los respectivos artículos 7 del PIDESC y del Protocolo de San Salvador. Estos dos artículos detallan con mayor claridad esas condiciones: remuneración justa; igual remuneración por igual tarea; seguridad e higiene en el trabajo, derecho a la promoción o al ascenso; estabilidad en el empleo y derecho a la indemnización en caso de despido injustificado; limitación de las horas de trabajo, descanso y vacaciones pagadas. Son relevantes también el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 25, 49, 51, 54 y 55 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Las recomendaciones generales 13 y 16 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer aportan también algunos elementos.²⁰ En todo caso, el nivel de detalle de estas cláusulas sigue siendo general, de modo que para especificar aún más el contenido de cada una de estas disposiciones son útiles los con-

¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 18, “El derecho al trabajo”, E/C.12/GC/18.

¹⁹ Véase, en especial, Convenios 122 y 111 de OIT.

²⁰ Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 13, “Igual remuneración por trabajo de igual valor”, A/44/38; recomendación general 16, “Mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas”, A/46/38.

venios y recomendaciones pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo.²¹

Por último, en materia de derechos colectivos de los trabajadores, las breves menciones de la Carta de la OEA a los derechos a formar sindicatos, a la negociación colectiva, al derecho de huelga y al de participar en mecanismos de procedimientos de consulta y colaboración entre trabajadores y patrones requieren, como en los demás casos mencionados, de ulterior especificación. En los respectivos artículos 8 del PIDESC y del Protocolo de San Salvador hay mayores precisiones sobre el contenido del derecho a la formación de sindicatos, a la afiliación a ellos y a su libre funcionamiento, además del derecho a la formación de federaciones y confederaciones. Son también relevantes los artículos 26, 40 y 42 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para ahondar en el contenido de estos y los demás derechos mencionados, es necesario remitirse a los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en la materia.²²

c. El derecho a la seguridad social

La Carta de la OEA no menciona directamente un derecho a la seguridad social, de modo que es necesario, para postular su existencia, derivarlo razonablemente de las normas de ese instrumento.

Aunque no esté expresamente mencionado como derecho, varias de las alusiones —explícitas e implícitas— de la Carta permiten inferir su reconocimiento. El artículo 45 h) incluye, por ejemplo, entre las condiciones necesarias para lograr un orden social justo el “(d)esarrollo de una política eficiente de seguridad social”. El artículo 46, ya referido, prescribe la necesidad de armonizar la legislación social de los Estados miembros, en especial en el área laboral y de la seguridad social. En forma más difusa, entre los principios de la Organización, el artículo 3 j) incluye la seguridad social como base de una paz duradera. Estas menciones suponen la existencia de una política pública de seguridad social, que

²¹ Véase particularmente convenios 131, 100, 14, 106, 132, 81, 129 y 155 de la OIT.

²² Véase convenios 87, 98 y 151 de la OIT.

puede tomarse como razonable índice de un derecho individualizado a la seguridad social.

El artículo 45 b), que también he referido antes, alude implícitamente al derecho a la seguridad social: incluye dentro de las condiciones de prestación del trabajo “un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, *tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar*”. Es claro que la mención resaltada se refiere a las instituciones típicas de la seguridad social, que aseguran el mantenimiento de un ingreso en caso de interrupción de la prestación de trabajo (vejez, incapacidad o invalidez, desempleo, maternidad, etcétera), y se extienden además a la familia del trabajador o la trabajadora. De estas menciones puede “derivarse” un derecho a la seguridad social. Acudir a otros instrumentos internacionales es útil a efectos de dar unidad a estas menciones dispersas. En este caso, el texto de la Declaración Americana resulta particularmente útil. En su artículo XVI, la Declaración establece que “(t)oda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”. También merece recalcar que la Declaración establece que la cooperación con el Estado y con la comunidad en la seguridad social es un deber (artículo XXXV). Esto puede justificar la obligatoriedad de los aportes en materia previsional, por ejemplo.

Para concretar el contenido del derecho es necesario, sin embargo, acudir a otras normas internacionales, dado lo escueto del texto tanto de la Carta de la OEA como de la Declaración Americana. Los respectivos artículos 9 del PIDESC y del Protocolo de San Salvador se refieren al derecho a la seguridad social. No es mucho lo que puede obtenerse del texto del artículo 9 del PIDESC, que apenas nombra el derecho. Alguna utilidad más tiene el artículo 9 del Protocolo de San Salvador. En él se especifican al menos los hechos que deben desencadenar cobertura (vejez, incapacidad, muerte), la extensión del beneficio a los dependientes del causante en caso de muerte, y algunas bases para fijar la extensión de la cobertura en caso de accidente de trabajo, enfermedad profesional y maternidad (atención médica, subsidio o jubilación, licencia retribuida, respectivamente). El artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del

Niño, los artículos 11, 12 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 27 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, son útiles para aclarar la aplicabilidad de estos derechos a los grupos tutelados por cada uno de esos instrumentos. Nuevamente, el nivel de generalidad de estas menciones requiere que, para asignar un contenido específico a los distintos aspectos del derecho, se consulten otros instrumentos internacionales. En este ámbito, también resultan de especial relevancia los convenios y recomendaciones pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo.²³

Complementariamente, cabe observar también que entre los propósitos y metas más reiterados en la Carta de la OEA se encuentra la erradicación de la pobreza crítica y la mejor distribución de la riqueza y del ingreso. Así, por ejemplo, el artículo 2 g) de la Carta incluye entre los propósitos de la Organización “(e)rradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio”. El artículo 3 f) señala, entre sus principios, que “(l)a eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos”. El artículo 34 de la Carta incluye entre los objetivos básicos del desarrollo integral, “la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso”. El inciso b) de ese mismo artículo especifica como meta para lograr el desarrollo integral la “(d)istribución equitativa del ingreso nacional”.

Como principios y medidas para el logro de un orden social justo, los Estados miembros de la organización convienen que “(t)odos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica” (artículo 45, inciso a), y se comprometen a lograr “(l)a incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la pobla-

²³ Véase, especialmente, el Convenio 102 de la OIT. Son también relevantes los convenios 121, 128, 130, 168, 103, 118 y 157. Cfr. Curtis, C., “El derecho a la seguridad social en el derecho internacional”, en Abramovich, V. et al., *Derechos sociales: instrucciones de uso, cit.*, pp. 257-270; Scheinin, M., “The Right to Social Security”, en Eide, A. et al. (comps.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook, cit.*, pp. 159-167.

ción, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático” (artículo 45, inciso f).

Esta insistencia suscita la pregunta acerca de la necesidad de adoptar una noción amplia de seguridad social, que incluya no sólo los regímenes contributivos de seguridad social, sino también los no contributivos —es decir, que incluya tanto la noción clásica de seguro social como la asistencia o protección sociales en casos de pobreza crítica—. La Declaración Americana, por ejemplo, hace una alusión a uno de esos términos, cuando en su artículo XXXV establece el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia social.²⁴ De todos modos, la derivación a partir de las normas mencionadas de un derecho a la asistencia social o a prestaciones de la seguridad social en casos de pobreza crítica resulta aventurado —y tal vez sea más conveniente insistir en algunos componentes del derecho a un nivel de vida adecuado, como el acceso a servicios de salud, el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda, antes que generar un nuevo derecho sustantivo por derivación. En todo caso, la Convención Americana hace aplicable también a los regímenes no contributivos o de asistencia social las garantías procesales y el derecho a un recurso efectivo (este último, al menos en

²⁴ Cabe señalar que la relevancia de la distinción entre regímenes contributivos y no contributivos en materia de seguridad social (o entre regímenes de seguridad y de asistencia social) ha sido materia de importante discusión ante la Corte Europea de Derechos Humanos —donde, entre otras cosas, se ha discutido la aplicación de la cláusula sobre las garantías judiciales (artículo 6.1 del Convenio Europeo), y la de la protección de la propiedad (artículo 1 del Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo) a regímenes no contributivos. Así, por ejemplo, en el caso “Salesi”, la Corte discutió la aplicabilidad del derecho al debido proceso (artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos) al procedimiento de otorgamiento de una prestación de asistencia social. El Estado italiano alegaba que, pese a que en casos anteriores la Corte había determinado la aplicabilidad del derecho al debido proceso a prestaciones de seguridad social, el carácter no contributivo y completamente público de las prestaciones de la asistencia social excluiría la aplicación del artículo 6.1. La Corte consideró que las diferencias alegadas por el Estado no eran relevantes, y determinó que el artículo 6.1 era aplicable a las circunstancias del caso. Véase Corte Europea de Derechos Humanos, caso “Salesi c. Italia”, del 26 de febrero de 1993, párrafo 19. Véase también el caso “Schuler-Zraggen c. Suiza”, del 24 de junio de 1993, párrafo 46. Sobre la protección del derecho a la asistencia social a través del derecho de propiedad, véase nota a pie de página siguiente.

el caso de que los beneficios de tales regímenes estén previstos en la Constitución o en la ley), el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación. Cabría pensar en un desarrollo similar al efectuado por la Corte Europea de Derechos Humanos, relativo a la extensión de la protección del derecho de propiedad a regímenes no contributivos de seguridad social.²⁵

d. El derecho a la vivienda

Pese a su parquedad, los incisos k) y l) del artículo 34 de la Carta de la OEA permiten derivar sin mayor dificultad el derecho a una vivienda adecuada. Entre las metas necesarias para lograr el desarrollo integral, el artículo 34 incluye: “k) *Vivienda adecuada para todos los sectores de la población*”, y “l) *Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna*”. Aunque apenas esbozada, la correlación entre la adecuación de la vivienda y las condiciones urbanas adecuadas adelanta el desarrollo más detallado efectuado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general 4.²⁶

Paradójicamente, se trata del instrumento internacional en el que la identificación del derecho puede efectuarse con mayor precisión. En la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes, las referencias a la vivienda son indirectas, circunstanciales, o bien se dan en el contexto de un derecho más general. Así, la Declaración Americana es menos explícita al respecto, mencionando la vivienda como una de las áreas en las que el Estado debe adoptar medidas para preservar la salud (artículo XI). Tampoco es demasiado expresivo al respecto el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se limita a incluir la vivienda adecuada entre los aspectos a ser cubiertos por el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia. En la misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño menciona la vivienda en el contexto

²⁵ Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, casos “Gaygusuz c. Austria”, del 16 de septiembre de 1996, párrafo 41; “Koua Poirrez c. France”, del 24 de septiembre de 2003, párrafo 37, y especialmente “Stec y otros c. Reino Unido”, decisión sobre admisibilidad del 6 de julio de 2005, párrafos 49-56.

²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 4, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, E/1992/23.

del derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Su artículo 27.3 también incluye la vivienda entre aquellas áreas en las que, de ser necesario, los Estados deben proporcionar asistencia material y programas de apoyo. El Protocolo de San Salvador ni siquiera menciona directamente la vivienda, refiriéndose, en el contexto del derecho al medio ambiente, del derecho de toda persona “a contar con servicios públicos básicos”. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se refiere marginalmente a la vivienda como una de las áreas en las que los Estados deben adoptar medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres en zonas rurales (artículo 14.2 h). Algo más articulada es la mención de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, que en su artículo 43.1 d) ordena la igualdad de trato de los trabajadores migratorios con respecto a los nacionales del Estado de empleo en materia de “acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres”, amén de una mención circunstancial en su artículo 43.3. El artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contiene una referencia similar.

Como puede verse, el texto de los incisos k) y l) del artículo 34 de la Carta de la OEA es, en su brevedad, más directo como fuente de reconocimiento del derecho a la vivienda adecuada. Ello es, sin embargo, insuficiente para determinar el contenido del derecho.²⁷ Para ello, es necesario acudir a las observaciones generales números 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrollan con detalle, respectivamente, el contenido del derecho a la vivienda adecuada y el derecho a la protección contra los desalojos forzosos.²⁸ En la misma línea,

²⁷ Véase, en general, Leckie, S., “The Right to Housing”, en Eide, A. *et al.* (comps.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, *cit.*, pp. 107-125; Leckie, S., *From Housing Needs to Housing Rights: An Analysis of the Right to Adequate Housing Under International Human Rights Law*, Londres, International Institute for Environmental and Development Human Settlements Programme, 1992; Pisarello, G., “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Abramovich, V. *et al.*, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, *cit.*, pp. 181-201; Pisarello, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria-Observatori DESC, 2003.

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 4, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, *cit.*; observa-

son útiles los informes del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Vivienda Adecuada.

e. El derecho a la alimentación

Otra referencia concisa pero clara de la Carta de la OEA permite derivar el derecho a la alimentación. Entre las metas a adoptar para lograr el desarrollo integral, el artículo 34, inciso j), de la Carta de la OEA, se refiere a la “(n)utrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos”.

La Declaración Americana presta alguna ayuda en la identificación del derecho, al referirse en su artículo XI, entre las medidas sanitarias y sociales destinadas a preservar la salud, a las “relativas a la alimentación”.

Sin embargo, la posibilidad de identificación de un derecho a la alimentación autónomo, derivable de la norma del artículo 34, inciso j), de la Carta de la OEA, aumenta considerablemente si se advierte la coincidencia entre las medidas allí indicadas y las establecidas por los artículos 12.2 del Protocolo de San Salvador y 11.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El inciso 2 del artículo 12 del Protocolo de San Salvador, en el marco de las disposiciones relativas al “derecho a la alimentación” (artículo 12), se refiere, como medida para hacer efectivo el derecho y para erradicar la desnutrición, al perfeccionamiento de “los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos”. Por su parte, el artículo 11.2 del PIDESC, en el marco del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, que incluye la alimentación adecuada, se refiere al “derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”, y prescribe como medida para la plena realización de ese derecho el mejoramiento de “los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principio sobre nutrición y el perfeccionamiento o la

reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales” (artículo 11.2 a).

Como puede apreciarse, el derecho a la alimentación es fácilmente derivable del artículo 34, inciso j), de la Carta de la OEA, dada la coincidencia de la meta (“nutrición adecuada”) y de las medidas prescritas para lograrla (“incremento de la producción y disponibilidad de alimentos”) con aquellas ligadas a la positivización del mismo derecho en otros instrumentos internacionales.

En cuanto al contenido del derecho a la alimentación,²⁹ amén de las metas y medidas establecidas por los artículos 12 del Protocolo de San Salvador y 11.2 del PIDESC, y las disposiciones del artículo 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la referencia a la observación general 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰ como instrumento interpretativo es insoslayable. Resultan también de importancia las directrices voluntarias de la FAO sobre la Realización Progresiva del Derecho a una Alimentación Adecuada en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional, los informes de la (entonces llamada) Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, preparados por el experto Asbjørn Eide, y de la actual Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Alimentación.

f. El derecho a la salud

Es llamativa en la Carta de la OEA la falta de referencia explícita de la protección de la salud como factor imprescindible para el desarrollo integral. Existe, sí, una mención que permite derivar el derecho a la salud, en la medida en que se la lea en el contexto de las referencias más explícitas

²⁹ Véase Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984; Añón, M. J., “El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada: dos caras de la misma moneda”, en Abramovich, V. *et al.*, *Derechos sociales: instrucciones de uso, cit.*, pp. 103-141; Eide, A., “The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food”, en Eide, A. *et al.* (comps.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook, cit.*, pp. 89-105; Kent, G., *Nutrition Rights: the Human Right to Adequate Food and Nutrition*, World Alliance on Nutrition and Human Rights/University of Hawai’i, Honolulu, 2000.

³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 12, “El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)”, E/C.12/1999/5.

de la Declaración Americana, y se la complete con las disposiciones de otros instrumentos internacionales relevantes.

El artículo 34 i) de la Carta de la OEA incluye entre las metas para lograr el desarrollo integral la “(d)efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”. Puesto en otros términos, esto significa la accesibilidad de los servicios sanitarios. La Declaración Americana contribuye a identificar mejor el derecho: su artículo XI se refiere —en términos más contundentes— al derecho de toda persona “*a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador permiten identificar con mayor claridad el derecho y sus aspectos característicos. El artículo 12.1 del PIDESC consagra el derecho de toda persona “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En el artículo 12.2 se detallan objetivos y medidas de política pública necesarios para la plena realización de ese derecho. El artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador también define al derecho a la salud como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. El artículo 10.2 establece la obligación estatal de considerar la salud como un bien público, y detalla medidas y objetivos de política pública para garantizar el derecho, entre las cuales se cuentan la universalidad de la atención primaria de la salud (artículo 10.2 a); la extensión de los servicios de salud a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado (artículo 10.2.b), la inmunización contra las enfermedades infecciosas (artículo 10.2 c), la prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas y profesionales (artículo 10.2.d), la educación sobre prevención y tratamiento de los problemas de salud (artículo 10.2 e), y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos vulnerables de la población (artículo 10.2.f). Resultan también útiles para identificar el derecho y algunos aspectos de su contenido los artículos 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 11, 12 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los artículos 28, 43.1 e) y 45.1 c) de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad, en la medida de su aplicabilidad a los grupos tutelados por estos instrumentos.

Nuevamente, sin embargo, para identificar los estándares relativos al contenido del derecho a la salud de manera más puntillosa,³¹ es imprescindible acudir a la observación general 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,³² que constituye, hasta ahora, el documento más completo al respecto. Resultan también útiles las observaciones generales 3 y 4 del Comité de los Derechos del Niño,³³ y la recomendación general 24 del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.³⁴ Por último, son igualmente importantes los informes del Relator del Comité de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Salud.

g. Los derechos culturales

La Carta de la OEA tiene numerosas referencias al goce de bienes culturales, de los que pueden derivarse con razonable certeza derechos culturales.

Así, el artículo 50 de la Carta prescribe que los Estados “asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población”; el artículo 30 incluye entre los campos abarcados por el desarrollo integral el cultural; el artículo 31 señala que entre los campos de la cooperación interamericana para el desarrollo integral debe comprenderse el cultural; el artículo 47 subraya que los Estados miembros “darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la cien-

³¹ Véase González, E., “El derecho a la salud”, en Abramovich, V. *et al.*, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, *cit.*, pp. 143-180; Tomasevski, K., “Health Rights”, en Eide, A. *et al.* (comps.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, *cit.*, pp. 125-142.

³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, E/C.12/2000/4.

³³ Comité de los Derechos del Niño, observación general 3, “El VIH/sida y los derechos del niño”, CRC/GC/2003/3; observación general 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/GC/2003/4.

³⁴ Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 24, “Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud”, A/54/38/Rev.1.

cia, 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”; el artículo 48 dispone que los Estados miembros “se considerarán individual y solidariamente comprometidos *a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos*”, y el artículo 52 establece que los Estados miembros “acuerdan promover... *el intercambio cultural* como medio eficaz para consolidar la comprensión interamericana y reconocen que los programas de integración regional deben fortalecerse con una estrecha vinculación en los campos de la educación, la ciencia y *la cultura*”.

El texto de la Declaración Americana también permite identificar un derecho a la cultura: su artículo XIII se refiere al “derecho a los beneficios de la cultura”, y establece que “*(t)oda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos*. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”.

En sentido similar, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 14 del Protocolo de San Salvador también incorporan derechos culturales e identifican metas y medidas similares a las mencionadas en forma dispersa por la Carta de la OEA.

En cuanto al contenido de los derechos culturales, el problema es que aún no existe un desarrollo dogmático de los estándares aplicable, comparable con el de los derechos económicos y sociales repasados hasta ahora, adoptado por órganos internacionales de derechos humanos.³⁵ Se

³⁵ Cfr. Eide, A., “Cultural Rights as Individual Human Rights”, en Eide, A. *et al.* (comps.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, cit., pp. 229-249; Symonides, J., “Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 158, diciembre de 1998, disponible en www.unesco.org/issj/rics158/symonidesspa.html; Symonides, J., “International Implementation of Cultural Rights”, *Gazette*, vol. 60, núm. 1, febrero de 1998, pp. 8-24. Véase también los sugerentes apuntes de Lucas, Javier de, “¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?”, en Abramovich, V. *et al.*, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, cit., pp. 297-319 y abundante bibliografía citada. Otras formulaciones de los derechos culturales puede encontrarse en las secciones I y II de la recomendación sobre la participación de la población

trata de uno de los temas pendientes en la agenda del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; tampoco ha recaído sobre la cuestión interés suficiente como para designar un relator especial.³⁶ Sin embargo, pese a la falta de desarrollo general del contenido del derecho, sí existe un cúmulo de instrumentos y trabajos importantes sobre uno de sus aspectos: el derecho al respeto de la cultura de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, reconocidos en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³⁷ y en especial sobre los derechos culturales de los pueblos indígenas.³⁸ Recientemente, una iniciativa proveniente de instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil ha impulsado la especificación del contenido de los derechos culturales, a través de la adopción de un documento denominado “Declaración de Friburgo”.³⁹

h. Los derechos del consumidor

Aunque los derechos del consumidor no formen parte del catálogo habitual del derecho internacional de los derechos humanos, su relación

general en la vida cultural y su contribución a la misma, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 26 de noviembre de 1976, y en el artículo 5 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001.

³⁶ Véase no obstante, la resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/26, “Promoción del disfrute de los derechos culturales de todos y el respeto de las distintas identidades culturales”, en especial punto 15.

³⁷ Véase al respecto “Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 47/135, del 18 de diciembre de 1992; Comité de Derechos Humanos, observación general 23, “El derecho de las minorías a disfrutar, profesar y practicar su propia cultura” (1994). Véase también Lerner, N., *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derecho y discriminación*, México, CNDH, 1990; Spiropoulou, A., *Justifications of Minority Protection in International Law*, Londres, Kluwer, 1997.

³⁸ Véase, entre otros, Convenio 169 de la OIT, artículos 4, 5, 8, 23, 27, 28 y 30; texto consolidado del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, preparado por el Grupo de Trabajo designado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.139/03, 17 de junio de 2003, sección III. Véase en general, Price Cohen, C., *Human Rights of Indigenous Peoples*, Ardsley, N. Y., Transnational Publishers, 1998.

³⁹ La Declaración de Friburgo y sus antecedentes pueden consultarse en <http://www.unifr.ch/iiedh/>

con derechos así establecidos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el derecho al agua o el derecho a la vivienda, son evidentes. La falta de referencia directa a los derechos del consumidor en otros instrumentos internacionales de derechos humanos impone cierta cautela en la derivación de estos derechos de la Carta de la OEA, so consecuencia de expandir exageradamente el catálogo de derechos protegidos por vía del artículo 26 de la Convención Americana. Sin embargo, es indudable que se trata de derechos económicos, a los que alude el título del capítulo III de la Convención, y que, de poder derivarse de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA, quedan abarcados por la remisión del artículo 26.

Dos referencias de la Carta de la OEA resultan relevantes al respecto. En primer lugar, el artículo 34, inciso f), de la Carta de la OEA señala entre las metas básicas para lograr el desarrollo integral, la “(e)stabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social”. Más explícito aún es el artículo 39, inciso b.i), que, entre las metas para lograr la continuidad del desarrollo económico y social, incluye “(m)ejores condiciones para el comercio de productos básicos por medio de convenios internacionales, cuando fueren adecuados; procedimientos ordenados de comercialización que eviten la perturbación de los mercados, y otras medidas destinadas a promover la expansión de mercados y a obtener ingresos seguros para los productores, *suministros adecuados y seguros para los consumidores, y precios estables que sean a la vez remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores*”.

La identificación de derechos del consumidor como derechos derivables de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA puede verse cimentada si, en lugar de buscar referencias al respecto en instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, acudimos a otras normas internacionales, y al derecho constitucional comparado. En este sentido, si bien elaboradas fuera del marco de los órganos internacionales de derechos humanos, son relevantes las directrices de las Naciones Unidas para la Protección de Consumidor, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 39/284, del 9 de abril de 1985, y ampliadas por disposición del Consejo Económico y Social en marzo de 1999.⁴⁰ En el derecho constitucional de la región, varias de las Constitu-

⁴⁰ Véase A/C.2/54/L.24.

ciones o reformas constitucionales adoptadas desde fines de los años 80 hasta la fecha incluyen derechos del consumidor. Así, por ejemplo, la Constitución brasileña de 1988 (artículos 5.XXXII y 170.V, entre otros), la Constitución colombiana de 1991 (artículo 78), la Constitución paraguaya de 1992 (artículo 27, párrafos 5 y 38), la Constitución peruana de 1993 (artículo 65); la Constitución argentina reformada en 1994 (artículo 42), la Constitución venezolana de 1999 (artículo 117).

Ciertamente, la falta de desarrollo específico de estos derechos en el derecho internacional de los derechos humanos impone algunas limitaciones en la posibilidad de asignarles un contenido normativo concreto.⁴¹ En ejercicio de cierta prudencia interpretativa, tal vez sea conveniente restringirse a aquellos aspectos explícitamente mencionados en los artículos 34, inciso f), y 39, inciso b.i), de la Carta de la OEA: el derecho al suministro de bienes y servicios adecuados y seguros, y el derecho al precio equitativo de esos bienes y servicios. En este sentido, amén de las normas pertinentes de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, resultan útiles también las referencias efectuadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las observaciones generales número 4 (en materia de calidad de la vivienda),⁴² 12 (en materia de productos alimenticios),⁴³ 13 (en materia de servicios educativos),⁴⁴ 14 (en materia de servicios médicos y productos medicina-

⁴¹ Véase, sin embargo, para el ámbito europeo, Bourgoignie, T., *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, Vitoria-Gasteiz, Gobierno Vasco-Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, 1994.

⁴² Véase, por ejemplo, párrafo 8, referido al *carácter adecuado* de la vivienda, que incluye, entre otros factores, la “disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura”, la “habitabilidad” y los “gastos soportables”, todos ellos vinculados con la adecuación, la seguridad y el precio equitativo.

⁴³ Véase, por ejemplo, párrafos 7 al 13, referidos a la *adecuación y sostenibilidad* de la alimentación. En ese contexto, el Comité desarrolla, entre otras, las nociones de “disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficiente y sin sustancias nocivas”, y la “accesibilidad económica de los alimentos”. Como se ve, nuevamente aparecen nociones relacionadas con la adecuación, la seguridad y el precio equitativo de los bienes y servicios, en este caso los alimentarios.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, párrafo 6, en el que el Comité se refiere, entre otros componentes, a la “accesibilidad económica” y la “aceptabilidad” de la educación, que incluye la “calidad” del servicio educativo.

les)⁴⁵ y 15 (en materia de servicios de distribución de agua).⁴⁶ En todas estas observaciones generales resultan pertinentes para dar contenido a los derechos del consumidor referidos a bienes y servicios relativos a la vivienda, educación, salud, alimentación y agua, además de la respectiva caracterización de la adecuación, seguridad y precio equitativo de esos bienes y servicios, la tipología de obligaciones y violaciones desarrollada por el Comité en cada caso. En el mismo sentido, cabe complementar estas observaciones generales con los respectivos informes de los relatores especiales en materia de educación, vivienda, salud, alimentación y agua.⁴⁷

III. OBLIGACIONES ESTATALES VINCULADAS CON EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Una vez identificados los derechos a los que se refiere la remisión del artículo 26, y establecidas al menos algunas bases para la adecuada determinación de su contenido, corresponde analizar el alcance de las obligaciones genéricas que les son aplicables. Esta cuestión requiere el análisis de dos fuentes diversas: la aplicabilidad de las obligaciones genéricas de la Convención Americana al artículo 26, y la determinación del alcance de las obligaciones establecidas por el propio artículo 26 a los derechos identificados por remisión a la Carta de la OEA.

1. *La aplicación de las obligaciones genéricas de la Convención Americana al artículo 26*

⁴⁵ Véase, por ejemplo, párrafo 12, en el que el Comité se refiere, entre otros factores, a la “disponibilidad de medicamentos esenciales”, a la “accesibilidad económica” y a la “calidad” de los establecimientos, bienes y servicios de salud.

⁴⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 15, “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)”, E/C.12/2002/11. Véase, por ejemplo, párrafos 11 y 12, en los que el Comité se refiere, entre otras características, a la “adecuación”, a la “calidad” y a la “accesibilidad económica” del agua.

⁴⁷ Con respecto al derecho al agua, véase el Informe preliminar del Relator especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos sobre la realización del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento, “Relationship between the realization of economic, social and cultural rights and the promotion of the realization of the right to drinking water supply and sanitation”, E/CN.4/Sub.2/2002/10.

Una primera pregunta que suscita el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es si le son aplicables las obligaciones estatales establecidas en forma genérica en la Convención. Sin embargo, pueden identificarse distintas fuentes de obligaciones de carácter genérico en la Convención. Podría distinguirse entre obligaciones genéricas (artículos 1 y 2 de la Convención), obligaciones que surgen de derechos civiles y políticos establecidos en la Convención, y obligaciones (y facultades) que surgen de las normas sobre suspensión de garantías, interpretación y aplicación contenidas en el capítulo IV de la Convención y sobre correlación entre deberes y derechos, incluidas en su capítulo V. Dedicaré algunos párrafos a cada caso.

Sobre la aplicabilidad de los artículos 1 y 2 de la Convención a los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26, no parece haber mayor duda: los artículos 1 y 2 encabezan la Convención, sin que existan motivos para distinguir su aplicabilidad al capítulo II (Derechos civiles y políticos) y al capítulo III (Derechos económicos, sociales y culturales). El texto del artículo 1 es clarísimo al respecto: los Estados parte se comprometen a respetar “los derechos y libertades reconocidos en ella”.⁴⁸ La propia Convención incluye entre los derechos consagrados, derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, y el artículo 26 también se refiere a los “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la OEA”.

Si aún existiera alguna duda, correspondería interpretar los artículos 1 y 2 a la luz del principio *pro homine*, reflejado en el artículo 29 de la Convención. El inciso d) prohíbe interpretar la Convención en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Como hemos visto, la Declaración Americana incluye derechos económicos, sociales y culturales, y la Corte Interamericana prescribe su utilización para identificar los derechos humanos incluidos en la Carta de la OEA, de modo que excluir la aplicación de los

⁴⁸ Cfr. Abramovich, V., “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*, cit., pp. 159, 165 y 167; Melish, T., *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, cit., p. 345.

artículos 1 y 2 al artículo 26 de la Convención significaría adoptar una interpretación que excluya o limite el efecto de la Declaración Americana, frustrando el mandato expreso del artículo 29, inciso d).

Cecilia Medina ha tenido la deferencia de comentar esta afirmación, expresando algunas reservas al respecto.⁴⁹ Su primera observación es la aparente superposición de las obligaciones establecidas en los artículos 1 y 2 con las del artículo 26. No creo que ésta sea una objeción de peso: como lo desarrollaré *infra*, el artículo 26 constituye un caso de *lex specialis* con respecto al artículo 2, de modo que, coincidiendo materialmente en parte —es decir, siendo en parte normas redundantes, por razones que también explico *infra*—, el artículo 26 agrega dos calificantes a las obligaciones del artículo 2 —la progresividad y el condicionante de los recursos disponibles—. Su segunda observación especula sobre el modo de aplicación de los artículos 1 y 2 al 26, señalando como (primera) respuesta tentativa que aplicar los deberes de respeto y garantía al artículo 26 podría significar que lo “que debe respetarse y garantizarse es la progresividad”. Pero esta respuesta parece mal encaminada: es evidente que la progresividad no constituye un “derecho” —y menos un derecho humano reconocido por la Convención— en ningún sentido del término. El objeto de las obligaciones de respeto y garantía son los derechos, y en este caso los derechos económicos, sociales y culturales identificables a través de la remisión efectuada por el artículo 26. Lo que agrega el artículo 26 —y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2— es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos —es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad— en forma progresiva,⁵⁰ y en la medida de los recursos disponibles.⁵¹

⁴⁹ Véase Medina, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 227 y 228.

⁵⁰ Las obligaciones de respeto de esos derechos, sin embargo, no están subordinadas a la progresividad, y son de efecto inmediato, ya que el artículo 26 no establece ninguna calificante al respecto.

⁵¹ Aunque no se refiere directamente a esta cuestión, Medina efectúa una tercera observación, sumamente aguda, sobre la que es importante reflexionar. La jueza de la Corte Interamericana indica que si se postula aplicabilidad del sistema de peticiones individuales de la Convención Americana a los derechos económicos, sociales y culturales a los

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la aplicabilidad de los artículos 1 y 2 de la Convención a los derechos económicos, sociales y culturales que surgen de su artículo 26?

Primero, la aplicabilidad de la obligación de respetar y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que hemos identificado. Para entender cabalmente el alcance de esta obligación respecto a los dere-

chos que se refiere el artículo 26, resulta extraño que un instrumento posterior y mucho más específico en materia de DESC —el Protocolo de San Salvador— restrinja el empleo del sistema de peticiones individuales sólo a dos derechos —el derecho a la libertad sindical y el derecho a la educación.

Ante esto, creo necesario responder que efectivamente se trata de una paradoja, pero que no es el único caso en que este tipo de paradoja se da en el sistema interamericano. Apunto varias otras paradojas similares: para los países que no son parte de la Convención Americana, el Estatuto de la Comisión Interamericana hace aplicable el sistema de peticiones individuales a violaciones a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. También en este caso, el instrumento anterior contiene un plexo explícito de derechos mayor al posterior —de modo que los Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención son pasibles de peticiones en su contra, por ejemplo, sobre la base de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales explícitamente incluidos en la Declaración Americana, y que no figuran expresamente en la Convención Americana.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ofrece otro ejemplo: aunque el capítulo II de esa Convención especifica derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las mujeres, su artículo 12 limita la posibilidad de presentar peticiones sólo a la violación del artículo 7 de la Convención, situado en el capítulo de deberes estatales. La Convención Americana, instrumento anterior a la llamada “Convención de Belem do Pará”, permite la presentación de peticiones sobre una base muchísimo mayor que la del referido artículo 7, ya que también abarca derechos contenidos en el capítulo II de esta última Convención.

La Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, posterior a la Convención Americana, no establece un mecanismo de peticiones individuales por violación a los derechos y obligaciones en ella establecidos —posibilidad que sí surge de la Convención Americana para casos de tortura y trato cruel, inhumano o degradante que afecten la integridad personal.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad tampoco establece un mecanismo de peticiones individuales en casos de violaciones a los derechos y deberes establecidos por ella, mientras que la Convención Americana, que es temporalmente anterior a ella, sí permite la presentación de peticiones en caso de discriminación y violaciones al principio de igual protección de la ley —y esto incluye a la discriminación basada sobre la discapacidad.

Estas constataciones motivan varias reflexiones. Primero, en ninguno de los casos mencionados se ha interpretado que la ausencia de previsión específica de la posibilidad de presentar peticiones individuales en instrumentos posteriores afecte la posibilidad establecida antes sobre la base de la Convención Americana —los instrumentos posteriores

chos económicos, sociales y culturales, deben revisarse la observación

servirán a los efectos de la interpretación y especificación de los derechos contenidos en la Convención Americana al respecto, pero no como fundamento de la limitación de la posibilidad de presentar peticiones individuales por violaciones a derechos y obligaciones contenidas simultáneamente en ambos instrumentos, según el caso.

Segundo, en caso de duda, ha de estarse a la interpretación *pro homine*, que extienda y no que restrinja la protección de la persona humana. De modo que la existencia de instrumentos posteriores más restrictivos sobre algunos puntos no puede considerarse una razón para limitar las posibilidades de protección ofrecidas por instrumentos anteriores.

Tercero, es posible explicar —aunque no necesariamente justificar— estas paradojas. En primer lugar, la codificación interamericana sobre derechos humanos no está exenta de cierto desorden en materia de técnica legislativa, de modo que no son raras las inconsistencias parciales. De todos modos, ellas no pueden llevar al decisor a interpretar el conjunto normativo a disposición en sentido restrictivo en materia de derechos humanos. Y en segundo lugar, no es extraño que el texto de la Convención Americana ofrezca posibilidades interpretativas que vayan más allá de lo que imaginaron sus redactores en el momento de su adopción. Al respecto, pueden decirse varias cosas: uno, esto ha sucedido de hecho con las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana en muchas otras materias —reparaciones, obligaciones positivas derivadas de los derechos a la vida y a la integridad personal, acceso a la información pública, derecho a la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas, entre otras— que sin duda alguna van muchísimo más allá de lo imaginado por los redactores de la Convención en el momento de su adopción. Dos, esto mismo ha sucedido en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal: los redactores del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales seguramente no habían imaginado las consideraciones efectuadas muchos años después por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al respecto de la justiciabilidad de esos derechos y de la necesidad de los Estados de prever internamente recursos judiciales o equivalentes para cumplir con las obligaciones establecidas por ese instrumento (*cfr.* Comité DESC, observaciones generales 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, E/1991/23, párrafos 5 y 6, y 9, “La aplicación interna del Pacto”, E/1999/22, párrafos 3 y 9-15), y mucho menos la posibilidad de adopción de un protocolo facultativo que permita presentar comunicaciones por violación a los derechos en él contenidos. Esta evolución se dio varias décadas después de la adopción del PIDESC. Y tercero, la propia Corte Interamericana ha sostenido, siguiendo a su par europea, que los tratados de derechos humanos son un instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, y que los instrumentos internacionales deben ser interpretados y aplicados en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación (*cfr.*, por

general 3 del Comité de Derechos Sociales y Culturales,⁵² y —en lo que respecta a su aplicabilidad a los derechos económicos, sociales y culturales en particular— las ya citadas observaciones generales 4 (referida al derecho a la vivienda adecuada), 11 (referida a los planes de enseñanza primaria), 12 (referida al derecho a la alimentación adecuada), 13 (referida al derecho a la educación), 14 (referida al derecho a la salud), 15 (referida al derecho al agua) y 18 (referida al derecho al trabajo).⁵³ También es importante la observación general número 3 del Comité de Derechos Humanos, referida a las obligaciones establecidas por el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.⁵⁴ En materia de interpretación de obligaciones y violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, resultan de consulta obligada dos documentos elaborados por expertos y empleados de manera consistente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se trata de los denominados Principios de Limburgo relativos a la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

todos, Corte IDH, opinión consultiva OC-16/99, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, del 1 de octubre de 1999, párrafos 113-115). Afirmer esto para el caso de derechos civiles y políticos, y negarse a hacerlo para el caso de derechos económicos, sociales y culturales, reproduce una jerarquía indebida entre tipos de derechos humanos, y se encuentra en tensión con la noción de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, además de excluir injustificadamente el empleo del principio *pro homine*, justamente allí donde debería utilizárselo.

⁵² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, *cit.*

⁵³ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha emitido una observación general sobre el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que resulten de la obra científica, literaria o artística de su autoría (*cfr.* observación general 17, “El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (Apartado C) del Párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto)”, E/C.12/GC/17).

⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, observación general 3, “Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (artículo 2)”, CCPR/C/13.

y Culturales,⁵⁵ y las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.⁵⁶

Son igualmente aplicables las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrollan las obligaciones de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana.⁵⁷ Con respecto a la obligación de respeto, la Corte ha dicho que

es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo [el artículo 1.1].⁵⁸

La obligación de garantía de los derechos supone deberes positivos por parte del Estado. La Corte ha identificado al menos dos de estos deberes positivos:⁵⁹

- el de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del

⁵⁵ Principios de Limburgo relativos a la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados como resultado de una reunión de expertos realizada en Maastricht, del 2 al 6 de junio de 1986, y adoptado por las Naciones Unidas (UN Document E/CN.4/1987/17).

⁵⁶ Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, adoptados como resultado de una reunión de expertos realizada en Maastricht entre el 22 y 26 de enero de 1997.

⁵⁷ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 165; caso “Fairén Garbí y Solís Corrales”, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 161; caso “Caballero Delgado y Santana”, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrafos 55 y 56; caso “Bámaca Velásquez”, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrafo 210; caso “Juan Humberto Sánchez”, sentencia del 7 de junio de 2003, párrafo 142.

⁵⁸ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, *cit.*, párrafos 164, 169 y 170; caso “Godínez Cruz”, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafos 173, 178 y 179; caso “Caballero Delgado y Santana”, *cit.*, párrafo 56; caso “Baena Ricardo y otros”, sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafo 178.

⁵⁹ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, *cit.*, párrafos 166, 167 y 168; caso “Godínez Cruz”, *cit.*, párrafos 175 y 176; caso “Bámaca Velásquez”, *cit.*, párrafo 194; caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, sentencia del 21 de junio de 2002, párrafo 151; caso “Cantos”, sentencia del 28 de noviembre de 2002; opinión consultiva OC-11/90, “Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)” del 10 de agosto de 1990, párrafo 34.

poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

- el de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce

La Corte ha desarrollado además el alcance de estas dos obligaciones en cuanto a la imputabilidad al Estado de la conducta de sus agentes o de particulares. En este sentido, la Corte ha dicho que

Lo anterior [las obligaciones estatales de respeto y de garantías de los derechos] se impone independientemente de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público, particulares, o grupos de ellos, ya que según las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.⁶⁰

También ha dicho que

Esa conclusión [la violación del deber de respeto cuando un órgano, funcionario del Estado o institución de carácter público lesiones indebidamente los derechos reconocidos en la Convención] es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.⁶¹

Y aún que

⁶⁰ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, *cit.*, párrafo 164; caso “Godínez Cruz”, *cit.*, párrafo 173; caso “Caballero Delgado y Santana”, *cit.*, párrafo 56; caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), sentencia del 8 de marzo de 1998, párrafo 174; caso “Bámaca Velásquez”, *cit.*, párrafo 210.

⁶¹ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, *cit.*, párrafos 164, 169 y 170; caso “Godínez Cruz”, *cit.*, párrafos 173, 178 y 179; caso “Caballero Delgado y Santana”, *cit.*, párrafo 56; caso “Baena Ricardo y otros”, *cit.*, párrafo 178.

la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención.⁶²

Segundo, la aplicabilidad del principio de no discriminación a esos derechos “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Para tomar conciencia de los efectos de la aplicación del principio de no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales es necesario revisar de las observaciones generales 3 (referidas a las obligaciones genéricas del Estado de acuerdo al PIDESC), 4 (referida al derecho a la vivienda adecuada), 5 (referida a la aplicación del PIDESC a las personas con discapacidad),⁶³ 6 (referida a la aplicación del PIDESC a las personas de edad),⁶⁴ 7 (referida a los desalojos forzosos), 11 (referida a los planes de enseñanza primaria), 12 (referida al derecho a la alimentación adecuada), 13 (referida al derecho a la educación), 14 (referida al derecho a la salud), 15 (referida al derecho al agua), 16 (referida a igualdad entre mujeres y varones en materia de derechos económicos, sociales y culturales)⁶⁵ y 18 (referida al derecho al trabajo) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También resultan importantes los principios 35 a 45 de los Principios de Limburgo, y los directrices 11, 12 y 14 b) de las Directrices de Maastricht.

También son aplicables aquí todas las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas al alcance de la prohibición de

⁶² Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, *cit.*, párrafo 68; caso “Godínez Cruz”, *cit.*, párrafo 71; caso “Fairén Garbí y Solís Corrales”, *cit.*, párrafo 93; caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, *cit.*, párrafo 151; caso Cantos, *cit.*, párrafo 49; opinión consultiva OC-11/90, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, *cit.*, párrafo 34.

⁶³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 5, “Personas con discapacidad”, E/C.12/1994/13.

⁶⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 6, “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores”, E/C.12/1995/16/Rev.1.

⁶⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 16, “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”, E/C.12/2005/4.

discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo con el criterio de la Corte,

El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.⁶⁶

La Corte Interamericana ha llegado a considerar que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación constituyen normas de *jus cogens*, y por ende no admiten derogación por parte de los Estados.⁶⁷

Tercero, la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas y de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26, si éstos no estuvieran garantizados por disposiciones legislativas y de otro carácter. Esto significa que la omisión de adoptar medidas que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales supone de por sí una violación a la Convención, aunque, como veremos, esta obligación debe modularse a tenor del contenido del artículo 26, que constituye respecto del artículo 2 un caso de *lex specialis*. Retornaré sobre el punto al analizar el alcance de las obligaciones establecidas directamente por el artículo 26. En todo caso, es importante subrayar desde ya la necesidad de leer esa obligación en materia de derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la observación general 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los Principios de Limburgo y Directrices de Maastricht.

⁶⁶ Corte IDH, opinión consultiva OC-4/84, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización” del 19 de enero de 1984, párrafo 53 (artículo 1.1), párrafo 54 (artículo 24), párrafos 53-60 (no discriminación); opinión consultiva OC-17/2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño” del 28 de agosto de 2002, párrafos 43-55; opinión consultiva OC-18/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, del 17 de septiembre de 2003, párrafos 82-110.

⁶⁷ Corte IDH, opinión consultiva OC-18/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, párrafos 100 y 101.

De igual modo, son aplicables al artículo 26 las conclusiones de la Corte Interamericana referidas al contenido de la obligación establecida por el artículo 2 de la Convención. Así, por ejemplo, la Corte ha dicho que

[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁶⁸

Otro corolario de esa obligación del artículo 2 sería el siguiente:

Los Estados Partes en la Convención Americana no pueden dictar medidas legislativas o de cualquier otra naturaleza que violen los derechos y libertades en ella reconocidos porque ello contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2 de la Convención.⁶⁹

Y también que

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los dere-

⁶⁸ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 207; caso “Durand y Ugarte”, sentencia del 16 de agosto de 2000, párrafo 137; caso “Cantoral Benavides”, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrafo 178; caso “Baena Ricardo y otros”, *cit.*, párrafo 180; caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 85; caso “Cantos”, *cit.*, párrafo 61.

⁶⁹ Corte IDH, caso “Suárez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 97; caso “Cantoral Benavides”, *cit.*, párrafo 176; caso “Baena Ricardo y otros”, *cit.*, párrafo 182; opinión consultiva OC-14/94, “Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)” del 9 de diciembre de 1994, párrafo 36.

chos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.⁷⁰

Una segunda cuestión interesante es la de la aplicabilidad de las obligaciones que tienen como fuente a los derechos civiles y políticos consagrados en la Convención a los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26. Varios son los derechos relevantes en esta materia: me limitaré, sin ánimo de exhaustividad, a señalar algunos cuya importancia ha sido resaltada en otros ámbitos de protección internacional de los derechos humanos. Entre ellos se sitúan: el derecho a las garantías judiciales, establecido en el artículo 8 de la Convención; el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención, y el derecho a la protección judicial, incorporado en el artículo 25 de la Convención. Quiero subrayar aquí que no me estoy refiriendo a lo que en otros textos hemos llamado estrategias de “traducción” de un derecho social en un derecho civil (por ejemplo, la consideración de afectaciones al derecho a la salud como vulneraciones al derecho a la vida, o la afectación del derecho a la vivienda como afectación al derecho de propiedad),⁷¹ sino a la aplicación directa de los derechos consagrados en los artículos 8, 24 y 25 de la Convención, por el alcance de su propio texto, a las normas que establecen derechos económicos, sociales y culturales y a los actos u omisiones que afecten a éstos.

Analizaré brevemente cada caso. El artículo 8.1 de la Convención se refiere al derecho de toda persona “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la

⁷⁰ Corte IDH, caso “Garrido y Baigorria”, reparaciones, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 68; caso “Durand y Ugarte”, *cit.*, párrafo 136; caso “Baena Ricardo y otros”, *cit.*, párrafo 179; caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 87.

⁷¹ Véase Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, pp. 200-216.

determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Como se ve, esta disposición, que incluye varios derechos —derecho a audiencia, derecho a garantías procesales, derecho a una decisión en plazo razonable, derecho a la independencia, imparcialidad y competencia del juez o tribunal, derecho al juez natural— se aplican explícitamente a los derechos laborales y de cualquier otra índole, lo que incluye toda determinación relacionada con otros derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos a la salud, a la vivienda, a la educación y a la seguridad social, entre otros.

Con respecto al principio de igualdad incluido en el artículo 24 de la Convención Americana, su texto establece que “todas las personas son iguales ante la ley”, y que “tienen derecho, sin discriminación, a la igual protección de la ley”. Como se ve, el artículo no establece distinciones entre la materia a la que la ley se refiere, y por ende es aplicable a las normas que desarrollan los derechos económicos, sociales y culturales. Amén de las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidas a la aplicabilidad de la prohibición de discriminación ya señaladas, es aquí pertinente remitir a la rica jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en materia de interpretación del artículo 26 de ese Pacto, de contenido similar al del artículo 24 de la Convención Americana.⁷²

Por último, también es de aplicación el artículo 25 de la Convención, de acuerdo con el cual “toda persona tiene derecho a un recurso rápido y sencillo 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 presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales”. El inciso 2 agrega que los Estados partes se comprometen “a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso”, “a desarrollar las posibilidades del recurso judicial”, y “a garantizar el cumplimiento, por las autoridades

⁷² Cfr. Abramovich, V., “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 Juménez*, cit., pp. 157-159.

competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Como puede apreciarse, el artículo 25 establece el derecho a un recurso rápido y sencillo —que en los diversos ordenamientos de la región se denomina acción o recurso de amparo, acción de tutela, recurso de protección o *mandado de segurança*— ante la violación de derechos fundamentales establecidos por la Constitución, por la ley o por la Convención Americana. Basta señalar que los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26 de la Convención son obviamente derechos fundamentales establecidos por la Convención; en todo caso, el artículo 25 se refiere también a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de los Estados partes, y a poco que se revisen las Constituciones de la mayoría de los Estados de América Latina, en especial aquellas sancionadas o reformadas en las últimas dos décadas, se advertirá la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales en su catálogo de derechos fundamentales. Por último, el artículo 25 también establece el derecho a un recurso rápido y sencillo ante la violación de derechos fundamentales consagrados por la ley, de modo que es aplicable ante la violación de las normas de rango legal que desarrollen derechos económicos, sociales y culturales en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte.

Huelga subrayar la importancia de esta norma en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en especial de las obligaciones específicas asumidas por el Estado de “garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso”, y de “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”, lo que significa que el Estado no debe impedir el acceso de los damnificados por la violación de derechos económicos, sociales y culturales a un recurso sencillo y rápido, y que el incumplimiento por parte del Estado de decisiones judiciales que le impongan obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales constituye una violación del Pacto.

Vale detenerse en este punto: la ausencia de derecho a ser oído en materia de violación a derechos económicos, sociales y judiciales, y la ausencia de recursos judiciales rápidos y sencillos que amparen a una persona contra la violación de derechos económicos, sociales y culturales constituyen de por sí sendas violaciones a los artículos 8.1 y 25 de

la Convención Americana. Para abundar sobre este punto, resultan útiles la observación general 3, y en especial la observación general 9, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁷³ referida a la aplicación del PIDESC a nivel interno. Como veremos más tarde, la jurisprudencia de la Corte Interamericana en esta materia es promisoría: en diversas sentencias ha desarrollado la aplicabilidad de los artículos 8.1 y 25 a procedimientos de naturaleza no penal, e incluso a la protección de derechos sociales.⁷⁴

Una última cuestión interesante es la previsión por parte de la Carta de la OEA de una norma específica que complementa los derechos establecidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. Lo notorio de esta norma es que, debido al escaso desarrollo que existe en la Carta de la OEA de los derechos civiles y políticos, su base de aplicación más directa son las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura que ella misma establece. En efecto, la disposición se ubica bajo el capítulo VII de la Carta de la OEA (“Desarrollo integral”), y entre los compromisos que adoptan los Estados miembros de la organización para el logro de un orden social justo. De acuerdo con el inciso i) del artículo 45 de la Carta de la OEA, los Estados miembros deben adoptar “(d)isposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos”. Esto importa el reconocimiento de un derecho de acceso a la asistencia legal, que debido a su ubicación sistemática en la Carta de la OEA reviste al menos dos matices: el primero, su aplicación a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta; el segundo,

⁷³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 9, “La aplicación interna del Pacto”, *cit.*

⁷⁴ Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros”, *cit.*, párrafos 125 a 143 (artículos 8.1, 8.2 y 25); caso “Ivcher Bronstein”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafos 101-116 (artículo 8.1) y párrafos 134 a 142 (artículo 25); caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafos 115 a 139 (artículo 25); caso “Cantos”, *cit.*, párrafos 49-60 (artículos 8 y 25); caso “Cinco Pensionistas”, sentencia del 28 de febrero de 2003, párrafos 127-140 (artículo 25); caso “Comunidad Indígena Yakye Axa”, sentencia del 17 de junio de 2005, párrafos 61-119 (artículos 8 y 25); caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrafos 81-112 (artículos 8 y 25); caso “Acevedo Jaramillo y otros”, sentencia del 7 de febrero de 2006, párrafos 212-277 (artículo 25); caso “Trabajadores Cesados del Congreso” (Aguado Alfaro y otros), sentencia del 24 de noviembre de 2006, párrafos 106-132 (artículos 8 y 25).

el carácter de obligación estatal positiva, destinada a garantizar la defensa jurídica de sus derechos a las personas que por sus propios medios no pueden acceder a los servicios onerosos de un abogado. Al respecto, resulta relevante interpretar este derecho a la luz de lo decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Airey”.⁷⁵

Por último, cabe también efectuar una breve referencia a la aplicabilidad de los capítulos IV y V de la Convención Americana, que contiene, respectivamente, normas sobre suspensión de garantías, interpretación y aplicación de las disposiciones del tratado, y sobre la correlación entre deberes y derechos, a los derechos que surgen del artículo 26 de la Convención. Al igual que en los casos de los artículos 1 y 2 de la Convención, no existe diferenciación textual que autorice a prescindir de la aplicación de estas disposiciones a los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26. Esto significa que para suspender la vigencia de derechos económicos, sociales y culturales en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, el Estado debe cumplir con las prescripciones del artículo 27.1 y 27.3. Cumplidos estos recaudos, los derechos económicos, sociales y culturales entran en la categoría de derechos susceptibles de suspensión, ya que no se encuentran mencionados en la lista del artículo 27.2. Cabe, sin embargo, señalar que no son susceptibles de suspensión los derechos económicos, sociales y culturales destinados a la protección de la familia (artículo 17) y del niño (artículo 19).

Son aplicables también a los derechos económicos, sociales y culturales las obligaciones establecidas a los Estados partes por el artículo 28, cuando se trate de un Estado federal. Esto significa que el Estado parte es responsable de hacer cumplir las disposiciones de la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales a las entidades componentes de la Federación (provincias o estados).

Con respecto a los principios de interpretación establecidos por el artículo 29, que consagra algunas manifestaciones del principio *pro homine*, tampoco existen razones para excluir de su aplicación a los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26 de la Convención. El encabezado del artículo 29 establece que “ninguna norma de

⁷⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, caso “Airey”, sentencia del 9 de octubre de 1979. Puede verse nuestro comentario en Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 217-219.

la Convención” debe ser interpretada en los sentidos desarrollados por sus incisos a), b), c) y d). Esto incluye, claro está, al artículo 26 de la Convención.

Los artículos 30, perteneciente al capítulo IV, y 32, correspondiente al capítulo V de la Convención Americana, pueden ser leídos conjuntamente como normas que gobiernan la posible restricción o limitación de derechos por parte del Estado. El artículo 30 se refiere a las restricciones permitidas “al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención”, y el artículo 32, más en forma más genérica, se refiere a los “derechos de cada persona”. Siendo los derechos económicos, sociales y culturales derechos reconocidos en el artículo 26 de la Convención, los artículos 30 y 32 son de plena aplicación.

Esto significa que las restricciones de derechos económicos, sociales y culturales sólo pueden ser aplicadas “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Al respecto, además de remitir nuevamente a la observación general 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a los Principios de Limburgo y Directrices de Maastricht,⁷⁶ resulta también importante la determinación del sentido del término “ley” hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-6/86,⁷⁷ que por lo dicho también es aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26. Cabe también referirse al artículo 5 del Protocolo de San Salvador, cuyo contenido puede especificar aún más el juego de los artículos 30 y 32 de la Convención Americana.⁷⁸

⁷⁶ Véase, en especial, Principios de Limburgo, principios 46-58.

⁷⁷ Corte IDH, “La Expresión Leyes en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986; en sentido similar, Principios de Limburgo, principios 48-51.

⁷⁸ De acuerdo con el artículo 5 del Protocolo de San Salvador, “Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. Como se ve, el artículo 5 del Protocolo de San Salvador afina aún más la noción de “interés general” mencionada por el artículo 30 de la Convención Americana: se trata de la “preservación del bienestar general en una sociedad democrática”. El lenguaje es similar al del artículo 32 de la Convención Americana.

En cuanto a la licitud de los propósitos de las restricciones a los derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26, de acuerdo con el artículo 32, ellos sólo pueden obedecer a la protección de los “derechos de los demás”, la “seguridad de todos”, y las “justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”.⁷⁹ En materia de derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, este principio general es modalizado por la noción de progresividad, incluida, como veremos, entre las obligaciones establecidas por el artículo 26. Analizaremos la cuestión seguidamente.

2. El alcance de las obligaciones establecidas por el artículo 26 de la Convención Americana

Ciertamente, la cuestión más difícil de dilucidar respecto del artículo 26 es la del alcance de su remisión a la Carta de la OEA, tema que ya he abordado suficientemente. La cuestión del contenido de las obligaciones impuestas por el artículo 26 una vez identificados los derechos económicos, sociales y culturales a los que se remite es relativamente más sencilla. Esto se debe a la obvia fuente de esta norma, verbigracia, el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Basta transcribir esa norma para advertir las notorias similitudes de estructura y lenguaje:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Si se pone entre paréntesis en el artículo 26 la expresión “que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cul-

Como veremos en el apartado 4.3, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha acudido al artículo 5 del Protocolo de San Salvador para analizar el alcance de las posibles restricciones al derecho al mantenimiento del monto de pensiones jubilatorias en el caso de los “Cinco Pensionistas”.

⁷⁹ Véase Principios de Limburgo, principios 52-55.

tura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, el resto de los segmentos de la norma es casi idéntico. La única diferencia importante, como veremos, es que mientras el PIDESC se refiere al “máximo de los recursos de que disponga”, el artículo 26 de la Convención Americana sólo dice “en la medida de los recursos disponibles”. Veremos con detalle esta cuestión. Por ahora, basta señalar nuevamente que, para analizar el contenido de las obligaciones establecidas por el artículo 2.1 del PIDESC y, por ende, para desentrañar el contenido de las obligaciones impuestas a los Estados partes por el artículo 26 de la Convención Americana, es menester remitirse a la observación general 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referida a la índole de las obligaciones de los Estados parte del Pacto, en el que se analizan detalladamente cada uno de los componentes de la fórmula del artículo 2.1.⁸⁰ Resultan de igual modo relevantes los ya mencionados Principios de Limburgo y Directrices de Maastricht.

Cabe aquí resaltar una particularidad de la Convención Americana: dado que la fuente del artículo 26 es el artículo 2.1 del PIDESC, que en ese Pacto —sólo dedicado a derechos económicos, sociales y culturales— funge como cláusula general, es inevitable cierta redundancia con el artículo 2 de la Convención, en la medida en que éste funge, en la sistemática del tratado interamericano, también como cláusula general. Esta redundancia se verifica en dos segmentos del artículo 26:⁸¹ en la obligación de adoptar medidas, que el artículo 26 denomina “adoptar providencias”, y en la especificación de que las medidas deben ser apropiadas, e incluyen las medidas legislativas u otras. La redacción de ambas disposiciones apenas difiere: el artículo 2 dispone que los Estados partes se “comprometen a adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, mientras que el artículo 26 establece que los Estados partes “se comprometen

⁸⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3, *cit.* Véase, en general, Sepúlveda, M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *cit.*, pp. 354-358.

⁸¹ Uso el término en estricto sentido lógico, es decir, en el sentido de repetición de la información prescriptiva ya contenida en otra proposición del mismo cuerpo normativo. Véase, por ejemplo, Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, 5a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 128. No pretendo con ello afirmar que la redacción del artículo 26 sea, en este punto, desafortunada o inconveniente.

a adoptar providencias... para lograr... la plena efectividad de los derechos... por vía legislativa u otros medios apropiados”. Este señalamiento es importante, ya que hace plenamente aplicable, al menos en estos segmentos, la ya referida dogmática elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del artículo 2 de la Convención.⁸²

Amén de estos segmentos redundantes, es importante analizar los elementos suplementarios que incluye el artículo 26. Como adelanté al analizar la aplicabilidad del artículo 2 a los derechos que surgen del artículo 26, la norma completa del artículo 26 puede entenderse como un caso de *lex specialis* con respecto a la cláusula general del artículo 2: la obligación de adoptar medidas apropiadas, incluso legislativas, para lograr la plena efectividad de los derechos, es modalizada específicamente por los demás segmentos del artículo 26 cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de la Carta de la OEA.

En todo caso, para colocar la obligación de adoptar medidas apropiadas, incluso legislativas, en contexto para el caso de derechos económicos, sociales y culturales, vale referirse al desarrollo hecho al respecto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general 3.⁸³ El análisis del Comité acerca de la obligación de “adoptar medidas” se encuentra en el párrafo 2 de esa observación general:

2. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de “adoptar medidas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es “to take steps”, en francés es “s’engage à agir” (“actuar”) y en español es “adoptar medidas”. Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo ra-

⁸² Véase apartado 3.1 *supra*.

⁸³ Para un análisis detallado de estas obligaciones véase Sepúlveda, M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *cit.*, pp. 311-378; Melish, T., *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, *cit.*, pp. 155-190; Abramovich, V. y Courtis, V., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, capítulo II.

zonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

Los párrafos 3 al 7 desarrollan la noción de “medio apropiado”, y la inclusión dentro de esos medios de medidas legislativas. No transcribiré esos párrafos de manera completa —remito al lector a su lectura—. Simplemente señalaré lo que creo son los puntos más relevantes:

- la preferencia por las medidas legislativas (“en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables”, párrafo 3).
- el hecho de que la adopción de medidas legislativas no agota el contenido de la obligaciones del Pacto (párrafo 4).
- la necesidad de que los Estados justifiquen por qué consideran que las medidas adoptadas son apropiadas (párrafo 4).
- la inclusión, dentro de las medidas apropiadas para hacer plenamente efectivos los derechos del Pacto, la provisión de recursos judiciales para los derechos que se consideren justiciables (párrafos 5 y 6).
- la inclusión, entre las “medidas apropiadas”, de medidas de “carácter administrativo, financiero, educacional y social” (párrafo 7).⁸⁴

Quiero detenerme particularmente sobre la inclusión, dentro de las medidas adecuadas para hacer efectivos los derechos, de la provisión de recursos judiciales.⁸⁵ Transcribo el párrafo pertinente:

5. 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. De hecho, los Estados Partes que son asimismo Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados

⁸⁴ En sentido coincidente, Principios de Limburgo, principios 16 al 20; Directrices de Maastricht, directriz 8.

⁸⁵ Véase también Principios de Limburgo, principio 19.

(en virtud de los artículos 2 [párrafos 1 y 3], 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, “podrá interponer un recurso efectivo” (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2). Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), 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.

Al menos dos elementos son dignos de ser comentados. El primero es que el Comité nota que en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se garantiza el derecho de toda persona cuyos derechos contenidos en ese instrumento internacional hayan sido violados a interponer un recurso efectivo. Vale recordar que el artículo 25 de la Convención Americana, cuya aplicabilidad al artículo 26 ya he analizado, prevé un derecho análogo. El razonamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no hace más que reforzar la necesidad de existencia de recursos judiciales efectivos ante la violación de los derechos que surgen del artículo 26 del Pacto.

Un segundo comentario se refiere al tema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité identifica, a priori, una serie de derechos contenidos en el PIDESC que considera de aplicación inmediata y directamente invocables ante los tribunales de justicia en caso de violación. El contenido de la lista no es exhaustivo, pero da una idea de los derechos que podrían ser directamente invocados ante los tribunales locales y, en el caso de ser derechos reconocidos en el sistema interamericano, ante la Comisión y ante la Corte Interamericana.

La observación general 3 menciona los siguientes derechos: el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en materia de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del PIDESC), el derecho a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, en especial entre hombres y mujeres (artículo 7, párrafo a.i del PIDESC), los derechos sindicales, incluido el derecho de huelga (artículo 8 del PIDESC), el derecho de todos los niños a recibir asistencia sin discriminación, in-

cludidas la protección contra la explotación y contra los trabajos riesgosos, y la prohibición del trabajo por debajo de ciertos límites de edad (artículo 10, párrafo 3 del PIDESC), el derecho a la educación gratuita y obligatoria (artículo 13, párrafo 2.a del PIDESC), el derecho de los padres a elegir para sus hijos escuelas distintas a las creadas por las autoridades públicas (artículo 13, párrafo 3, del PIDESC), el derecho de los particulares para establecer y dirigir instituciones de enseñanza distintas a las estatales (artículo 13, párrafo 4, del PIDESC) y el derecho al respeto de la libertad en la investigación científica y en la actividad creadora (artículo 15, párrafo 3, del PIDESC).

Cabe señalar aquí ciertas coincidencias con derechos cuya tutelabilidad no está en duda en el sistema interamericano: el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado (artículo 1.1 de la Convención Americana, aplicable —como hemos visto— a los derechos que surgen del artículo 26), los derechos sindicales (reconocidos expresamente como derechos directamente invocables ante el sistema interamericano por el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador), todos los derechos relativos a la educación mencionados (también reconocidos expresamente como derechos directamente invocables ante el sistema interamericano por el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador) y el derecho a la protección de la niñez (artículo 19 de la Convención Americana).

Sin embargo, en la observación general 9, referida a la aplicación interna del Pacto, el Comité retoma la cuestión de la provisión de recursos judiciales, afinando aún más la noción de justiciabilidad. Vale la pena referir el párrafo 10 de esa observación general:

10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la observación general No. 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este res-

pecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. 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, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

La distinción trazada por el Comité entre derechos de aplicación inmediata y derechos justiciables aclara aún más la cuestión de la invocabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante los tribunales —internos o internacionales—. La noción de aplicabilidad inmediata se opondría a la noción de necesidad de desarrollo normativo: en el primer caso, un derecho económico, social y cultural podría invocarse directamente, por su sola previsión en un instrumento internacional, sin necesidad de intermediación legislativa, mientras que en el segundo, la condición previa para su invocación ante los tribunales es su desarrollo normativo. Pero en los dos casos, se trata de derechos que poseen “en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad”.⁸⁶

La distinción podría afinarse aún más: todos los derechos —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— tienen aspectos de aplicación inmediata, y otros necesitados de desarrollo normativo. El desarrollo normativo de un derecho amplía la base posible de su justiciabilidad, pero ésta no se agota completamente ante la ausencia de desarrollo nor-

⁸⁶ Véase Directrices de Maastricht, directrices 16, 22, 23, 24 y 27.

mativo. Aun derechos cuya plena efectividad requiere de intermediación legislativa y, en muchos casos, de la puesta en funcionamiento de una política o de un servicio público —como los derechos a la salud, a la vivienda o a la alimentación— presentan aspectos directamente aplicables: por ejemplo, no es necesaria mayor intermediación legislativa para considerar que la contaminación negligente de un curso de agua potable, el desalojo forzoso e injustificado o la privación del acceso a alimentos a sectores carenciados de la población constituyen respectivas violaciones a esos derechos, perfectamente invocables ante los tribunales para reclamar el cese de la conducta ilícita. El desarrollo normativo de un derecho, sin embargo, multiplica las posibilidades de justiciabilidad: permite el control de la compatibilidad de la norma de desarrollo con el contenido mínimo esencial del derecho y del respeto de principios generales, como el principio de razonabilidad, la prohibición de discriminación y la prohibición de regresividad, y permite además el control del cumplimiento de ejecución de la norma de desarrollo por parte de las autoridades competentes.

Veamos ahora los segmentos de los artículos 26 de la Convención Americana y del artículo 2.1 del PIDESC, que modalizan la obligación de adoptar medidas apropiadas. Se trata de tres condicionantes, que analizaremos a continuación:

- La progresividad de la plena efectividad de los derechos
- La limitación de las medidas a adoptar a los recursos disponibles
- La obligación de acudir a la asistencia y cooperación internacional, especialmente económica y técnica
- La progresividad: aunque a primera vista la noción de progresividad parezca otorgar a los Estados partes un margen de apreciación amplio, no ha sido éste el sentido que le ha asignado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al término. Ciertamente, la noción de progresividad está ligada a la idea de gradualidad: el artículo 26 de la Convención Americana y el 2.1 del PIDESC reconocen que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no puede lograrse inmediatamente, sino que requiere la toma de medidas paulatinas, en algunos casos escalonadas temporalmente, y la administración de recursos escasos, que implica la necesidad de optar entre objetivos.

Sin embargo, el Comité ha interpretado el alcance de esta obligación en dos sentidos. En primer término, el condicionamiento de la progresividad no se aplica a todas las obligaciones que surgen del PIDESC. Esto significa que existen algunas obligaciones de cumplimiento inmediato, no beneficiadas por la deferencia temporal que ofrece la idea de progresividad.⁸⁷ Estas obligaciones de cumplimiento inmediato son: la obligación de adoptar medidas, la prohibición de discriminación y el aseguramiento de niveles esenciales de cada uno de los derechos del Pacto.⁸⁸ Entre las medidas a adoptar inmediatamente se encuentran la adecuación del marco legal a las disposiciones del Pacto, el relevamiento de información, la vigilancia efectiva y la formulación de un plan, y la provisión de recursos efectivos, incluidos los judiciales. Sobre el aseguramiento de niveles esenciales de cada derecho, baste decir que el Comité ha articulado una definición de esos niveles esenciales en las observaciones generales referidas a los derechos a la alimentación, educación, salud, agua y trabajo.

En segundo término, el Comité ha abordado directamente la tarea de dar contenido a la noción de progresividad. Veamos qué dice al respecto:

9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 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... Sin embargo, 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. 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

⁸⁷ Véase también Principios de Limburgo, principios 8 y 22; Directrices de Maas-tricht, directriz 8.

⁸⁸ Véase Principios de Limburgo, principios 22, 25, 35 al 45; Directrices de Maas-tricht, directrices 9, 10, 11, 12 y 15.

que se trata. Este 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 regresivo 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.

Es decir: la noción de progresividad implica la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales,⁸⁹ y la prohibición de adoptar medidas regresivas (la llamada prohibición de regresividad). En cuanto a la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos, un autor señala que, sentada como parámetro, puede dar al menos lugar a cuatro situaciones:⁹⁰

- a) la de regresión
- b) la de estancamiento
- c) la de progreso insuficiente
- d) la de progreso suficiente

Sólo la situación de progreso suficiente supondría un comportamiento conforme con el Pacto.

Sin embargo, dadas las dificultades de medición del progreso de todas las dimensiones de derechos que plantean facetas complejas, como los económicos, sociales y culturales, en sede judicial, a efectos de su justiciabilidad ha resultado más útil el desarrollo de la prohibición de regresividad, entendida como la prohibición de adoptar medidas deliberadas que supongan el empeoramiento del nivel de goce de un derecho.⁹¹ La

⁸⁹ Véase, en el mismo sentido, Principios de Limburgo, principio 21: “La obligación de alcanzar *el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos* exige que los Estados partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección. Bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos”.

⁹⁰ Hoyos, C., *El derecho humano a la alimentación adecuada: estudio comparativo Canadá-México*, Quebec, Université de Québec, 2002, pp. 124 y ss. Agradezco la referencia al jurista tucumano Gerardo Pisarello.

⁹¹ *Cfr.* Principios de Maastricht, principios 14 a) y e). Véase al respecto las contribuciones reunidas en Courtis, C. (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad*

ventaja de la prohibición de regresividad desde el punto de vista del control judicial es que evaluar el empobrecimiento del contenido normativo de un derecho producido por una medida resulta más sencillo que evaluar sus consecuencias empíricas. Esto no significa que sea imposible conceptualmente demostrar que una medida aparentemente “neutral” tenga efectos regresivos:⁹² sólo pretendo subrayar el tipo de estándar sobre el que resultaría más fértil y menos complicado basar el litigio en esta materia, tomando en consideración la tradición y la idiosincrasia de los jueces de la región.

—La limitación de las medidas a adoptar a los recursos disponibles: este condicionante supone, como dije antes, alguna diferencia de redacción entre los dos instrumentos internacionales. Mientras en el PIDESC se habla de la obligación del Estado de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, el artículo 26 de la Convención Americana se refiere a la obligación de adoptar providencias “en la medida de los recursos disponibles”. ¿Significa esta divergencia en la redacción alguna diferencia sustancial entre las dos disposiciones? La respuesta debe ser, me parece, negativa. La “medida de los recursos disponibles” es justamente el “máximo de los recursos de que disponga”, no menos. Si fuera menos que el máximo, se trataría de la medida en que el Estado quisiera, discrecionalmente, dentro de los recursos disponibles. No parece ser ésa la intención de la norma: la retención discrecional de recursos parece incompatible con el logro progresivo de la plena efectividad de los derechos que surgen del artículo 26.

Sentada la equivalencia de las dos expresiones, veamos qué ha dicho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la cuestión.⁹³ En el párrafo 10 de la observación general 3, el Comité señala, en caso de incumplimiento de las obligaciones mínimas esenciales correspon-

en materia de derechos sociales, Buenos Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.

⁹² Se trata, por ejemplo, del *quid* del litigio relacionado con la noción de *disparate impact*, originaria del derecho antidiscriminatorio estadounidense. La dificultad, naturalmente, es la de demostrar en juicio la relación de causalidad entre la medida y las consecuencias empíricas regresivas. Véase Barrère Unzueta, M. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, IVAP-Civitas, 1997, pp. 37-43.

⁹³ Véase también Principios de Limburgo, principios 25 al 34; Directrices de Maas-tricht, directrices 10 y 13.

dientes a cada uno de los derechos del Pacto, para probar que ello se debe a la falta de recursos, el Estado debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición. En cuanto a la falta de recursos, el Comité agrega lo siguiente:

12. De manera análoga, el Comité subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo...

De modo que, aun en casos de crisis económica y de carencia de recursos, el Estado tiene la obligación de destinar los recursos escasos a los grupos vulnerables de la sociedad. Se trata, claro está, de uno de los principios liminares del derecho social, que prescribe la preferencia por los grupos que no pueden satisfacer por sí sus necesidades básicas, y por los que se encuentren en peor situación.⁹⁴ Este principio resulta también útil para modalizar el juego de los artículos 30 y 32 de la Convención Americana en cuanto al alcance de las restricciones de derechos permisibles: cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales las restricciones o limitaciones son permisibles en tanto no sean regresivas, o en tanto la limitación tenga por objeto la protección de los derechos de los grupos sociales que están en peor situación.

Por último, y esto vincula el condicionante económico con la obligación de acudir a la cooperación internacional, el Comité señala en el párrafo 13 de la observación general 3, “que la frase hasta el máximo de los recursos de que disponga tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales”.

—La obligación de acudir a la asistencia y cooperación internacional, especialmente económica y técnica

El Comité considera que acudir a la asistencia y cooperación internacional es una obligación de los Estados. Además de dedicar algunos párrafos de la observación general 3 —los párrafos 13 y 14— a la cuestión, el Comité produjo una observación general, la número 2, dedicada exclu-

⁹⁴ Véase Principios de Limburgo, principios 14 y 28; Directrices de Maastricht, directriz 14 d) y g), 20 y 21.

sivamente a la cuestión de las medidas internacionales de asistencia técnica. Tanto en la observación general 3 como en las observaciones dedicadas a desarrollar puntualmente derechos del PIDESC, el Comité sostiene que recae sobre el Estado, en caso de falta de recursos, la demostración de que hizo esfuerzos para acudir a la cooperación internacional, y que aún así no logró obtener los recursos necesarios.⁹⁵

IV. PERSPECTIVAS DE UTILIZACIÓN DEL ARTÍCULO 26 FRENTE A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Pese a este rico panorama, el empleo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho del artículo 26 de la Convención Americana es más bien frustrante. Apenas se ha analizado con algún detalle la aplicabilidad del artículo 26 en un único caso —el caso de los “Cinco Pensionistas” contra Perú—, y las conclusiones de la mayoría de la Corte al respecto han sido poco felices. Existen, sin embargo, indicios más halagüeños, que permitirían extraer de la jurisprudencia de la Corte, pautas de aplicabilidad de los derechos que surgen del artículo 26. Dedicaré este apartado a analizar los precedentes que considero relevantes al respecto.

1. El análisis de la Corte acerca del artículo 26 en el caso “Cinco Pensionistas”

Aunque, como veremos, en algunos temas vinculados con la protección de derechos económicos, sociales y culturales el caso de los “Cinco Pensionistas”⁹⁶ haya significado un avance, las consideraciones más decepcionantes de la Corte se vinculan con su análisis de los agravios basados sobre el artículo 26 de la Convención. La demanda de la Comisión incluyó un reclamo específico que suponía la justiciabilidad directa de al menos una obligación ligada al desarrollo progresivo de los derechos

⁹⁵ Véase también Principios de Limburgo, principios 29-34.

⁹⁶ Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas”, *cit.* Para un análisis extenso del caso, algunos de cuyos párrafos he adaptado aquí, véase Courtis, C., “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, núm. 6, 2004.

económicos, sociales y culturales: la prohibición de regresividad o retroceso. La construcción de la Comisión implicaba que: a) el derecho a la seguridad social es uno de los derechos derivados de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires; b) el derecho a la seguridad social incluye el derecho a percibir pensiones de jubilación o retiro, y c) el Estado no puede empeorar injustificadamente el nivel de goce de ese derecho. De acuerdo con la tesis de la Comisión, las limitaciones o restricciones a este principio sólo pueden efectuarse por leyes “que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador.

Como se ve, el planteo ofrecía a la Corte la posibilidad concreta de sentar jurisprudencia sobre la justiciabilidad del artículo 26 y, puntualmente, sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Veamos cuáles han sido las reflexiones del tribunal sobre estos temas:

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.⁹⁷

La elusiva argumentación del tribunal genera al menos tres perplejidades. En primer lugar, como veremos, al analizar la violación al derecho de propiedad, la Corte empleó como criterio de interpretación el artículo

⁹⁷ Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas”, *cit.*, párrafos 147 y 148.

5 del Protocolo de San Salvador,⁹⁸ integrando el contenido del derecho de propiedad cuando de lo que se trata es de créditos previsionales con consideraciones relativas al “propósito y razón de los derechos económicos, sociales y culturales”. Lo dicho supone reconocer una dimensión individual justiciable al derecho a la seguridad social, por vía de su conexidad con el derecho de propiedad —aunque reconociendo principios de interpretación propios de los derechos económicos, sociales y culturales—. Esto choca frontalmente con la citada conclusión del párrafo 147, que parece sostener que la única forma de evaluar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de derechos económicos, sociales y culturales es en relación con el conjunto de la población —socavando, por ende, sus posibilidades de justiciabilidad—.

En segundo término, la mención que la Corte hace de la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es especialmente desafortunada. Ciertamente, como hemos visto, el Comité se pronuncia en la observación general 3⁹⁹ —mencionada en la nota al pie del párrafo 147 de la sentencia de la Corte— sobre la noción de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, pero para llegar a conclusiones meridianamente opuestas a las desplegadas por la Corte. Así, el Comité argumenta que “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato” (párrafo 1). Entre estas obligaciones de efecto inmediato se encuentra la de “adoptar medidas”, “compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración... Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto” (párrafo 2). Finalmente —y en lo que resulta pertinente para ese punto—, el Comité, como ya hemos observado antes, identifica dentro de las medidas a adoptar, la de ofrecer recursos judiciales. En este sentido, afirma que: “(e)ntre las

⁹⁸ Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas”, *cit.*, párrafo 116, comentado *infra*.

⁹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3, *cit.*; véase apartado 3.2 *supra*.

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” (párrafo 5).

Como ya hemos visto, el Comité profundiza estas reflexiones en su observación general 9, en especial en lo referente a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Allí señala que “(a)unque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad”, y 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, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes”.¹⁰⁰

Como puede verse, de la propia doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se desprende que la noción de progresividad establecida en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no está reñida con la justiciabilidad de esos derechos. Lo mismo cabría decir para la Convención Americana. Poco tiene que ver esto con lo decidido por la Corte en el caso.

El tercer motivo de perplejidad, como bien marca el voto concurrente del juez De Roux Rengifo,¹⁰¹ es la aparente conclusión de la Corte —que parece subordinar necesariamente el análisis de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales a una escala colectiva nacional—. Dado que la propia Corte no tiene competencia para analizar informes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los países de la región, ni ninguna otra forma de evaluar el estado de goce de esos derechos “sobre el conjunto de la población”, esta sugerencia parece llevar a una vía muerta. La competencia contenciosa de la Corte

¹⁰⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 9, “La aplicación interna del Pacto”, *cit.* Las cursivas son mías.

¹⁰¹ Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas”, *cit.*, voto separado del juez De Roux Rengifo.

la obliga a evaluar reclamos individuales o pluriindividuales, pero difícilmente puede plantearse ante sus estrados un planteo que involucre al “conjunto de la población”, sin individualizar víctimas concretas.¹⁰² Leído bajo la peor luz posible, el párrafo podría entenderse como una lápida a las posibilidades de justiciabilidad del artículo 26 de la Convención.

El razonamiento de la Corte es, sin embargo, poco consistente. De reconocer que los derechos económicos, sociales y culturales “tienen una dimensión tanto individual como colectiva” no se sigue en absoluto la conclusión de su no justiciabilidad. Que, por motivos diversos, la adopción de muchas medidas vinculadas con la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales requiera del Estado el diseño e implementación de políticas de alcance colectivo no significa que el contenido del derecho no sea individualizable.¹⁰³ Si, además de su dimensión colectiva, los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión individual, no se ve por qué sería imposible tratar casos de violaciones individuales concretas.¹⁰⁴ La dimensión colectiva tampoco obsta a la justiciabilidad: los avances del derecho procesal contemporáneo permiten el planteo de casos de afectación de derechos grupales o de incidencia colectiva en sede judicial, sin que ello haya alterado mayormente las fun-

¹⁰² Véase, en el mismo sentido, el argumento sostenido en el voto concurrente del juez De Roux Rengifo: “(E)l 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 solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número”.

¹⁰³ Para ver ejemplos al respecto, basta revisar los ensayos referidos a los derechos a la educación, a la vivienda, a la salud y a la alimentación contenidos en Coomans, F. y Van Hoof, F. (eds.), *The Right to Complaint about Economic, Social and Cultural Rights*, SIM Special número 18, Utrecht, 1995. Véase también Scheinin, M., “Economic and Social Rights as Legal Rights”, en Eide, A. *et al.*, *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, *cit.*, pp. 41-62.

¹⁰⁴ Véase en ese sentido, la correcta apreciación del juez García Ramírez en su voto concurrente: “Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste... La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada ‘justiciabilidad’ de aquéllos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional”.

ciones de la jurisdicción.¹⁰⁵ En el fondo del razonamiento de la Corte parece haber dos dificultades de tipo conceptual:

- La confusión entre la dimensión colectiva y la escala nacional: la aparente solución de la Corte —deferir el control de la efectividad de derechos económicos, sociales y culturales a mecanismos de evaluación de las políticas globales del Estado en materia social— se construye a partir de una oposición binaria entre la dimensión individual de un derecho, y la evaluación holística de los resultados de una política social sobre el conjunto de la población. Esta posición, sin embargo, pierde de vista el que probablemente sea el fenómeno más característico del derecho social, es decir, su dimensión grupal.¹⁰⁶ Una parte importante del litigio en materia de derechos sociales se refiere a la situación de grupos o colectivos de personas, es decir: ni a individuos aislados ni al total de la población. Algunos principios característicos del derecho social requieren la distinción entre grupos —trabajadores/empleadores; consumidores/profesionales; activos/pasivos; mujeres/hombres; personas con discapacidad/personas sin discapacidad, etcétera— y, aún dentro de esos grupos, de ulteriores distinciones destinadas a orientar una política determinada a los más desfavorecidos. Amén de la posibilidad de análisis de situaciones individuales, también es perfectamente posible aplicar algunos principios característicos de los derechos sociales —prioridad de los desfavorecidos, no regresividad, no discriminación, etcétera— para analizar acciones u omisiones estatales de alcance grupal.
- El temor a analizar la totalidad de una política pública a través de un caso contencioso: en la oposición entre las dimensiones “individual” y “colectiva”, y en la sugerencia de evaluar la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales únicamente a partir

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, AIDI, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derechos Procesal, 2003; Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003; Mafra Leal, M. F., *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1998; Menezes Vigilar, J. M., *Tutela jurisdiccional coletiva*, San Pablo, Atlas, 1998.

¹⁰⁶ Véase, por todos, Ewald, F., *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1985, pp. 451-452; y “Le droit du travail: une légalité sans droit?”, *Droit Social*, 11, 1985, pp. 723-728.

del contexto del conjunto de la población puede vislumbrarse la reticencia de la Corte a tratar en un caso judicial temas vinculados con el diseño de políticas públicas y la disposición de recursos, probablemente por el temor de decidir sin información suficiente. Ciertamente, la inclusión en el artículo 26 de la Convención del principio de progresividad, y de la cláusula de condicionamiento económico (“en la medida de los recursos disponibles”) requerirán el análisis de aspectos vinculados con la implementación de políticas públicas, y —en muchos casos— con la disposición de recursos. Sin embargo, esto no equivale a decidir sin información suficiente: corresponderá al Estado justificar su accionar, trayendo a colación datos que permitan explicar las decisiones públicas adoptadas dentro de los márgenes de apreciación que le son propios en la implementación interna de estándares internacionales, en la medida de sus recursos disponibles. Del mismo modo, cláusulas tales como el artículo 5 del Protocolo de San Salvador ofrecen al Estado la oportunidad de explicar las prioridades y justificaciones adoptadas para limitar o restringir derechos económicos, sociales y culturales, teniendo en consideración la obligación de realización progresiva y la primacía de las medidas destinadas a cubrir las necesidades de los grupos más desfavorecidos. En fin, desde el punto de vista conceptual, los estándares para evaluar la acción u omisión estatal en esta materia no difieren mayormente de los estándares aplicables en el litigio en materia de derechos civiles y políticos.

Intentaré, sin embargo —en la medida de lo posible—, ofrecer una lectura del párrafo 147 de la sentencia que sea coherente con el principio *pro homine* y con la existencia del artículo 26 en el plexo normativo de la Convención. Más allá de los ríos de tinta que han corrido sobre la cuestión de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, puede concederse que, en el contexto de la Convención Americana, la ubicación sistemática del artículo 26, su reenvío a otro instrumento normativo y los matices particulares de su redacción (tales como la noción de desarrollo progresivo, la referencia a los recursos disponibles, etcétera) parecen requerir prudencia en la apertura de la vía contenciosa de la Corte. Esto no significa, claro está, que ninguna obligación emergente de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA sea justiciable.

Significa, tal vez, que cuando la Comisión o los peticionantes articulen ante la Corte Interamericana un planteo vinculado con la violación de derechos económicos, sociales y culturales, corren con una carga argumentativa adicional, que es la de demostrar la relevancia colectiva del planteo. Es decir: la Comisión y los representantes de las víctimas no sólo tienen la carga de demostrar la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también la de demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho o cuestión aislada.¹⁰⁷ El caso o casos concretos planteados serían, bajo este prisma de análisis, ejemplos concretos de una política pública de consecuencias colectivas relevantes. Dada la dificultad práctica de articular una acción colectiva o grupal ante la Corte, los selectos representantes del grupo afectado cargarían con la obligación de demostrar la representatividad de las violaciones alegadas en función de un contexto colectivo o grupal.

Se trataría, ciertamente, de una carga adicional de creación pretoriana, no prevista por la Convención —aunque podría entendérsela como salvaguarda formal que permita a la Corte medir la relevancia de los planteos en un campo novedoso en el que aún no se han generado estándares judiciales en el sistema.

Probablemente, la mayor fuente de optimismo para la evolución del tema provenga de la existencia de dos votos concurrentes que matizan la conclusión de la mayoría de la Corte en el caso. La opinión concurrente de los jueces De Roux Rengifo y García Ramírez permite abrigar alguna esperanza sobre el enderezamiento de la no muy feliz posición de la Corte sobre esta cuestión. Vale concluir este comentario con las consideraciones finales del juez García Ramírez:

El tema [de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales] sugiere, como es evidente, muchas consideraciones adicionales que traerá consigo el desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre una

¹⁰⁷ En el mismo sentido parece leer las consideraciones de la mayoría el juez García Ramírez en su voto concurrente: “Por otra parte, la Corte dejó dicho en la sentencia a la que corresponde este voto que la progresividad de los derechos de referencia —un tema ampliamente debatido— 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’. Con sustento en esa ponderación el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista”.

de las cuestiones más actuales y trascendentes en el sistema de los derechos humanos en nuestra región.¹⁰⁸

2. Menciones al artículo 26 en otros casos

En otra serie de casos donde la Comisión o los representantes de las víctimas habían alegado violaciones al artículo 26, la Corte se negó a considerar el agravio, remitiendo a lo ya dicho a partir de otra calificación jurídica.¹⁰⁹

En el caso de las “niñas Yean y Bosico”, la Corte hace una mención al artículo 26 de la Corte, al interpretar el alcance de las medidas de protección debidas a los niños, con relación al acceso a la educación. El párrafo, sin embargo, es bastante confuso.¹¹⁰

3. La aplicabilidad de obligaciones que surgen de otros derechos de la Convención a derechos protegidos por el artículo 26 en la jurisprudencia de la Corte

En otros contextos hemos desarrollado la idea de protección indirecta de un derecho económico, social o cultural a través de su “traducción” en un derecho civil. La Corte ha avanzado en alguna medida en esta línea en varios casos: así, en el caso “Baena” ha protegido la libertad sindical por su conexidad con la libertad de asociación establecida en el artículo 16 de la Convención Americana; en el caso “Cinco Pensionistas” ha protegido el derecho a la intangibilidad de las pensiones, componente del derecho a la seguridad social, por conexidad con el derecho de propiedad establecido en el artículo 21 de la Convención Americana; en el caso

¹⁰⁸ Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas”, *cit.*, voto separado del juez García Ramírez.

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, Corte IDH, casos “Yakye Axa”, *cit.* párrafo 255; “Acevedo Jaramillo”, *cit.*, párrafo 285, “Trabajadores del Congreso”, *cit.*, párrafo 136.

¹¹⁰ Corte IDH, “caso de las niñas Yean y Bosico”, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párrafo 185. La parte relevante del párrafo referido dice lo siguiente: “Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con 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”.

“Awás Tingni” ha protegido el derecho cultural de los pueblos indígenas a la preservación de su territorio comunitario también por conexidad con el derecho de propiedad, y en varios otros casos (“Instituto de Reeducación del Menor”, “Yakye Axa”, “Sawhoyamaxa”, “Ximenes Lopes”) ha protegido diversos derechos sociales por conexidad con el derecho a la vida. Aquí me interesa, sin embargo, en línea con lo sugerido en el apartado 3.1, comentar sumariamente los casos en los que la Corte ha considerado aplicables las obligaciones generales que emanan de un derecho establecido en la Convención a los derechos económicos, sociales y culturales que pueden derivarse del artículo 26.

En este sentido, los derechos privilegiados han sido los relativos al debido proceso y a la protección judicial, y —en una evolución muy reciente— el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

En cuanto al debido proceso y el derecho a la protección judicial, pese a que el grueso de los casos en los que la Corte Interamericana analizó inicialmente el alcance de los artículos 8 y 25 de la Convención estaban relacionados con asuntos de índole penal,¹¹¹ en los últimos años se ha producido un progresivo desarrollo de su jurisprudencia hacia materias no penales, incluyendo causas civiles y sociales.

Así, la Corte ha abundado sobre la aplicabilidad y la extensión del contenido de las garantías del debido proceso y de la protección judicial a causas de carácter civil patrimonial en los casos “Ivcher Bronstein”¹¹² y “Cantos”,¹¹³ y a un procedimiento de destitución de magistrados, el caso del “Tribunal Constitucional”,¹¹⁴ entre otros.

Respecto del artículo 8, reiterando las conclusiones volcadas en su opinión consultiva OC-11/90,¹¹⁵ la Corte afirma que

[e]n materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2

¹¹¹ Véase, por todos, Corte IDH, caso “Suárez Rosero”, *cit.*; caso “Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1997.

¹¹² Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein”, *cit.*, párrafos 101-116 (artículo 8.1).

¹¹³ Corte IDH, caso “Cantos”, *cit.*, párrafos 49-60 (artículos 8 y 25).

¹¹⁴ Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional”, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafos 68-85 (artículo 8) y 91-97 (artículo 25).

¹¹⁵ Corte IDH, opinión consultiva OC-11/90, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), *cit.*, párrafo 28.

al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal.¹¹⁶

Y también que

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.¹¹⁷

Es decir, que el artículo 8.1 debe leerse, en lo pertinente, a la luz de las garantías detalladas por el artículo 8.2 para el caso de acusaciones de carácter penal, y que la norma es aplicable no sólo a procedimientos judiciales, sino también a procedimientos administrativos, legislativos y de otra índole “que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional”.¹¹⁸

Con respecto al artículo 25, la Corte resume su doctrina en un párrafo del caso “Cantos”:¹¹⁹

El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o

¹¹⁶ Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional”, *cit.*, párrafo 70, caso “Ivcher Bronstein”, *cit.*, párrafo 103.

¹¹⁷ Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional”, *cit.*, párrafo 69, caso “Ivcher Bronstein”, *cit.*, párrafo 102, opinión consultiva OC-9/87, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)” del 6 de octubre de 1987, párrafo 27.

¹¹⁸ Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein”, párrafos 104 y 105; caso del “Tribunal Constitucional”, *cit.*, párrafo 71.

¹¹⁹ Corte IDH, caso “Cantos”, *cit.*, párrafo 52, con sendas citas de los casos *Awas Tingni*, *Cantoral Benavides*, *Tribunal Constitucional*, *Hilaire, Constantine y Benjamin Durand y Ugarte* y “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales* y otros).

por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

Sobre esta base, la Corte ha avanzado en la aplicación de su doctrina a la determinación de obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Varios son los ejemplos relevantes hasta el momento.

En el caso “Baena”, la Corte considera aplicable el principio del debido proceso contenido en el artículo 8.1 a procedimientos de carácter laboral.¹²⁰ Del mismo modo, considera aplicables al inciso 1 del artículo 8 el detalle de garantías establecidas por el inciso 2 del artículo 8, en este caso a procedimientos de índole laboral.¹²¹ La Corte agrega que

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

Concretamente, la Corte considera que el procedimiento administrativo de despido empleado para separar de su puesto de trabajo a 270 trabajadores por su supuesta participación en un paro violentó las garantías del de-

¹²⁰ Corte IDH, caso “Baena”, *cit.*, párrafo 124.

¹²¹ *Ibidem*, párrafo 125.

bido proceso incluidas en el artículo 8, y que la ausencia de protección judicial suficiente contra estos despidos violó los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. En sentido similar se ha expedido la Corte en los casos “Acevedo Jaramillo”¹²² y “Trabajadores Cesados del Congreso”.¹²³

En el caso “Awás Tingni”, la Corte considera la violación del artículo 25 de la Convención Americana ante el reclamo de una comunidad indígena destinado a la demarcación y titulación de tierras comunales. La propiedad comunal de la tierra de los pueblos indígenas es considerada uno de los aspectos más importantes de su derecho a la preservación de la cultura propia.¹²⁴ Aplicando la doctrina ya reseñada respecto del artículo 25, la Corte afirma que, pese a que desde el punto de vista sustantivo la Constitución y la legislación nicaragüenses reconocen el derecho de los pueblos indígenas a tierras comunales, no existe un procedimiento adecuado para hacer efectivo ese derecho.¹²⁵ Por otro lado, la Corte sostiene que el Estado violó el plazo razonable para decidir las acciones de amparo interpuestas por la comunidad, que por ende se tornaron ineficaces. Por ello, considera que Nicaragua ha violado el artículo 25 de la Convención Americana. La Corte decidió en sentido similar en los casos “Yakye Axa”¹²⁶ y “Sawhoyamaxa”.¹²⁷

Por último, en el caso de los “Cinco Pensionistas”,¹²⁸ la Corte Interamericana analizó la aplicabilidad del artículo 25 de la Convención Americana a un procedimiento de carácter previsional, destinado a impugnar la reducción del monto de pensiones jubilatorias. Reiterando su doctrina referida al tema, la Corte considera que el incumplimiento por parte del Estado peruano de las sentencias judiciales que anulaban la reducción de

¹²² Corte IDH, “Acevedo Jaramillo”, *cit.*, párrafos 212-277.

¹²³ Corte IDH, “Trabajadores Cesados del Congreso”, *cit.*, párrafos 106-132.

¹²⁴ Véase, por ejemplo, el estudio pionero del primer relator especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre discriminación contra las poblaciones indígenas, en el que la definición de “pueblo indígena” incluye “la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales”. *Cfr.* Martínez Cobo, J. R., *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Conclusiones, propuestas y recomendaciones*, Naciones Unidas, Nueva York, 1987, vol. V, p. 30.

¹²⁵ Corte IDH, caso “Awás Tingni”, *cit.*, párrafos 123-127.

¹²⁶ Corte IDH, caso “Yakye Axa”, *cit.*, párrafos 61-119 (violación a los derechos a la protección judicial y de las garantías judiciales).

¹²⁷ Corte IDH, caso “Sawhoyamaxa”, *cit.*, párrafos 81-112 (violación a los derechos a la protección judicial y de las garantías judiciales).

¹²⁸ Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas”, *cit.*, párrafos 127-140.

las pensiones y lo obligaban a pagar las diferencias mal deducidas y a continuar pagando los montos fijados con anterioridad, priva de efectividad a los recursos judiciales, y por ende viola el artículo 25 de la Convención.

Como puede verse, la Corte ha considerado aplicable el principio del debido proceso y el derecho a un recurso judicial efectivo a la violación de derechos económicos, sociales y culturales que surgen del artículo 26 de la Convención (derechos laborales, derechos culturales, derecho a la seguridad social). Nada impide su extensión a otros derechos contenidos por esa norma, como el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud o el derecho a la alimentación.

Pasemos ahora al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación. Si bien la jurisprudencia producida por la Corte Interamericana sobre este tema ha sido exigua, en septiembre de 2003 su aplicabilidad a los derechos económicos, sociales y culturales recibió un decidido respaldo con la emisión de la opinión consultiva OC-18,¹²⁹ referida, entre otros temas, a los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados.

La Corte dedica treinta y tres párrafos (párrafos 128-160) a la cuestión, subrayando la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes,¹³⁰ reafirmando enfáticamente la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación a los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados,¹³¹ y extendiendo aún esta noción por vía de la noción de eficacia de los derechos fundamentales entre particulares¹³² —el Estado sería también responsable de la prevención, investigación y sanción de los actos de discriminación en materia laboral llevados a cabo por particulares contra trabajadores migrantes indocumentados.¹³³ En cuanto al alcance de los derechos laborales, amén de identificar un grupo de derechos que asumen una importancia central para los trabajadores migrantes,¹³⁴ la Corte aplica el principio *pro homine*, señalando

¹²⁹ Corte IDH, opinión consultiva OC-18/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*

¹³⁰ *Ibidem*, párrafos 131 y 132.

¹³¹ *Ibidem*, párrafos 134, 136 y 139.

¹³² *Ibidem*, párrafos 140-147.

¹³³ *Ibidem*, párrafos 148-153.

¹³⁴ La Corte identifica dentro de este grupo los siguientes derechos: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a asociación y

que en caso de existir varios instrumentos que regulen la misma situación, ha de preferirse el instrumento interno o internacional que mejor proteja al trabajador.¹³⁵ La Corte considera que la aplicación del principio de igualdad a la cuestión examinada lleva a la conclusión de que los trabajadores migrantes indocumentados tienen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y resalta la obligación del Estado de poner a su disposición los medios adecuados para ejercerlos.¹³⁶

Las consecuencias que esta opinión consultiva proyecta en materia de derechos económicos, sociales y culturales son de suma importancia. En primer lugar, lo dicho para los trabajadores migrantes indocumentados en materia laboral es aplicable a todo otro grupo social vulnerable. La aplicación del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación alcanza, así, a las mujeres, a los niños y adolescentes, a los adultos mayores, a las personas con discapacidad, a las personas con VIH/sida, a las personas desplazadas y refugiadas, a las personas pertenecientes a pueblos indígenas y a grupos étnicos, nacionales y religiosos minoritarios, y a las personas marginadas por razones de pobreza, por ejemplo. En segundo término, lo dicho con respecto a los derechos laborales es también aplicable a todo otro derecho económico, social y cultural reconocido por la Convención Americana (artículo 1.1 en relación con el 26), y en otros tratados, Constitución y legislación interna de los Estados partes (artículo 24 de la Convención Americana). La propia opinión consultiva proporciona ejemplos de violaciones de otros derechos sociales, como el derecho a recibir una pensión, y el derecho a prestaciones de la seguridad social.¹³⁷ Tomarse en serio el alcance de esta opinión consultiva significa ampliar de manera significativa el campo de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.

libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. *Cfr.* Corte IDH, opinión consultiva OC-18/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, párrafo 157.

¹³⁵ Corte IDH, opinión consultiva OC-18/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, párrafo 155.

¹³⁶ *Ibidem*, párrafo 160.

¹³⁷ *Ibidem*, párrafos 154 y 157.

Dos casos decididos por la Corte contienen también algún desarrollo —muy tibio, por cierto— relativo a la aplicación de la prohibición de discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En el caso de las “niñas Yean y Bosico”, la Corte analiza, entre otros agravios, el relativo al efecto que tiene la distinción jurídica hecha por el Estado respecto de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad, sobre la base del origen nacional y étnico, en materia de derecho a la educación. La Corte sostiene que la distinción efectuada por el Estado carece de base objetiva y razonable y es, por ende, discriminatoria,¹³⁸ y considera que los efectos de este tratamiento discriminatorio se han extendido también al derecho a la educación.¹³⁹

En el caso “Ximenes Lopes”, la Corte dedica algunos párrafos a la situación de vulnerabilidad y de discriminación sufrida por las personas con discapacidades psíquicas, especialmente en relación con la prestación de servicios de salud mental.¹⁴⁰ Subraya así que no basta con que el Estado se abstenga de violar los derechos de las personas con discapacidades psíquicas: el Estado debe adoptar medidas de acción positiva, en función de la condición de la persona o de la situación en la que se encuentre.¹⁴¹ Entre las situaciones más susceptibles de vulnerar los derechos de las personas con discapacidades psíquicas se encuentra, de acuerdo con la Corte, la de la internación psiquiátrica.¹⁴² El Estado debe garantizar que la atención en salud mental esté disponible a toda persona que lo necesite, y que el tratamiento tenga como objetivo el respeto de su dignidad y su autonomía, la reducción del impacto de la enfermedad, y la mejora su calidad de vida.¹⁴³ Cuando esa atención sea provista en situación de internación en una institución psiquiátrica, el Estado tiene el deber de supervisar y garantizar la preservación del derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación.¹⁴⁴

¹³⁸ Corte IDH, caso de las “niñas Yean y Bosico”, *cit.*, párrafos 141, 155, 166, 168, 171-174.

¹³⁹ *Ibidem*, párrafo 185.

¹⁴⁰ Corte IDH, caso “Ximenes Lopes c. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006, párrafos 101-111.

¹⁴¹ *Ibidem*, párrafo 103.

¹⁴² *Ibidem*, párrafos 106 y 107.

¹⁴³ *Ibidem*, párrafos 109, 135, 138 y 139.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párrafos 108.

4. *El empleo por parte de la Corte Interamericana, de instrumentos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales para interpretar derechos protegidos por la Convención Americana*

Por último, haré un breve repaso de ejemplos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acudido a otros instrumentos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales como herramienta hermenéutica. Este repaso permite refrendar su empleo para dotar de sentido a los derechos consagrados por el artículo 26, como lo he hecho a lo largo del texto.

En el caso “Baena”,¹⁴⁵ la Corte analiza explícitamente la libertad de asociación en relación con la libertad sindical (párr. 156). A efectos de interpretar el alcance de la libertad sindical, la Corte cita la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y los convenios 87, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, del 17 de junio de 1948, y 98, relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, del 8 de junio de 1949 (párrafo 157 y nota) de la Organización Mundial del Trabajo. Acude también al artículo 8.3 del Protocolo de San Salvador (párrafo 159), a recomendaciones del Comité de Libertad Sindical (párrafos 162, 164, 165 y 171) y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del trabajo (párrafo 163).

En el caso de los “Cinco Pensionistas”,¹⁴⁶ la Corte se dedica a analizar si el derecho a una pensión nivelada es un derecho adquirido, y por ende forma parte del derecho de propiedad. En el párrafo 116 de la sentencia, la Corte considera las posibles limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés social. Para determinar el posible alcance de esas limitaciones, la Corte acude al artículo 5 del Protocolo de San Salvador. Esta alusión es llamativa, porque significa que la Corte es plenamente consciente de que está decidiendo un caso referido a derechos económicos, sociales y culturales. La Corte señala que

Por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”) sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económi-

¹⁴⁵ Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros”, *cit.*

¹⁴⁶ Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas”, *cit.*

cos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.

En el párrafo 147, en el marco de su poco afortunada interpretación del artículo 26 de la Convención, la Corte hace mención —como hemos visto— a la observación general 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque el sentido de la cita es erróneo, el reconocimiento del valor hermenéutico de las observaciones generales del Comité ofrece perspectivas promisorias para la identificación e interpretación del contenido de los derechos que surgen del artículo 26.

En los casos “Yakye Axa”¹⁴⁷ y “Sawhoyamaxa”,¹⁴⁸ la Corte acude al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo para interpretar el alcance del derecho de propiedad establecido por el artículo 21 de la Convención Americana cuando se trata de reivindicaciones de pueblos indígenas relacionadas con la propiedad comunal de sus tierras ancestrales.

En los casos “Instituto de Reeducción del Menor”,¹⁴⁹ “Yakye Axa”,¹⁵⁰ “niñas Yean y Bosico”¹⁵¹ y “Sawhoyamaxa”,¹⁵² la Corte interpreta las obligaciones positivas relativas al derecho a la vida y al derecho de los niños y niñas de recibir protección especial del Estado, a la luz del Protocolo de San Salvador y de observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señalando así deberes estatales en materia de derecho a la salud, derecho a la alimentación y al agua y derecho a la educación. La Corte cita también la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos.

En el caso de las “Masacres de Ituango”,¹⁵³ la Corte invoca el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, a efectos de inter-

¹⁴⁷ Corte IDH, caso “Yakye Axa”, *cit.*, párrafos 95, 127, 130, 136, 150-151, 163.

¹⁴⁸ Corte IDH, caso “Sawhoyamaxa”, *cit.*, párrafos 117 y 119.

¹⁴⁹ Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor c. Paraguay”, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafos 148, 149, 154, 172 y 174.

¹⁵⁰ Corte IDH, caso “Yakye Axa”, *cit.*, párrafo 163.

¹⁵¹ Corte IDH, caso “Yean y Bosico”, *cit.*, párrafo 185.

¹⁵² Corte IDH, caso “Sawhoyamaxa”, *cit.*, párrafo 164, citando las observaciones generales número 12 (sobre el derecho a la alimentación) y 15 (sobre el derecho al agua) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁵³ Corte IDH, caso de las “Masacres de Ituango”, sentencia del 1 de julio de 2006, párrafos 157-160. La Corte cita también la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (párrafo 161, nota a pie de página 178).

pretar la prohibición de trabajos forzosos establecida por el artículo 6.2 de la Convención Americana. En materia de reparaciones, la Corte ordena al Estado la implementación de un programa habitacional para proveer de vivienda adecuada a las víctimas sobrevivientes que hubieran perdido su vivienda. Cita allí la observación general 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁵⁴ La Corte había efectuado una cita similar en su sentencia de reparación en el caso “Masacre de Plan de Sánchez”.¹⁵⁵

En el caso “Ximenes Lopes”,¹⁵⁶ la Corte interpreta las obligaciones positivas relativas al derecho a la vida, específicamente referidas a la prestación y supervisión (regulación y fiscalización) estatal de los servicios médicos, y —concretamente— de los servicios de salud mental. Para ello acude a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la observación general 5, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y una extensa serie de documentos de *soft law*, entre los que se cuentan los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidades, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, y la llamada Declaración de Caracas, de la Organización Panamericana de la Salud.

En la opinión consultiva OC-17/2002,¹⁵⁷ referida a la “condición jurídica y derechos humanos del niño”, el Comité hace profusa mención a la Convención sobre los Derechos del Niño como instrumento interpretativo. En lo que nos interesa aquí, en su interpretación del artículo 19 de la Convención Americana, referida al derecho de los niños a recibir medidas de protección, la Corte considera que dichas medidas incluyen el derecho a la educación y el derecho al cuidado de la salud. Para fundar su afirmación, la Corte acude a la Convención sobre los Derechos del Niño

¹⁵⁴ Corte IDH, caso de las “Masacres de Ituango”, *cit.*, párrafo 407, nota al pie de página 180.

¹⁵⁵ Corte IDH, caso “Masacre de Plan de Sánchez”, reparaciones, sentencia del 19 de noviembre de 2004, párrafo 107, nota a pie de página 272.

¹⁵⁶ Corte IDH, caso “Ximenes Lopes”, *cit.*, párrafos 51, 99, 104, 105, 110, 111, 128-131, 133-135.

¹⁵⁷ Corte IDH, opinión consultiva OC-17/2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño” del 28 de agosto de 2002, *cit.*, párrafos 43-55.