

Segunda parte

Los derechos sociales en la jurisprudencia interamericana

Como ya se apuntaba al inicio del presente libro, desde hace tiempo la garantía jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales se ha convertido en un tema recurrente en la discusión académica y judicial. Las posiciones van desde aquellas que consideran que los derechos económicos, sociales y culturales son normas programáticas y no tienen cabida en un tribunal, hasta las que estiman que la solución a todos los conflictos sociales debe quedar en manos de los jueces. Incluso, se han propuesto vías alternativas para su justiciabilidad, como sucede con las visiones dialógicas.⁶⁴

- 64 Cfr., entre otros, GARGARELLA, ROBERTO, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en ALICIA ELY YAMIN y SIRI GLOPPEN (coords.), *La lucha por los derechos de salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2013, pp. 279-294; ALTERIO, MICAELA y NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional: El caso vacantes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Ed. Porrúa, núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp. 353-377. Sobre un método alternativo véase PELAYO MOLLER, CARLOS MARÍA,

En la mayoría de los casos, las reticencias para hacer justiciables estos derechos tienen raíces políticas e ideológicas, muchas veces basadas en una malentendida concepción democrática,⁶⁵ ya que jurídicamente nada impide que los tribunales conozcan de sus incumplimientos. Afortunadamente, los mitos que durante mucho tiempo acompañaron la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se han venido desvaneciendo.⁶⁶ Así, la posibilidad de someter a consideración de un tribunal la violación de estos derechos va ganando terreno en la práctica gracias al debate que se ha dado en sede doctrinal. El debate, sin embargo, sigue abierto.

“El “mínimo vital” como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Methodos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, No. 3, 2012, pp. 31-51.

65 Sobre este punto véase GARGARELLA, ROBERTO, “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, FLACSO, México, núm. 28, 2006, pp. 29-30.

66 Cfr., entre otros, ABRAMOVICH, VÍCTOR y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit.; PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007; ACUÑA, JUAN MANUEL, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, México, Ed. Porrúa-IMDPC, núm. 61, 2012; REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *La dignidad humana en serio*, México, Ed. Porrúa-IMDPC, núm. 74, 2013, p. 13 y ss.; CARBONELL, MIGUEL, *Los derechos fundamentales en México*, 5a. ed., México, Ed. Porrúa-UNAM-CNDH, 2012, pp. 782 y ss.

Esta discusión ha tenido lugar también a nivel interamericano, aunque con sus propias especificidades. Como veremos más adelante, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) ha dado respuesta a los reclamos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, la mayoría de las veces lo ha hecho de manera indirecta bajo el ropaje de los derechos civiles y políticos.⁶⁷ Las razones para ello son de diversa índole, las que analizaremos y discutiremos en las páginas que siguen, aunque en términos normativos se reducen a la posibilidad y conveniencia o no de exigir jurisdiccionalmente el cumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “Pacto de San José”), así como en determinar qué derechos derivan de la Carta de la Organización de Estados Americanos, conforme al mismo numeral.

Un ejemplo reciente de ese tipo de abordaje es el caso *Suárez Peralta* de mayo de 2013,⁶⁸ en el que

67 Lo anterior ha llevado a algunos autores de considerar “la práctica inexistencia de derechos económicos sociales y culturales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos”: SANTOLAYA MACHETTI, PABLO, y DÍAZ RICCI, SERGIO M., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 273 y ss.

68 Cfr. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

la Corte IDH declaró responsable internacionalmente a Ecuador por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, así como al deber de garantía del derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1, todos en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José. En este asunto el Tribunal Interamericano pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que dicho caso llegara al Sistema Interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional, que fueron las implicaciones al “derecho a la salud” de la víctima debido a una *mala praxis* médica con responsabilidad del Estado, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, lo que provocó distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana.

Por las razones que se explicarán más adelante, desde nuestra perspectiva, esta situación pudo haberse considerado de manera explícita para que se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones en el caso del derecho a la salud de manera autónoma. Lo anterior, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre el derecho a la salud y entendiendo la justiciabilidad directa de dicho derecho social —y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles—, lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de

respeto y garantía previstas en el artículo 1.1 del Pacto de San José.

En efecto, las obligaciones generales de “respeto” y “garantía” que prevé el mencionado precepto convencional —conjuntamente con la obligación de “adecuación” del artículo 2 de la propia Convención Americana— aplican a *todos los derechos*, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad existente entre *todos los derechos humanos* reconocidos en el Pacto de San José (y en México por el artículo 1, párrafo tercero, a partir de la importante reforma constitucional del 10 de junio de 2011);⁶⁹ esta “interdependencia e indivisibilidad” fue expresamente reconocida con particular intensidad respecto al derecho a la salud en el caso *Suárez Peralta*,⁷⁰ lo que

69 Sobre los principios de interdependencia e indivisibilidad en la Constitución mexicana, ver VÁZQUEZ, LUIS DANIEL y SERRANO, SANDRA, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en CARBONELL, MIGUEL y SALAZAR, PEDRO (coordinadores), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*, 3a. ed., México, Ed. Porrúa-UNAM, 2013, pp. 135 y ss.

70 Véase el párr. 131 de la Sentencia del Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, que textualmente señala que: “la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”; lo anterior, siguiendo el precedente del Tribunal Interamericano en el *Caso Ace-*

implica una serie de consecuencias trascendentales, entre las que se encuentra el aceptar que los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí, pudiendo ser justiciables de manera directa los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales.

En efecto, la competencia de la Corte IDH para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas que repasaremos más adelante, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando los artículos 34.i) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances al derecho a la salud —como lo ha hecho la Corte IDH respecto de los derechos civiles y políticos—,⁷¹ como

vedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101.

- 71 Por ejemplo, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia.* Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Serie C No. 134, párr. 153, se estableció: “El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar”.

Otro ejemplo es el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrs. 147 y 148, este último señala: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”.

De igual forma, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 121, la Corte IDH estableció que: “María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección [...] [por lo que] las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

lo son los artículos 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 y 33.2 de la Carta Social de las Américas, 12.1 y 12.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos⁷² y fuentes internacionales⁷³ —incluso nacionales vía el artículo 29.b)⁷⁴ de la

- 72 Por ejemplo, el artículo 28 de la Convención sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias. En general, véanse los instrumentos que se mencionan en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, párr. 2.
- 73 Como pueden ser las recomendaciones y observaciones generales de distintos Comités. Especialmente resulta relevante para el derecho a la salud, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que interpreta el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Así como los Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señalan en su párrafo 25: “Se obliga a los Estados Partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”. Asimismo, también resulta de interés los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012.
- 74 Convención Americana: “Artículo 29 b. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada

Convención Americana—. ⁷⁵ Y lo anterior sin que sea obstáculo el artículo 19.6 ⁷⁶ del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad, como veremos más adelante.

en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que puedan estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes”.

75 La mayoría de las Constituciones nacionales de los países que han suscrito el Pacto de San José regulan de manera explícita, implícita con otros preceptos o a través de la incorporación de tratados internacionales, la protección del derecho a la salud. Asimismo, conviene tener presente que la Corte IDH, ha utilizado los contenidos de las Constituciones nacionales para otorgar distintos alcances a los derechos civiles, por ejemplo “en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia” (derechos fundamentales de los niños). *Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra*, párr. 153.

76 Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Artículo 19. *Medios de Protección*. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

Evidentemente, esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado. De hecho, tal como señaló la Corte IDH en el caso *Acevedo Buendía* en 2009, pueden surgir casos donde el control judicial se concentre en alegadas medidas regresivas o en indebido manejo de los recursos disponibles (es decir, control judicial respecto al avance progresivo).

Además, esta exigencia argumentativa requiere una visión e interpretación evolutiva, acorde con los tiempos actuales, lo que exige considerar los avances del derecho comparado —especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, incluso de la tendencia en otros países del mundo—, así como una interpretación que analice el *corpus juris* interamericano en su conjunto, particularmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

II. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES A PARTIR DE LA INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD CON LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

A) Precedentes y estado del debate

Como regla general la Corte IDH se ha pronunciado sobre algunas dimensiones del derecho a la salud con base en su interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos. Así, en algunos casos lo ha hecho en conexión con los derechos a la vida o integridad personal;⁷⁷ en otros dentro del concepto de “vida digna”;⁷⁸ en algunos mas con motivo de la

77 Con independencia de referencias precisas en medidas provisionales y en opiniones consultivas, resultan relevantes las siguientes sentencias: *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246; *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214; *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

78 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra*; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio

atención médica prestada en centros de reclusión o instituciones similares;⁷⁹ incluso, en relación con los derechos sexuales o reproductivos.⁸⁰

Por su parte, en muy pocos casos ha entrado al análisis sobre los alcances del artículo 26 de la Convención Americana, limitándose en general

de 2005, Serie C No. 125; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

79 *Cfr. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226; *Caso Vera Vera y otra, supra*; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra*.

80 *Cfr. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257; *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C no. 216; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra*; *Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra*, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

a interpretar ciertas porciones normativas de dicho dispositivo convencional en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En ningún caso ha declarado de manera directa y autónoma la violación de dicho precepto.⁸¹

En efecto, en primer término en el caso *Cinco Pensionistas* la Corte IDH desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, al considerar que “su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.⁸²

81 Las referencias al artículo 26 de la Convención Americana y su análisis específico por la Corte IDH se han realizado en muy pocas ocasiones, especialmente en los siguientes casos: *Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párrs. 99 a 103; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130, párr. 185; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 163. y *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 147 y 148. En el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, el Estado se allanó a su responsabilidad por la violación del artículo 26, pero la Corte sólo involucró dicho artículo en su narrativa sobre la violación del derecho a la vida.

Por su parte, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa* la Corte IDH mencionó el artículo 26 de la Convención Americana como parte integrante del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, con el fin de evaluar si el Estado Paraguay “generó condiciones que agudizaron las dificultades a una vida digna de los miembros de la Comunidad YAKYE AXA y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su propio proyecto de vida, en su vida individual y colectiva”.⁸³

Unos meses después, en el caso *de las Niñas Yean y Bosico* el Tribunal Interamericano determinó que: “de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a 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 en el artículo 26 de la Convención Americana, el Estado debe proveer educación primaria

82 *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 147 y 148.

83 *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra*, párr. 163.

gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”.⁸⁴

Finalmente, en 2009 llegó el *leading case* *Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)⁸⁵ en el que el Tribunal Interamericano además **de recordar** la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales,⁸⁶ estableció que tiene competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José.⁸⁷ Asimismo, señaló que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos.⁸⁸ Al

84 *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 185.

85 Sobre la importancia de este caso para el tema, véase Burgorgue-Larsen, Laurence, “La transfiguración del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los avances del asunto *Acevedo Buendía vs. Perú*”, en la obra de la autora *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Ed. Porrúa-IMDPC, núm. 77, 2013, pp. 293-315.

86 *Caso Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), *supra*, párr. 101.

87 *Caso Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), *supra*, párrs. 17, 97, 99, 100.

88 *Caso Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), *supra*, párr. 100.

tratarse de un precedente fundamental para el tema que nos ocupa, el próximo apartado está dedicado a su estudio.

B) La interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos como un elemento esencial para otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales. El caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*.

La posibilidad de que el Tribunal Interamericano se pronuncie sobre los derechos económicos, sociales y culturales deriva, en primer término, de la “interdependencia e indivisibilidad” existente entre estos derechos y los derechos civiles y políticos.⁸⁹ En efecto, en la sentencia del caso *Suárez Peralta*, expresamente se reconoció ese carácter, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.⁹⁰

Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el desarrollo evolutivo y justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales. El

89 El párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, señaló en forma categórica que: “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

90 Cfr. párr. 131 de la Sentencia.

Tribunal Interamericano parte de un precedente del año 2009 en el que ya había reconocido la “interdependencia” de los derechos humanos. En efecto, en aquella ocasión la Corte IDH expresó:⁹¹

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Además de establecer “la interdependencia” en dicho caso entre los derechos humanos, el Tribunal Interamericano hizo suyo el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre extensiones interpretativas hacia la tutela de los derechos sociales y económicos. En esa misma ocasión, expresó:⁹²

Al respecto, resulta oportuno citar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que, en el caso *AIREY* señaló que:

91 *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 101.

92 *Idem*. En el mismo sentido, véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10, y TEDH. *Sidabras and Dziautas Vs. Lituania*. Nos. 55480/00 y 59330/0. Sección segunda. Sentencia de 27 de julio de 2004, párr. 47.

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.⁹³

Lo importante de esta consideración sobre la interdependencia de los derechos civiles y políticos en relación con los económicos, sociales y culturales, realizada por la Corte IDH en el *Caso Acevedo Buen-día y otros Vs. Perú*, radica en que dicho pronunciamiento se efectúa al estudiar los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana, respecto de un derecho (seguridad social) no recono-

93 TEDH. *Airey Vs. Irlanda*. No. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26.

cido (aparentemente) como justiciable en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.⁹⁴ Previo al análisis de fondo, el Tribunal Interamericano expresamente había desestimado la excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* opuesta por el Estado demandado.⁹⁵

[...] el Estado alegó que el derecho a la seguridad social queda fuera del alcance de la competencia de la Corte en razón de la materia, ya que éste no está contemplado en la Convención Americana ni es uno de los dos derechos (derechos sindicales y derecho a la educación) que excepcionalmente serían justiciables ante el Sistema Interamericano, de conformidad con lo señalado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

La Corte IDH, sin hacer mención al Protocolo de San Salvador para determinar si tenía competencia sobre el mismo,⁹⁶ al estimar que no era necesario toda vez que no se alegó violación directa a dicho instrumento internacional, desestimó la excepción preliminar del Estado, al considerar, por una parte,

94 Véase el contenido de este artículo, *supra* nota 12.

95 *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 12.

96 Sobre el particular, véanse las críticas de RUIZ-CHIRIBOGA, OSWALDO, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31/2, 2013, pp. 156-183, en p. 167.

que como cualquier otro órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal Interamericano tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); y, por otra parte, que “la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver *cualquier controversia relativa a su jurisdicción*.”⁹⁷ Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una *jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*”.⁹⁸

En este importante precedente, la Corte IDH desestimó la excepción del Estado demandado que expresamente alegaba que carecía de competencia dicho órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre un derecho no justiciable en términos del artículo

97 Cfr. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párrs. 32 y 34; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 23, y *Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 38.

98 Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 29, y *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Excepción Preliminar*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93, párr. 27.

19.6⁹⁹ del Protocolo de San Salvador. Es decir, el Tribunal Interamericano al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José. No obstante, en el caso particular estimó que no resultaba infracción a dicho precepto convencional.¹⁰⁰ Al estudiar el fondo del asunto, la Corte IDH consideró que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25.¹⁰¹

99 Véase el contenido de este artículo, *supra* nota 12.

100 Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, Punto Resolutivo 3.

101 Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 100. No debe pasar inadvertido que en este asunto, la Comisión en su Informe de Fondo no estimó violado el contenido del artículo 26, como sí lo hicieron los representantes de las víctimas al solicitar expresamente que “el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 (Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma”, párr. 4 de la misma Sentencia del *Caso Acevedo Buendía*. Sobre la importancia de este caso en el Sistema Interamericano véase BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, y ÚBEDA DE TORRES, AMAYA, especialmente el capítulo 24 escrito por la primera autora: “Economic and social rights”, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 613-639.

La competencia de la Corte IDH para pronunciarse sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en términos del contenido normativo del artículo 26 del Pacto de San José, se advierte también con las consideraciones expresadas en el voto concurrente del antiguo presidente del Tribunal Interamericano SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, en el *Caso Acevedo Buendía y Otros Vs. Perú* de 2009, que de alguna manera explica lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional.¹⁰²

Así, en su voto concurrente el ex juez interamericano reconoce que “ha sido muy limitada” hasta ese momento el tratamiento dado a los derechos económicos, sociales y culturales, y que el Tribunal Interamericano en ese caso “ha avanzado” en la temática de esos derechos al “reafirmar su competencia —que debe quedar bien establecida— para pronunciarse en torno a posibles incumplimientos del artículo 26” de la Convención Americana. Por ello el Tribunal Interamericano “entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26”.

En este sentido, el Tribunal Interamericano en el caso *Acevedo Buendía* expresamente hizo referencia a la “interdependencia” de los derechos para entrar al estudio de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26

102 Voto concurrente del JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) del 1 de julio de 2009, párrs. 15 a 21.

del Pacto de San José.¹⁰³ Sin embargo, considero de importancia que junto con la interdependencia es necesario enfatizar el carácter “indivisible” de los derechos humanos, como expresamente lo establece en la sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* al considerar ambos conceptos: “interdependencia e indivisibilidad”.¹⁰⁴

De acuerdo con la interdependencia —dependencia recíproca—, el disfrute de unos derechos depende de la realización de otros, mientras que la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Incluso, algunos jueces de anteriores integraciones de la Corte IDH se han referido a la “interdependencia e indivisibilidad” de los derechos humanos.¹⁰⁵

En ese sentido, considero que la “interdependencia e indivisibilidad” debe tratarse como un binomio inseparable, tal y como se señala en los principales instrumentos de derechos humanos.¹⁰⁶ Esto

103 Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 101.

104 Párr. 131 de la Sentencia.

105 Véanse, por ejemplo, el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez *ad hoc* RAMÓN FOGEL, párrs. 23 y 30, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra*, y el voto del Juez ANTONIO CANÇADO Trindade, párr. 7, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

106 Véase el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos

con el fin de enfrentar el reto de su interpretación e implementación como una tarea holística, que nos obliga a no perder de vista las implicaciones que tienen el respeto, protección y garantía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales y viceversa. En efecto, la aplicación, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales exige la misma atención y urgente consideración que los derechos civiles y políticos.¹⁰⁷

En el caso *Suárez Peralta*, el Tribunal Interamericano tuvo una oportunidad para desarrollar en su jurisprudencia los alcances que tienen los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, al resultar herramientas muy útiles para lograr la justiciabilidad “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente el “derecho a la salud”, y otorgar su plena realización y efectividad.

Desde mi perspectiva, estos alcances implican:

Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Proclamación de Teherán 1948, párr. 13.

- 107 Cfr. Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de septiembre de 1977, inciso 1, apartado a); Declaración sobre el derecho al Desarrollo Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, párr. 10 del preámbulo y art. 6; Principios de Limburgo de 1986, en especial el núm. 3, y las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los DESC de 1997, particularmente la núm. 3.

- a) Establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales;
- b) Obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta —que en algunos ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos— y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva;
- c) Otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a su esencia y características propias;
- d) Reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir —como sucede con los derechos civiles y políticos— a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana;
- e) Precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales;
- f) Permitir una interpretación evolutiva y sistemática del *corpus juris* interamericano, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador; y
- g) Proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de orga-

nismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido.

III. CRÓNICA DE UN DEBATE ABIERTO: EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y LA APARENTE TENSIÓN CON EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Además de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos —expresamente reconocida en la Sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* y cuyas implicaciones quedaron de manifiesto en el epígrafe anterior—, la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, deriva de la propia Convención Americana, instrumento que representa el corazón del Sistema Interamericano y constituye el principal objeto de “aplicación e interpretación”¹⁰⁸ de la Corte IDH, teniendo competencia “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”¹⁰⁹ del Pacto de San José.

Al pensar sobre la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales, es necesaria una revaluación interpretativa del artículo 26 de la Convención Americana, única norma de dicho Pacto que se refiere “a los derechos que se derivan de

108 Cfr. artículo 1o. del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979.

109 Cfr. artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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”, partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

Además, el artículo 26 está dentro de la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*.¹¹⁰ Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a ciertos derechos.

A) Planteamiento

Para empezar, consideramos oportuno el llamado que la muy distinguida jueza MARGARETTE MAY MACAULAY —de la anterior integración de la Corte IDH— realizara en su voto concurrente en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*,¹¹¹ dirigido a actualizar

110 *Caso Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), *supra*, párrs. 16, 17 y 100.

111 *Caso Furlan y Familiares*, *supra*.

el sentido normativo de dicho precepto convencional. La ex jueza señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”.¹¹² Así mismo, indicó que:¹¹³

[...] al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente

112 Voto concurrente de la jueza MARGARETTE MAY MACAULAY en el *Caso Furlan vs. Argentina*, *supra*, párr. 8.

113 *Idem*.

no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.¹¹⁴

La jueza MACAULAY precisó que correspondía a la Corte IDH actualizar el sentido normativo del artículo 26 en los siguientes términos:¹¹⁵

[...] lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la inten-

114 Únicamente 15 Estados han ratificado el Protocolo de San Salvador. Fuente: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>.

115 Voto concurrente de la jueza MARGARETTE MAY MACAULAY en el *Caso Furlan vs. Argentina*, *supra*, párr. 9.

ción hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.

De hecho, ha sido la propia Corte IDH la que partiendo de una interpretación literal del artículo 26 la que ha reafirmado su competencia establecida para proteger *todos los derechos* establecidos en el Pacto de San José, lo que incluye los derechos previstos en los artículos 3 a 26 (Capítulos II: “Derechos Civiles y Políticos, y Capítulo III: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”), además de que son aplicables las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Como se estableció con antelación, la Corte IDH así lo reconoció de manera expresa en la sentencia en el caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*.¹¹⁶

Esta interpretación de la Corte IDH, adoptada por unanimidad de votos,¹¹⁷ constituye un precedente fundamental para la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales —avanzando respecto del precedente del caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú* de 2005—.¹¹⁸ Ahora bien, dado que en dicho

116 *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párrs. 17 y 100.

117 Con votos razonados del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ y del juez *ad hoc* VÍCTOR ÓSCAR SHIYIN GARCÍA TOMA.

118 Sobre las críticas a esta sentencia, véase, por ejemplo, COURTIS, CHRISTIAN, “Luces y sombras. La exigibilidad de

caso la Corte IDH no se pronunció sobre estos alcances interpretativos en relación con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consideramos que hubiera sido una ocasión importante aludir a ello en la sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, puesto que —expresamente para darle contenido al derecho a la salud— se utiliza el Protocolo de San Salvador, la Carta de la OEA, la Declaración Americana e incluso se invoca el artículo 26 de la Convención Americana.¹¹⁹

B) El debate sobre la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana y su interpretación sistemática con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

Sobre la justiciabilidad del artículo 26 y su relación con el Protocolo de San Salvador se han generado diversas posiciones. A continuación haré una breve referencia del debate contemporáneo, para posteriormente visualizar otra posible vía interpretativa de dicho precepto para la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales.

los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, No. 6, ITAM, Departamento de Derecho, México, 2004. Asimismo, de este mismo autor, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 203-230.

119 Así mismo, véanse el párr. 131 y la nota 176 de la Sentencia del *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

En primer lugar, algunos académicos y operadores del Sistema Interamericano se han detenido a debatir si de acuerdo con las actas de la Conferencia Especializada Interamericana y el Preámbulo de la Convención es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su aprobación respecto al reconocimiento de los DESC en la Convención Americana. En sentido afirmativo, se pronuncia, por ejemplo, PARRA.¹²⁰ Asimismo, para este autor el Protocolo de San Salvador “es el documento del SIDH que en forma más amplia y detallada enuncia los DESC y corresponde entender que complementa y no disminuye la protección en derechos sociales establecida por la Convención Americana en su artículo 26”.¹²¹

En la misma línea, URQUILLA señala que: “ninguna norma dentro del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos excluía el trámite de los procedimientos contenciosos en lo atinente a los derechos económicos, sociales y culturales; en todo caso, la importancia de estos hacía que, adicionalmente a este método, hubiera otros como el sistema de informes periódicos”.¹²² Así, “la competencia *ratione materiae* de los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre De-

120 PARRA VERA, ÓSCAR, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011, p. 15.

121 *Ibidem*, p. 61.

122 Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, IIDH, 2009, p. 121.

rechos Humanos, desde su momento fundacional fue omnicomprendensiva, es decir, tanto respecto de derechos económicos, sociales y culturales, como de derechos civiles y políticos¹²³; ¹²³ siendo que los derechos económicos, sociales y culturales tienen un plus de protección por vías no contenciosas.¹²⁴ Así mismo, señala que de acuerdo con el principio de buena fe, el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que incorpora ciertos derechos al régimen de protección de la Convención Americana, debe entenderse como un punto de partida —y no como punto de llegada—. La incorporación de los otros derechos es responsabilidad de la Comisión y de la Corte IDH.¹²⁵

Otro interesante debate se ha dado entre CAVALLARO y SCHAFFER con MELISH. Para los primeros, la Comisión y la Corte IDH no deben verse como las promotoras de una jurisprudencia visionaria, sino que deben promover el respeto de los derechos humanos primordialmente como cuerpos judiciales y de consulta cuyas decisiones y recomendaciones permiten a aquellos que defienden los derechos económicos, sociales y culturales promover cambios de la política pública.¹²⁶ Su interés primordial, nos dicen, es la implementación de las decisiones en la práctica.¹²⁷ Así,

123 *Ibidem*, p. 141.

124 *Idem*.

125 *Ibidem*, p. 171.

126 CAVALLARO, JAMES L. y SCHAFFER, EMILY, “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en *Hastings Law Journal*, No. 56, núm. 2, 2004, p. 221.

127 *Ibidem*, p. 235.

la visión que tienen del litigio internacional para proteger los derechos económicos, sociales y culturales es la de una herramienta valiosa pero que debe formar parte de una estrategia integral, pues por sí solo no es suficiente para realizar cambios sociales a gran escala.¹²⁸ La importancia del litigio es, para estos autores, el reproche o la condena internacional, lo que puede servir para empoderar a los movimientos sociales, con los cuales los litigantes deben trabajar conjuntamente.¹²⁹

Por su parte, en relación con el artículo 26 de la Convención Americana consideran que no establece —intencionalmente— derechos específicos o deberes concretos,¹³⁰ e infieren del artículo 19.6 de la Convención Americana que la violación de derechos distintos a los protegidos por los artículos 8, párrafo a) y 13 no da lugar a una petición ante el Sistema Interamericano.¹³¹ Por ello, promueven que el reclamo de los derechos económicos, sociales y culturales se haga a través de la interpretación expansiva

128 *Ibidem*, p. 238. También véase el posterior trabajo de CAVALLARO, JAMES L. en coautoría con BREWER, STEPHANIE ERIN “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008, pp. 85-99.

129 *Ibidem*, p. 239.

130 *Ibidem*, p. 225, 268.

131 *Ibidem*, p. 227, 268, 269. En el mismo sentido RUIZ-CHIRIBOGA, OSWALDO, *The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System. Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013, pp. 158, 159.

de derechos bien establecidos, lo que se traduce en realizar su análisis en el contexto general del principio de no discriminación, o considerándolos como componentes integrales de los derechos civiles y políticos.¹³² Hacerlo por vía del artículo 26 de la Convención Americana puede estar destinado al fracaso y es probable que provoque reacciones extremas de los miembros de la OEA.¹³³ Más aún, consideran que el litigio relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales debe estar bien fundamentado en precedentes y doctrina, eliminando la posibilidad de que los estados impugnen su legitimidad.¹³⁴

Por el contrario, MELISH considera que el litigio enfocado, bien diseñado y de alta calidad lleva a mejores resultados, tanto jurisprudenciales como en la vida real. Para esta autora, CAVALLARO y SCHAFER no logran apreciar la importancia de la justiciabilidad, además de no distinguir entre reclamos que son aptos para un juicio y los que son para mecanismos políticos. Desde su punto de vista, las mismas obligaciones legales aplican para todos los derechos humanos, pero sólo ciertas dimensiones de esas obligaciones pueden ser tratadas en un juicio, con independencia del tipo de derecho de que se trate.¹³⁵

132 *Ibidem*, p. 254 y ss.

133 *Ibidem*, p. 270.

134 *Ibidem*, p. 281.

135 MELISH, TARA J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, pp. 3, 4. Disponible en línea http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955920

Para ella, el tipo de aproximación que los abogados utilicen sea “indirecta”, “por integración”, “directa”, “violaciones complejas” no debe estar basada en una caracterización superficial o predeterminada del reclamo, sino en la naturaleza del problema o valor que quieren reivindicar.¹³⁶

En opinión de MELISH, el error fundamental de CAVALLARO y SCHAFFER es la tesis de que los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos autónomos, no son justiciables en el Sistema Interamericano,¹³⁷ lo que desde su visión es incorrecto. Para la autora, si bien el artículo 26 se colocó en un capítulo separado, el capítulo III, no se removió de la sección que enumera los derechos protegidos. Así, los redactores de la Convención demostraron su intención de que los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos de segunda clase, sino que deben aplicárseles las mismas obligaciones y estar sujetas al procedimiento de peticiones individuales.¹³⁸ Desde su perspectiva, la restricción que establece el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador no es un buen argumento para limitar la competencia por razón de materia que tiene la Corte IDH de acuerdo con la Convención Americana, pues

136 *Ibidem*, pp. 4 y 5.

137 *Ibidem*, p. 6.

138 *Ibidem*, pp. 9 y 13. En el mismo sentido, su trabajo “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 176, 177.

no comparte la idea de que esa restricción pueda ser prueba de la intención que tuvieron los redactores de la Convención Americana para excluir al artículo 26 del régimen jurisdiccional.¹³⁹ Este Protocolo, en su opinión, más bien puede servir para interpretar el alcance normativo de los derechos previstos presentes en la Convención Americana.¹⁴⁰ Su propuesta es que los reclamos justiciables son aquellos que hayan causado un daño individual y haya una relación de causalidad entre el daño y la conducta del Estado. Además, precisa que las dimensiones de las obligaciones que imponen los derechos humanos que son justiciables son aquellas orientadas hacia un individuo y no a la colectividad y están basadas en conductas y no en los resultados.¹⁴¹

En su opinión, la propuesta de CAVALLARO y SCHAFFER para justiciabilizar los derechos económicos, sociales y culturales como elementos de los derechos civiles y políticos, distorsiona los problemas principales que están en juego en una controversia concreta, desviando la crítica, los medios y la

139 MELISH, TARA J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *Op. cit.*, pp. 9-10.

140 MELISH, TARA J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *Op. cit.*, p. 178.

141 MELISH, TARA J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *Op. cit.*, pp. 11, 12. En el mismo sentido, MELISH, TARA J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *Op. cit.*, p. 219.

atención legal de las soluciones de las violaciones de los derechos sociales hacia remedios limitados para enfrentar problemas civiles y políticos. Así, se obscurecen dimensiones esenciales de los derechos tradicionalmente pensados como económicos, sociales y culturales, conduce a un debilitamiento de las normas, y se pierde de vista la especificidad de aquéllos de los cuales estamos hablando.¹⁴² Además, refuerza, en su opinión, que las violaciones de este tipo derechos son cuestiones políticas.¹⁴³ Así mismo, señala, que la interpretación expansiva de los derechos civiles y políticos hace impredecible sus consecuencias para los Estados, llegando sus decisiones a parecer arbitrarias, visionarias y sin base legal.¹⁴⁴

Por otro lado, también señala que el argumento de CAVALLARO y SCHAFFER sobre la legitimidad de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, desconoce que a nivel nacional dichos derechos se protegen en las constituciones, en la legislación y en la jurisprudencia, además de que los Estados americanos no han reaccionado negativamente frente a los señalamientos de la Comisión en esta materia.¹⁴⁵ Y precisa que la legitimidad de la Corte IDH más bien

142 MELISH, TARA J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *Op. cit.*, pp. 215-216.

143 Melish, Tara J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *Op. cit.*, p. 19.

144 *Ibidem*, p. 23.

145 *Ibidem*, pp. 16-17.

depende de que se enfoque en los reclamos que son justiciables, conforme a lo que se dijo anteriormente.¹⁴⁶ Finalmente, añade que CAVALLARO y SCHAFFER tienen razón en que el litigio debe ir acompañado de los movimientos sociales, el seguimiento local, medios de comunicación, y campañas nacionales e internacionales de presión.¹⁴⁷

Ante las críticas de MELISH, CAVALLARO y Schaffer respondieron diciendo que en su primera publicación no pusieron en cuestión la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ni que la Declaración Americana pudiera ser utilizada para tal efecto, sino que la vía del artículo 26 es muy débil y podría conllevar reacciones negativas de los Estados,¹⁴⁸ con independencia de que a nivel nacional la justiciabilidad directa esté permitida.¹⁴⁹ Reiteraron que los litigantes deben escuchar y trabajar con los movimientos sociales,¹⁵⁰ los que deben guiar a los litigantes y no a la inversa.¹⁵¹ Consideraron también que su posición, a diferencia de la de MELISH, está basada no en una teoría sino en los instrumentos y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano,

146 *Ibidem*, pp. 18-19.

147 *Ibidem*, p. 24.

148 CAVALLARO, JAMES L. y Schaffer, Emily, “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, pp. 347, 348, 352, 354, 365 y 366.

149 *Ibidem*, p. 367.

150 *Ibidem*, p. 353.

151 *Ibidem*, p. 369.

así como en los límites institucionales y de recursos de la Corte IDH.¹⁵² Según su perspectiva, el sistema debe servir para elevar el perfil de determinadas agendas, así como para magnificar ciertos casos, sin importar si se hace como un derecho civil o político o como derechos económicos, sociales y culturales.¹⁵³ Lo importante es cuáles son las cuestiones abordadas y cuáles son los otros esfuerzos incluidos en la estrategia global, buscando siempre la efectividad, por lo que si es a través de los derechos civiles y políticos esa es la vía que debe adoptarse.¹⁵⁴ Argumentaron también que los redactores de la Convención Americana consideraban que los derechos económicos, sociales y culturales no eran justiciables vía el artículo 26, y la restricción impuesta por el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador así lo ratifica.¹⁵⁵ Para ellos, la promoción de la justiciabilidad directa vía el artículo 26 atiende más al deseo de promover un desarrollo jurisprudencial en abstracto, que a lograr resultados concretos para la justicia social.¹⁵⁶

Por su parte, en su contra réplica MELISH considera que la réplica de CAVALLARO y SCHAFFER plantea una falsa dicotomía entre aquellos que favorecen el desarrollo jurisprudencial y los que buscan la justicia social.¹⁵⁷ Además, dice la autora, no se trata de

152 *Ibidem*, pp. 355-357.

153 *Ibidem*, pp. 370- 371.

154 *Ibidem*, p. 371.

155 *Ibidem*, p. 363.

156 *Ibidem*, p. 368.

157 MELISH, TARA J., “Counter-Rejoinder. Justice vs. justiciability?: Normative Neutrality and Technical Precision, The

si los abogados deben escuchar a los movimientos sociales, pues todos comparten esa preferencia. Más bien, señala, se trata de debatir cuál es papel y la responsabilidad del abogado supranacional al aconsejar a las víctimas sobre todas las posibilidades que tienen abiertas, así como los límites del sistema para lograr avanzar en la agenda de la justicia social.¹⁵⁸ Así, considera que el papel de los abogados no es limitar *a priori* las posibilidad para litigar, sino en explicar, en términos normativamente neutrales y técnicamente precisos, las herramientas a su alcance, permitiéndoles escoger con base en su propias necesidades el curso que consideren más indicado.¹⁵⁹

Además, contrapone la posición de CAVALLARO y SCHAFFER a la suya. La primera, se caracteriza por darle prioridad a los derechos civiles y políticos en las iniciativas de litigio, adelantando la idea de que si bien todos los derechos tienen aspectos positivos y negativos, los civiles y políticos son inmediatos mientras que los económicos, sociales y culturales son progresivos. Por otro lado, su posición no le da prioridad a un tipo de derechos para presentar sus casos, pues esta es una decisión de las víctimas y las comunidades que deben tomar en cada caso. De igual manera, insiste en que todos los derechos humanos comparten el mismo espectro de obligaciones, aunque sólo ciertas dimensiones de esas obligacio-

Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, p. 388.

158 *Ibidem*, p. 389.

159 *Ibidem*, pp. 390, 405 y 407.

nes compartidas son justiciables en el proceso supranacional de peticiones individuales.¹⁶⁰ En pocas palabras, la primera es una posición que se fundamenta en el tipo de normas, mientras que la segunda se basa en el tipo de reclamo.

Así mismo, considera que la recomendación de CAVALLARO y SCHAFFER para utilizar los derechos civiles y políticos como el curso más seguro está basada en un peligro hipotético que no se ha confirmado en la práctica de los Estados, sino al contrario.¹⁶¹ Reitera que el artículo 26 cae dentro de la jurisdicción de la Corte IDH y estima que si se hubiera querido restringir en 1988, así se hubiera hecho a través del procedimiento de enmienda de la Convención, y que el artículo 4 del Protocolo de San Salvador salva los plenos efectos del artículo 26 de la Convención Americana.¹⁶² Añade que la justiciabilidad a través de los derechos civiles y políticos tiene consecuencias en el enfoque del debate y el tipo de remedios que se dan. Una de estas consecuencias tiene que ver con el aspecto retórico, es decir, con las implicaciones que tiene para el discurso político que se puede utilizar para legitimar y empujar las demandas ciudadanas.¹⁶³ También nos dice que bajo la lógica del argumento de CAVALLARO y SCHAFFER, cualquier tipo de litigio relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales debería ser rechazado por los

160 *Ibidem*, pp. 390-393.

161 *Ibidem*, p. 396-397.

162 *Ibidem*, p. 399.

163 *Ibidem*, pp. 40-402.

Estados, incluyendo la estrategia de interpretar ampliamente los derechos civiles y políticos.¹⁶⁴

En este debate ha terciado recientemente RUIZ-CHIRIBOGA, quien también se opone a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, pues en su opinión de conformidad con el artículo 2.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el texto de un tratado se conforma por todos los instrumentos que pueden considerarse relacionados. En el caso del Sistema Interamericano, nos dice, los derechos económicos, sociales y culturales están comprendidos no sólo en la Convención Americana sino también en el Protocolo de San Salvador, por lo que deben leerse de manera conjunta.¹⁶⁵

En este sentido, señala que conforme a los artículos 31 y 77.1 de la Convención Americana los protocolos sirven para incluir libertades y derechos, por lo que los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador no estaban reconocidos por la Convención Americana, pues si hubieran querido modificar derechos que ya estaban previstos hubieran reformado la Convención.¹⁶⁶ Así, lo que hace el Protocolo de San

164 *Ibidem*, p. 400.

165 RUIZ-CHIRIBOGA, OSWALDO, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013, pp. 161-62.

166 *Ibidem*, p. 164. En una posición contraria véase URQUILLA, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, *Op. cit.*, p. 159.

Salvador es 1) incluir derechos que no se pueden inferir de la Carta de la OEA, sea porque sólo pueden inferirse por el nombre pero no por su contenido, o no pueden ser inferidos de ninguna manera, y 2) dar un contenido más amplio a los derechos que pueden ser inferidos de la Carta.¹⁶⁷ Desde esta perspectiva, no todos los derechos protegidos por el Protocolo de San Salvador están protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana.¹⁶⁸ Y sólo los derechos protegidos por el Protocolo son los protegidos por el 26 de la Convención Americana.¹⁶⁹

Además, agrega que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador es muy claro y no necesita de mayor interpretación para concluir que con excepción de los derechos previstos en los artículos 8.a y 13, todos los demás no son justiciables en el Sistema Interamericano.¹⁷⁰ Incluso, argumenta que si bien el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, éste no se refiere a la jurisdicción de la Corte, lo que sí hace el 19.6 que es *lex specialis* en la materia.¹⁷¹ Sin que pueda utilizarse, en su opinión, el principio *pro homine* para extender la jurisdicción de la Corte cuando el sentido literal

167 *Ibidem*, p. 171.

168 *Ibidem*, p. 172.

169 *Ibidem*, p. 173.

170 *Ibidem*, p. 164.

171 *Ibidem*, p. 166.

no lo hace.¹⁷² Para RUIZ-CHIRIBOGA, el medio para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales es el previsto en el artículo 42 de la Convención Americana.¹⁷³

En nuestra opinión ningún precepto del Protocolo de San Salvador hace referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación.¹⁷⁴ Si el Protocolo de Salvador pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH.¹⁷⁵

172 *Idem.*

173 *Ibidem*, pp. 172-179.

174 Convención Americana: “Artículo 76. 1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención”.

175 *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párr. 100.

Desde nuestra perspectiva, la posición que tomemos al respecto debe partir de aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino. Si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana.

Por el contrario, como se ha señalado, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados Parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana.¹⁷⁶ Así mismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.¹⁷⁷

En ese sentido, consideramos que esta —aparente— contradicción entre el artículo 26 de la Convención Americana y el 19.6 del Protocolo de San

176 Protocolo de San Salvador: “Artículo 4. *No Admisión de Restricciones*. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

177 *Cfr. Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra*, párr. 188.

Salvador, debe resolverse en el sentido de que el artículo 19.6 del Protocolo es, efectivamente, un punto de partida que no quiso limitar la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana. Esta aproximación puede realizarse a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales. En un conflicto interpretativo corresponde otorgar prevalencia a una interpretación sistemática de las normas relevantes atendiendo la efectividad plena de los derechos.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades¹⁷⁸ que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Así mismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁷⁹ Al efectuar una

178 Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83.

179 Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso*

interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional¹⁸⁰ o jurisprudencia de tribunales internos¹⁸¹ a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación de todos los derechos económicos, sociales y culturales —como, por ejemplo, el derecho a la salud— en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo

Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas*, *supra*, párr. 83.

- 180 En el *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 148, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: “se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano”.
- 181 En *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra*, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, la Corte IDH tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, la Corte IDH utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son el *Caso Atala Riffo y Niñas*, *supra*, y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para definir los alcances de la protección del derecho a la salud contenido en el artículo 26 de la Convención Americana no sería extraña en la jurisprudencia de la Corte IDH, como tampoco lo es la utilización de otras fuentes internacionales o los Indicadores de Progreso de la OEA para med. de derechos contemplados en el mismo Protocolo, para precisar diferentes obligaciones del Estado en la materia. En efecto, este ejercicio lo hizo la Corte IDH en el *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*, en el que expresamente manifestó que para fijar el contenido y alcances del artículo 19 del Pacto de San José, tomaría en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, en tanto dichos instrumentos internacionales forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños.¹⁸²

182 *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra*, párr. 148. En el mismo sentido, el *Caso de las Niñas Yean y Bo-*

De igual forma, en el *Caso de la Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay*, al analizar si el Estado generó las condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas, la Corte optó por interpretar el artículo 4 de la Convención Americana a la luz del *corpus juris* internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidad indígenas. Entre otros, mencionó los artículos 26 del mismo Pacto de San José, así como los artículos 10 (derecho a la salud), 11 (derecho a un medio ambiente sano), 12 (derecho a la alimentación), 13 (derecho a la educación), y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT. La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14.¹⁸³

Otro ejemplo lo constituye el *Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, en el que la Corte IDH inclusive profundizó en el análisis para determinar que la

sico, *supra*, párr. 185. A mi entender la figura del *corpus iuris* lleva implícita la interdependencia e indivisibilidad de los derechos que lo conforman. Sobre los indicadores, véase ABRAMOVICH, VÍCTOR y PAUTASSI, LAURA (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

- 183 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, parr. 163; *mutatis mutandi*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa*, *supra*, párr. 155, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párrs. 215 y 216.

asistencia estatal brindada por el Estado en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad. Para su determinación, el Tribunal Interamericano evaluó dicha prestación en apartados específicos a cada rubro, a la luz de los principales estándares internacionales en la materia y las medidas adoptadas por el Estado, utilizando las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.¹⁸⁴

Así mismo, en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* la Corte interpretó el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas y tribales en el reconocimiento los derechos a la cultura propia o identidad cultural, reconocidos en el Convenio 169

184 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párrs. 215 y 216, párrs. 194 a 217. Citando lo siguiente: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), ONU. Observación General No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29o. período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002); CDESC, Observación General No. 12, 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5, párrs. 6 a 8; CDESC, Observación General No. 13, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 50; CDESC, Observación General No. 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38; Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 27.1; Paul Hunt. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of health, A/HRC/14/20/Add.2, 15 de abril de 2010.

de la OIT. Por lo que la falta de consulta en el caso específico generó la violación “del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado”.¹⁸⁵

En el *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala*, la Corte IDH estableció que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural de los indígenas se desprende la obligación especial de garantizar el *derecho a la vida cultural de los niños indígenas*, para lo cual interpretó el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y observaciones de su Comité, que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y determinó que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma.¹⁸⁶

En el *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, para analizar la responsabilidad del

185 *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, supra*, párr. 232.

186 *Cfr. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. Ver también, ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11 (2009). *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, 12 de febrero de 2009, párr. 82.

Estado respecto de los derechos al nombre (artículo 18), a la familia (artículo 17) y del niño (artículo 19, de la CADH), la Corte consideró que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección a la familia y del niño. Lo anterior se fundamentó en el reconocimiento expreso existente en los artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, 4.3 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (en adelante “Protocolo II”) y la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁸⁷

En similar sentido, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, la Corte desarrolló el denominado derecho a la identidad (el cual no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana) sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. De esta forma, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos por los artículos 3, 17, 18, 19 y 20 de la Convención fueron interpretadas de acuerdo con el

187 Cfr. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 188, 190 y 191.

corpus juris del derecho de la niñez, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁸⁸

Por otra parte, en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, la Corte IDH complementó su jurisprudencia en relación con el derecho a la propiedad privada contemplado en el artículo 21 de la Convención al referirse a los artículos 13 y 14 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977.¹⁸⁹

Posteriormente, en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, el Tribunal interpretó los alcances del mismo artículo 21 utilizando tratados distintos a la Convención Americana. De esta forma, se refirió a la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, relativa a la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares y el artículo 4.2.g del Protocolo II, respecto del acto de pillaje,¹⁹⁰ para llenar de contenido el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 21 del Pacto de San José.

188 Cfr. *Caso Gelman*, *supra*, párrs. 121 y 122.

189 Cfr. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179.

190 Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 270-272.

Como se puede apreciar de estos ejemplos de la jurisprudencia interamericana, ha sido una práctica reiterada de la Corte IDH utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados,¹⁹¹ en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional en la materia, utilizando, también el Protocolo de San Salvador.

La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma es viable conforme lo ha venido realizando el Tribunal Interamericana para dotar de contenido a muchos derechos convencionales utilizando distintos tratados y fuentes distintos del Pacto de San José. De ahí que también podría utilizarse el Protocolo de San Salvador, junto con otros instrumentos internacionales, para establecer el contenido y alcances de los derechos económicos, sociales y culturales que protege el artículo 26 de la Convención Americana.

191 Por ejemplo, podría también utilizarse los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012.

IV. VÍAS INTERPRETATIVAS DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles. Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta línea argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud, como sucedió en la sentencia dictada en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Asimismo, existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos.¹⁹² Como se ha puesto de relieve, “podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”.¹⁹³

192 Sobre este aspecto, véase MELISH, TARA J. “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2008, capítulo 19.

193 PARRA VERA, ÓSCAR, *Op. cit.*, p. 60.

Atendiendo a que la Corte IDH en su jurisprudencia evolutiva ya ha aceptado explícitamente la justiciabilidad del artículo 26,¹⁹⁴ en nuestra opinión, ahora el Tribunal Interamericano tendría que resolver varios aspectos de este precepto convencional que plantea la difícil tarea de definir en el futuro tres cuestiones distintas, referidas a i) qué derechos protege, ii) qué tipo de obligaciones derivan de tales derechos, y iii) qué implicaciones tiene el principio de progresividad. Evidentemente no se pretende resolver estas cuestiones ni siquiera mínimamente en este trabajo. Simplemente es nuestro deseo sentar algunas bases que pudieran servir a manera de reflexión para futuros desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Interamericano.

En relación con los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana existen distintas posturas. En primer término, están aquellas, como la de RUIZ-CHIRIBOGA, que sostienen que un derecho no se puede inferir de la Carta de la OEA sólo por el nombre, sino que es necesario que ésta le dote de un mínimo de contenido. Este mínimo puede entonces ser precisado con otros instrumentos internacionales. Sin embargo, definir el contenido y alcance total de un derecho a través de otros instrumentos constituiría una modificación de la Convención Americana.¹⁹⁵ Así mismo, señala que la De-

194 *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párrs. 92-106, particularmente párrs. 99-103.

195 RUIZ-CHIRIBOGA, OSWALDO, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Trea-

claración Americana sólo puede ser utilizada para interpretar derechos una vez que se ha desprendido un derecho de la Carta de la OEA, sin que se pueda apelar directamente a la Declaración.¹⁹⁶ Por su parte, tratándose del Protocolo de San Salvador distinguen entre aquellos Estados que no lo han ratificado de los que sí lo han hecho. En relación con los primeros, el Protocolo no puede utilizarse, en tanto no es vinculante para ellos. Los derechos sólo pueden ser inferidos de la Carta de la OEA por su nombre y porque prevé un contenido mínimo, pero las inferencias no pueden ir más allá de los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador.¹⁹⁷ En relación con los segundos, el Protocolo es el que establece qué derechos están protegidos y en qué medida, es decir, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 19.6.¹⁹⁸

Para otros, los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana son los que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y culturas contenidas en la Carta de la OEA, sin que sea posible remitirse a la Declaración Americana.¹⁹⁹ Una vez determinado que un

ties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, pp. 168-169.

196 *Ibidem*, p. 169.

197 *Ibidem*, p. 170, 174.

198 *Idem*.

199 ABRAMOVICH, VÍCTOR, y ROSSI, JULIETA y, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Estudios Socios Jurídicos*, Bogotá, núm especial 9, abril de 2007, pp. 46-47.

derecho se encuentra implícito en la Carta y, por tanto, comprendido en el artículo 26, puede entonces interpretarse con ayuda de la Declaración Americana u otros tratados de derechos humanos vigentes en el Estado respectivo.²⁰⁰ Por otro lado, sostienen también que aunado al principio *pro persona*, para saber qué derechos se desprenden de los objetivos establecidos en la Carta de la OEA, hay que acudir a otros instrumentos internacionales, como la Declaración Americana, textos constitucionales y al trabajo desarrollado por órganos internacionales de supervisión.²⁰¹

Sobre la posible integración de la Carta de la OEA con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es pertinente tener en cuenta la 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 Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 14 de julio de 1989, en especial, sus párrafos 43 y 45:

200 *Ibidem*, p. 48.

201 Con ciertas variantes, véanse Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Op. cit. supra* nota 79; y MELISH, TARA J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en *Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, pp. 173-219; de esta misma autora, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, *Op. cit.*

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.

La segunda cuestión que apuntamos es el tipo de obligaciones que tienen los Estados conforme al artículo 26 de la propia Convención. De acuerdo con dicho numeral, los Estados se comprometen a “adoptar providencias” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos,

sociales y culturales “en la medida de los recursos disponibles”. Aquí la cuestión es dilucidar en qué consisten esas providencias.

Nuevamente recurrimos al precedente del *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, en el que fue abordada la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 del Pacto de San José, y en el que se trató del incumplimiento de pago de nivelaciones pensionales, lo que según la Corte IDH —en su anterior integración—, vulneró los derechos a la protección judicial y a la propiedad previstos en los artículos 21 y 25 de la Convención Americana, no así del artículo 26, pues para el Tribunal Interamericano este precepto requiere de providencias económicas y técnicas en la medida de los recursos disponibles, lo que no era el caso. Así, consideró que es una obligación de naturaleza diferente y, por tanto, estimó que no se vulneró dicho dispositivo convencional.²⁰² Sin embargo, la Corte IDH fue clara al establecer que “la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”,²⁰³ lo que

202 *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, Serie C No. 198, párrs. 105 y 106.

203 *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 103. Sobre la regresividad véase UPRIMNY, RODRIGO, y DIANA GUARNIZO, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a HÉCTOR FIX-ZAMUDIO en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, tomo IV: “Derechos fundamentales y tutela constitucional”, pp. 361-438.

dejó abierta la posibilidad en el futuro de mayores desarrollos jurisprudenciales.

Así mismo, no debe pasar inadvertido que la Corte IDH ha señalado que además de regular el desarrollo progresivo de los derechos sociales, a la luz del artículo 26 de la Convención Americana, una interpretación sistemática de la misma incluye aplicar a los derechos económicos, sociales y culturales las obligaciones de respeto y garantía,²⁰⁴ derivadas de los artículos 1.1. y 2 del Pacto de San José.

V. LOS ARTÍCULOS 26 Y 29 DEL PACTO DE SAN JOSÉ A LUZ DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

En este apartado nos interesa apuntar brevemente algunos lineamientos sobre otra vía interpretativa para desentrañar los derechos que se derivan de la Carta de la OEA, aspecto toral que consideramos se debe enfrentar una vez que aceptamos la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana. Esta posible vía sería la de considerar la vinculación de los artículos 26 y 29 del Pacto de San José en re-

204 *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), supra*, párr. 100: “si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2”.

lación con el principio *pro persona*.²⁰⁵ En efecto, atendiendo a las normas previstas en el artículo 29 de la Convención Americana, ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien 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 lo es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre) que prevé, al igual que la Declaración Americana, derechos sociales sin distinción de los derechos civiles y políticos.

Estas normas de interpretación previstas en el artículo 29 de la Convención Americana también deben ser motivo de interpretación. Si leemos estos criterios conforme al principio *pro persona*, la interpretación del artículo 26 no sólo no debe limitar el goce y ejercicio de los derechos previstos en las leyes de los Estados parte, entre las cuales se encuentra la constitución nacional de los Estados, o los derechos previstos en otras convenciones, sino que esas leyes y convenciones deben utilizarse para asegurar *el mayor nivel de protección*. Así, para saber qué derechos derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en

205 En términos similares véase URQUILLA, CARLOS, *La justicia directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Op. cit., pp. 196-197.

la Carta de la OEA (en términos de lo dispuesto en el Artículo 26 de la Convención Americana), además de atender a su texto, podría acudir a las leyes nacionales y a otros instrumentos internacionales, incluida la Declaración Americana.²⁰⁶

En otras palabras, una posible vía para interpretar el artículo 26 de la Convención Americana conduciría a que no es suficiente con una interpretación literal de dicho precepto, como tampoco bastan los criterios previstos en el artículo 29 del Pacto de San José, sino que, en primer término, este último numeral debe ser interpretado conforme al principio *pro persona*. Una vez realizado lo anterior, es posible entender que conforme al referido artículo 29, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en otras leyes, incluyendo las constituciones de los Estados parte, así como los derechos previstos en otras convenciones de las que el Estado es parte y la Declaración Americana,²⁰⁷ se incorporan al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarlo.

206 Cfr. OC-10/89 “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

207 Incluso la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda vez que el artículo 29.d) de la Convención Americana establece que ninguna disposición de ese Pacto puede ser interpretado 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”; y la Declaración Universal, por su esencia, tiene la naturaleza de la Convención Americana.

La propia Corte IDH ha utilizado en algunas ocasiones, para darle mayor contenido y contexto a los derechos civiles, las leyes fundamentales nacionales y diversos instrumentos internacionales mediante la interpretación del artículo 29.b) de la Convención Americana. Así, por ejemplo, se utilizó el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia (derechos fundamentales de los niños), conjuntamente con diversos instrumentos internacionales y la Convención Americana, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*:²⁰⁸

- 208 *Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra*, párr. 153; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, supra*, párr. 148. Véanse también *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, supra*, párr. 148. En el mismo sentido, el *Caso de las Niñas Yean y Bosico, supra*, párr. 185. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra*, párr. 163; *mutatis mutandi*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra*, párr. 155, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra*, párrs. 215 y 216. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, supra*, párr. 232. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. Ver también, ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11 (2009). *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, 12 de febrero de 2009, párr. 82. *Caso Gelman, supra*, párrs. 121 y 122. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares,*

153. El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño,²⁰⁹ en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar.²¹⁰ Aunado a lo anterior, en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia.²¹¹

Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 270-272.

- 209 Ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991 y que entró en vigor el 27 de febrero de 1991.
- 210 *Cfr. Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra*, párr. 148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166; *Caso de “los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros), supra*, párr. 194, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02*, párr. 24.
- 211 *Cfr.* artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra

Como lo hemos señalado en otra ocasión, el *principio pro persona* implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos de la Convención Americana.²¹²

En todo caso, sea cual sea la vía interpretativa que le demos al artículo 26 de la Convención Americana, existen, como se ha visto, diversas líneas interpretativas y argumentativas válidas y razonables que nos conducen a otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales, que eventualmente la Corte IDH podría realizar en futuras ocasiones. Partiendo del supuesto, se insiste, en que el Tribunal Interamericano ya dio el paso de la aceptación de la justiciabilidad de los derechos que se deriven del artículo 26 del Pacto de San José, en

toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

- 212 Véase el voto razonado de EDUARDO FERRER MAC-GREGOR en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 38.

el importante precedente del *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*.

VI. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA CONFORME LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LAS PRÁCTICAS DE LAS ALTAS JURISDICCIONES NACIONALES

Para profundizar en la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular del derecho a la salud, resulta de especial utilidad efectuar una interpretación evolutiva respecto al alcance de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana. Al respecto, la práctica de diversos tribunales nacionales ofrece importantes ejemplos de análisis a partir de la obligación de respeto y garantía respecto al derecho a la salud y la utilización del *corpus juris* sobre las obligaciones internacionales en relación con este derecho social para impulsar su protección judicial directa.

Es importante precisar, por otra parte, que las altas jurisdicciones nacionales utilizan su propia normativa constitucional además de los instrumentos y fuentes internacionales. En la actualidad resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales, en particular sobre el alcance constitucional de la protección del derecho a la salud (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales).

Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho a la salud, se encuentran: Argentina (art. 42), Bolivia (art. 35), Brasil (art. 196), Colombia (art. 49), Costa Rica (art. 46), Chile (art. 19, inciso 9), Ecuador (art. 32), El Salvador (art. 65), Guatemala (arts. 93 y 94), Haití (art. 19), Honduras (art. 145), México (art. 4o.), Nicaragua (art. 59), Panamá (art. 109), Paraguay (art. 68), Perú (art. 70.), República Dominicana (art. 61), Suriname (art. 36), Uruguay (art. 44), y Venezuela (art. 83).

Estas normas han sido dotadas de efectividad en muchas ocasiones por las altas jurisdicciones nacionales, incluso a través de tutela “directa” y utilizando tratados y diversas fuentes internacionales.

Al respecto, resulta relevante la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia. El argumento “por conexidad” se utilizó en gran medida para delimitar el contenido del derecho susceptible de protección judicial por vía de la acción de tutela.²¹³ En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho fundamental directo:²¹⁴

213 La acción de tutela colombiana corresponde al recurso, acción o juicio de amparo en la mayoría de los países latinoamericanos. En Chile se le denomina “recurso de protección” y en Brasil “mandado de segurança”.

214 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-016 de 2007 (Magistrado Ponente: HUMBERTO SIERRA PORTO), párr. 12.

... Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales *los cuales tienen todos —unos más que otros— una connotación prestacional innegable*. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado —bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia— ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad

de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aun tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.

Por otra parte, es importante resaltar que todos los derechos tienen facetas prestacionales y no prestacionales. Es decir, establecer la característica de derechos prestacionales sólo a los derechos sociales no parece ser una respuesta viable en los tiempos actuales y pareciera un equívoco o un “error categorial”, tal como lo señaló la propia Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-760 de 2008.²¹⁵ La Corte colombiana también ha precisado diversos alcances de la protección judicial de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales, clarificando las obligaciones con efecto inmediato y las obligaciones de cumplimiento progresivo pertinentes.

En la referida sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, se indica que al-

215 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA), párr. 3.3.5.

gunas obligaciones asociadas a estas facetas prescacionales son de cumplimiento inmediato “bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos —por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico—” o “porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida)”.²¹⁶

Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Sin embargo, la Corte colombiana reiteró el precedente establecido en la sentencia T-595 de 2002, según el cual “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”.²¹⁷

216 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA), párr. 3.3.6.

217 Al respecto, siguiendo dicho fallo emitido en 2002, se precisa que la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos: *a)* la existencia de una política pública, *b)* que no sea simbólica o meramente formal, lo cual quiere decir que esté claramente orientada a garantizar el

Varios ejemplos en el Derecho Comparado ilustran sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud. Por ejemplo, en el *Caso Viceconte*, decidido por una Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en Argentina,²¹⁸ se solicitó a los tribunales que se ordenara al Gobierno la producción de una vacuna con el objeto de proteger contra la fiebre hemorrágica a un importante número de argentinos. A la luz de la incorporación en la Constitución de los tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud, el tribunal determinó que el Gobierno había incumplido, por omisión, en su obligación de proporcionar la vacuna. Como el sector privado con-

goce efectivo del derecho. Este punto es importante porque “se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “*sólo está escrito*” y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”; y (c) que contemple mecanismos de participación de los interesados que impulsen la mayor rendición de cuentas posible. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

- 218 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, Sala IV, caso *Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional—Ministerio de Salud y Acción Social— s/ amparo ley 16. 986*. Causa No. 31. 777/96, sentencia de 2 de junio de 1998. Un análisis de este caso puede verse en ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 146-154.

sideraba que la producción de la vacuna no era rentable, el tribunal ordenó al Estado que la produjera. La Cámara ordenó la inversión en la producción de la vacuna, y requirió el cumplimiento de un cronograma de inversión, ya establecido por el propio Gobierno.

Así mismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en la reciente Sentencia 3691 de marzo de 2013,²¹⁹ enfrentó graves barreras en el acceso a la salud debido a las “listas de espera” que retrasaban la atención médica de muchos costarricenses. La Sala Constitucional ordenó que se procediera de manera paulatina pero seria, para erradicar las listas de espera irrazonables en la prestación del servicio de salud. Solicitó la realización de estudios técnicos que permitieran elaborar un plan dentro de los doce meses siguientes a la notificación de la sentencia. Para la Sala Constitucional, dicho plan debe definir los plazos de espera razonables por patología o nivel de urgencia así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, la Sala indicó que se debía fijar un cronograma de avance, y las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del plan. Lo anterior para que una vez aprobado el plan dentro de esos doce meses, en el plazo máximo de los doce meses siguientes a la aprobación del mismo, las listas de espera que existan contemplen plazos de espera

219 Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, *Sentencia 3691*, Marzo 13, 2013.

razonables de acuerdo a la especialidad médica y el diagnóstico que corresponda.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala²²⁰ ha ordenado el servicio médico necesario que puedan requerir las personas con VIH/SIDA, “entendiéndose que tal obligación implica la asistencia médica necesaria (consulta y hospitalización según sea el caso), tratamiento médico (suministrar los medicamentos necesarios que requieran los pacientes referidos, debiéndose verificar su calidad sobre la base de estudios realizados por profesionales expertos en la materia) y los demás servicios tendientes a preservar la salud y la vida de dichas personas, con la celeridad propia que requieran las circunstancias”.

En esta misma línea, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ha establecido que el derecho a la protección de la salud “comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte

220 Corte Constitucional de Guatemala, *Expediente 1055*, Junio 25, 2008.

del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos”.²²¹ Así mismo, ha reconocido el carácter normativo del derecho a la salud previsto como derecho fundamental.²²²

221 Tesis del Tribunal Pleno XIX/2000, cuyo rubro es: “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, marzo de 2000, pág. 112). Amparo en revisión 2231/97. José Luis Castro Ramírez. 25 de octubre de 1999. Ponente: Ministro Mariano Azuela Güitrón, en ausencia hizo suyo el proyecto el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Lourdes Ferrer MacGregor Poisot.

222 Véase la tesis del Tribunal Pleno XV/2011, cuyo rubro y texto son: “DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA. Nuestro país atraviesa una etapa de intensa transformación en la manera de identificar la sustancia normativa de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y sus consecuencias para la mecánica del funcionamiento del juicio de amparo. Una de las manifestaciones específicas de este fenómeno es la alteración de la comprensión, hasta ahora tradicional, de derechos como el relativo a la salud o a la educación.

A nivel internacional, una gran cantidad de Estados que no son parte de la OEA o que no han suscrito la Convención Americana también han establecido el derecho a la salud por vía constitucional, legislativa o judicial. Por ejemplo, las constituciones de Sudáfrica (art. 27), Cuba (art. 50), España (art. 43), Filipinas (art. 13) y Puerto Rico (art. 2). Además, la Corte Suprema de Canadá ha establecido

Esto es, a pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante real sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos. Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho. Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, pág. 31). Amparo en Revisión 315/2010. Jorge Francisco Balderas Woolrich. 28 de marzo de 2011. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretarías: Francisca María Pou Giménez, Fabiana Estrada Tena y Paula María García Villegas Sánchez Cordero. Sobre el tema, Carbonell, José y Carbonell, Miguel, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, cit.

que ciertas provisiones constitucionales incluyen el derecho a la salud.²²³ Inglaterra, por otro lado, es un ejemplo de un Estado que ha aprobado legislación progresiva sustentando el derecho a la salud como un bien fundamental para el bienestar social.²²⁴

Por su parte, en el *Caso de la Campaña de Acción para el Tratamiento*,²²⁵ la Corte Constitucional de Sudáfrica analizó una demanda contra la política pública impulsada para la distribución de Nevirapine, un medicamento antirretroviral utilizado para evitar la transmisión del VIH de madres a hijos al momento del parto. Dicha corte determinó que el Ministerio de Salud no estaba haciendo todo lo que podía razonablemente hacer para impulsar la accesibilidad al medicamento. Se ordenó entonces que se removieran las restricciones para el uso de Nevirapine en las clínicas y hospitales públicos respecto a los casos donde existiera recomendación médica y se ordenó el impulso de un programa global y coordinado para reconocer progresivamente el derecho de las mujeres embarazadas y sus hijos recién nacidos a acceder a servicios médicos para evitar la transmisión materno infantil del VIH.

Al igual que estos ejemplos, es posible encontrar muchos otros casos de protección judicial del

223 *Chaoulli Vs. Quebec (Fiscal General)* [2005] 1 S.C.R. 791, 2005.

224 *Cfr.* National Health Service Act 2006, y The Health and Social Care Act. 2012 No. 1319 (C. 47) (2012).

225 Constitutional Court of South Africa, *Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign (TAC) et al.* Case CCT 8/02, 5 July 2002.

derecho a la salud.²²⁶ Algunos de estos asuntos involucran un entendimiento del derecho a la salud en forma autónoma, sin desconocer sus interacciones con el derecho a la vida y a la integridad personal.

VII. EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* Y LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD EN EL CASO *SUÁREZ PERALTA*

En el caso *Suárez Peralta*, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado debido a:

- a) Las falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal, que condujeron a la declaración de prescripción de la causa en el proceso, es decir, debido a violaciones a la tutela judicial efectiva (artículos 8.1 y 25.1, en relación con el 1.1 de la Convención Americana); y
- b) La falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (artículo 5, en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José), debido a la falta de fiscalización y supervisión estatal de las clínicas (pública y privada) donde se

226 Para un análisis de casos en Colombia, Costa Rica, Argentina, India, Brasil y Sudáfrica, ver los trabajos reunidos en YAMIN, ALICIA ELY y GLOPPEN, SIRI (coords.) *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013. Así mismo, resulta de interés el análisis de distintas sentencias sobre la materia, en SILVA GARCÍA, FERNANDO (coord.), *Derecho a la salud*, México, Ed. Porrúa, 2011.

atendió una de las víctimas. En ambos análisis, especialmente en el segundo, se abordó el derecho a la salud, sin que se llegara a considerar a este derecho como un aspecto esencial en el presente caso y sin atender a su plena justiciabilidad, a pesar de invocar numerosos instrumentos y fuentes internacionales sobre este derecho social.

En la sentencia se realizó el análisis de diversos aspectos de la protección del derecho a la salud en conexidad con los derechos civiles declarados violados:

- A) Respecto de la violación de los derechos previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, debido a las “falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal” que “demuestran que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia ni con arreglo a las obligaciones de investigar y de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar a la señora MELBA SUÁREZ PERALTA, de una reparación que podría, además, *beneficiar su acceso a tratamiento médico necesario para su problema de salud*”²²⁷ (subrayado añadido); y

227 Párr. 123 de la Sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Asimismo, resultó de utilidad la declaración pericial de la doctora LAURA PAUTASSI, relativa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en casos como el presente, donde la indemnización

- B) *Respecto a la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (Artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana)* de una de las víctimas, por la falta de supervisión y fiscalización “tanto en lo que se refiere al control de las prestaciones brindadas en la entidad estatal, “Policlínico de la Comisión de Tránsito del Guayas”, como en lo que respecta a la institución privada, Clínica Minchala”, por lo que el Tribunal Interamericano “estima que *ello generó una situación de riesgo, conocida por el Estado, que se materializó en afectaciones en la salud* de MELBA SUÁREZ PERALTA” ²²⁸ (subrayado añadido).

Resulta particularmente relevante en la Sentencia el análisis de la afectación del derecho a la salud de MELBA DEL CARMEN SUÁREZ PERALTA de acuerdo a ciertos precedentes de la Corte IDH vía conexidad de derechos. El estudio del derecho a la salud se vio inmerso, especialmente, en la afectación del derecho a la integridad personal previsto en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1. del propio Pacto de San José. Así, en la Sentencia se afirmó que “el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con

civil estaba sujeta a la conclusión del proceso penal, el deber de investigar en un plazo razonable se incrementa dependiendo de la situación de salud de la persona afectada; véase párr. 102 y nota 135 de la misma sentencia.

- 228 Párr. 154 de la sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

la atención de la salud humana”.²²⁹ Seguidamente se señaló que “la falta de atención médica adecuada puede conllevar a la vulneración del art. 5.1 de la Convención”.²³⁰ A continuación se precisó que “la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación”.²³¹

Como fue señalado en el voto concurrente emitido por EDUARDO FERRER MAC-GREGOR en ese caso, el derecho a la salud debió abordarse de manera autónoma debido a los hechos probados y a la afectación sufrida por una de las víctimas por la *mala praxis* médica con responsabilidad estatal. En ese sentido, al estar implicado desde nuestra perspectiva directamente el derecho a la salud de una las víctimas, se pudieron haber abordado las implicaciones relativas con esta afectación, lo cual podría derivar en declarar, incluso, una violación al deber de garantizar el derecho a la salud vía el artículo 26 de la Convención Americana.

El hecho de que no se hubiese reclamado la violación directa de este derecho social por la Comisión Interamericana ni por los representantes de las víctimas, no es obstáculo para analizar si existió violación a la obligación de la garantía del derecho

229 *Caso Suárez Peralta, supra*, párr. 130.

230 *Idem*.

231 *Idem*.

a la salud derivada del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del propio Pacto de San José.²³² La ausencia de invocación expresa de la violación de un derecho o libertad, no impide que pueda ser analizado por el Tribunal Interamericano en virtud del principio general de derecho *iura novit curia* “del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente”.²³³

En efecto, la invocación de este principio ha sido una práctica de los tribunales internacionales,²³⁴ como en efecto ha representado la práctica de

232 Si bien del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, del Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas y de la Contestación del Estado, existen referencias al derecho a la salud.

233 *Cfr. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 58; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 166, y *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 61.

234 *Cfr. CPJI. Caso de S.S. “Lotus”*. Serie A No. 10. Sentencia de 27 de septiembre de 1927, pág. 31, y TEDH. *Handyside Vs. Reino Unido*. No. 5493/72. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 41. *Cfr. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 172.

la Corte IDH desde su primera sentencia de fondo,²³⁵ para conocer de violaciones de derechos no invocados expresamente por las partes. Así lo ha realizado el Tribunal Interamericano en muchas ocasiones respecto de distintos derechos civiles; por ejemplo, respecto a las obligaciones generales y derechos contenidos en los artículos 1.1 (respeto y garantía),²³⁶ 2 (adoptar disposiciones de derecho interno),²³⁷ 3 (reconocimiento de la personalidad jurídica),²³⁸ 4 (derecho a la vida),²³⁹ 5 (integridad personal),²⁴⁰ 7 (libertad personal),²⁴¹ 9 (principio de legalidad),²⁴² 8 (garantías judiciales),²⁴³ 11 (protección de la honra

235 Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, *supra*, párr. 163.

236 Cfr. *Caso Godínez Cruz*, *supra*, párr. 172.

237 Cfr. *Caso Cantos Vs. Argentina*, *supra*, párr. 58

238 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, párrs. 186 y 187.

239 Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 107.

240 Cfr. *Caso Vera Vera y otra*, *supra*, párrs. 100 y 101; y *Caso Ximenes Lopes*, *supra*, párr. 155.

241 Cfr. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 85.

242 Cfr. *Caso Vélez Loor*, *supra*, párr. 184, y *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 53 y 54.

243 Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 137.

y de la dignidad)²⁴⁴ y 22 (circulación y residencia),²⁴⁵ entre otros.

No existe razón para no conocer de la posible violación de la garantía de un derecho social, derivado del artículo 26 en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José, a pesar de no invocarse expresamente por una de las partes. Es deber del Tribunal Interamericano aplicar el principio *iura novit curia* —como se evidencia del párrafo anterior que constituye una práctica del Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles— si atendiendo al marco fáctico del caso y de los hechos probados, se advierten implicaciones claras al derecho a la salud, como sucede en el caso *Suárez Peralta*, que se origina por la afectación a la salud de una de las víctimas por una mala praxis médica con responsabilidad estatal. Además, del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana se advierte invocado este derecho social,²⁴⁶ al igual que en el Escrito de Argu-

244 Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 109.

245 Cfr. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 308.

246 Informe de Fondo 75/2011, de 20 de julio de 2011, página 22, párr. 83: “[...] cuando la conducta de las autoridades estatales conlleva una falla de las garantías protegidas a nivel interno y a nivel interamericano —que habría obstaculizado el derecho de acceso a la justicia *vinculado con un reclamo sobre el derecho a la salud, que es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados*—” (subrayado añadido).

mentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas,²⁴⁷ y existen también referencias precisas al derecho a la salud en el escrito de contestación del Estado,²⁴⁸ habiendo las partes tenido plena oportunidad de referirse a los hechos en el presente caso.

En todo caso, las implicaciones al derecho a la salud se evidencian, además, al invocarse y utilizarse múltiples instrumentos y fuentes internacionales en la Sentencia del caso *Suárez Peralta* sobre este derecho social, como son los artículos XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 del Protocolo de San Salvador, 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; incluso se invoca la Carta Social de las Américas de junio de 2012 y las Observaciones Generales 3, 9 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de la Carta de la OEA y expresamente la derivación del “derecho a la salud” respecto del artículo 26 de la Convención Americana.²⁴⁹

247 Así mismo, Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas de 28 de abril de 2012, página 42: “la normativa ecuatoriana consagra el derecho a la salud como un derecho humano fundamental y establece la obligación del Estado de regular la atención de la salud de las personas sujetas a su jurisdicción, ya sea directamente o a través de terceros”.

248 Cfr. Escrito de contestación del Estado, pp. 221-226.

249 Así mismo, véase especialmente el párr. 131 y nota 176 de la sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

De ahí que resulta válido que el Tribunal Interamericano, en aplicación del principio *iura novit curia* y atendiendo al marco fáctico del caso, pudiera entrar al análisis autónomo y directo de la garantía del derecho a la salud —y no sólo en conexidad con los derechos civiles que declaró violados—, en el entendido de que el derecho a la salud se encuentra entre los derechos económicos, sociales y culturales justiciables que se derivan del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales del artículo 1.1 del propio Pacto de San José, como quedó analizado con anterioridad.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN: HACIA LA GARANTÍA DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

A más de tres décadas de entrar en vigor la Convención Americana se sigue debatiendo sobre la naturaleza y los alcances de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el único precepto que contiene su Capítulo III: el artículo 26. A nuestro entender, este precepto convencional exige ser interpretado a la luz de los tiempos actuales y conforme a los evidentes avances del derecho internacional de los derechos humanos, así como del derecho constitucional en la materia. En efecto, no debe pasar inadvertido que recientemente entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²⁵⁰

250 Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008 por la Asamblea General de la ONU. Entró en vigor

que representa una real y potencial ventana hacia la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito del Sistema Universal.

Como tampoco debe olvidarse los innegables avances de los derechos sociales fundamentales en el ámbito interno de los Estados parte del Pacto de San José. La necesaria interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana debe también derivarse del pleno reconocimiento constitucional de la protección del derecho a la salud, como derecho social, en muchas de las constituciones a manera de tendencia regional; tendencia que también se aprecia en la evolución jurisprudencial que han realizado las altas jurisdicciones nacionales, al otorgar efectividad a este derecho social fundamental, en algunas ocasiones incluso de manera directa y no sólo en conexión con los derechos civiles y políticos. Lo anterior posibilita el diálogo jurispuden-

el 5 de mayo de 2013. Conforme al Protocolo Facultativo las comunicaciones las pueden presentar al Comité los Estados parte o las personas o grupos de personas respecto a los Estados parte en el Protocolo. El procedimiento general para las personas y grupos de personas es el siguiente: El Comité examina la comunicación y dicta, en su caso, la admisibilidad. El Comité puede dictar medidas provisionales en cualquier momento antes de pronunciarse sobre el fondo. Se hace del conocimiento del Estado, el que tiene seis meses para presentar por escrito las explicaciones o aclaraciones, e indique las medidas correctivas que haya tomado. El Comité examina la comunicación y emite un dictamen junto con sus recomendaciones. El Estado tiene seis meses para dar una respuesta por escrito e informar sobre las medidas que haya adoptado.

cial²⁵¹—que constituye uno de los máximos desafíos de los tiempos modernos—²⁵² y propicia en el ámbito regional la construcción de un *ius constitutionale commune* en derechos humanos.²⁵³

En las páginas anteriores hemos tratado de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la

251 Cfr. AYALA CORAO, CARLOS, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 72, 2013; DE VERGOTTINNI, GIUSEPPE, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, pról. JAVIER GARCÍA ROCA, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2010; y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, y HERRERA GARCÍA, ALFONSO (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, pról. de DIEGO VALADÉS, estudio introductorio de LUCIO PEGORARO, VALENCIA, Tirant lo Blanc, 2013.

252 En feliz expresión de la destacada profesora de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sorbona (París I-Panthéon-Sorbonne); cfr., especialmente el subtítulo de su libro *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 77, 2013.

253 Cfr. VON BOGDANDY, ARMIN, MORALES ANTINIAZZI, MARIELA y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coords.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina.*, México, Porrúa-IMDPC-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, núm. 90, 2013; y *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, pról. de JORGE CARPIZO, México, UNAM-IJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, 2 tomos.

Convención Americana. Se ha dicho —con cierta razón— que no es buena idea que el Tribunal Interamericano ignore el Protocolo de San Salvador,²⁵⁴ como tampoco lo es menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales y culturales, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal Interamericano.²⁵⁵

La interpretación evolutiva a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de veinticinco años de adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a casi tres lustros de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad, requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos.

254 RUIZ-CHIRIBOGA, OSWALDO, *Op. cit.*, p. 160.

255 *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), supra*, párr. 100.

Resulta de la esencia del derecho a la salud su interdependencia con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal; ello no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de aquel derecho social, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Pacto, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus juris* en materia de derecho a la salud —como en efecto se hace en el *Caso Suárez Peralta*, aunque se le denomina integridad personal, limitando significativamente por la vía de la conexión los alcances reales del derecho a la salud.

Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto al derecho a la salud. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace *directamente* desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto a la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por conexidad con los derechos civiles. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, como las medidas de rehabilitación o satisfacción,

pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances.²⁵⁶ A su vez, hablar de justiciabilidad directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto respecto al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos sociales, económicos y culturales.

La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La garantía jurisdiccional “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales constituye no sólo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, avanzar hacia la dirección de la efectividad de la justicia social, al tener competencia sobre *todas las disposiciones* del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos.

256 Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 191, párr. 110.

En definitiva, se trata de reconocer lo que *de facto* realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal, lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, con obligaciones más claras hacia los Estados parte. Todo ello va en sintonía con los tiempos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distingo o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables.

El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales²⁵⁷ —que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos—, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en

257 Al respecto, véanse VON BOGDANDY, ARMIN, FIX-FIERRO, HÉCTOR, MORALES ANTONIAZZI, MARIELA y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011; ARANGO, RODOLFO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, pról. de ROBERT ALEX, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

las democracias constitucionales de nuestros días. Y es nuestra convicción que si ha de participar en este debate, debe hacerlo —por las razones expuestas— promoviendo la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales.

Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes invoquen en el futuro con mayor intensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010.

No es nuestro deseo introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano, sino simplemente pretendemos llamar a la reflexión —por ser nuestra profunda convicción— sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales y culturales. La posibilidad está latente y el debate abierto para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH

ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009.²⁵⁸

En conclusión, a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia contenciosa interamericana resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

258 Cfr. RAÚL CASTELL, *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párrs. 99-103.