

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano

Viviana Krsticevic*

I. Introducción

Para el movimiento de derechos humanos y, en particular, para los/as ciudadanos/as de los países en desarrollo, el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales¹ constituye un reclamo prioritario². El continente americano no es ajeno a esta realidad. América es considerada como una de las regiones de mayor desigualdad en el mundo³. En el curso de las últimas décadas, la desigualdad se incrementó a la par del deterioro en el acceso y la prestación de servicios sociales básicos como la salud, la educación y la seguridad social en el marco de programas de ajuste económico. En respuesta a esta situación, diversos colectivos –movimiento sindical y de derechos humanos, pueblos indígenas, partidos políticos, etc.– asumieron reclamos sociales con un lenguaje de derechos⁴.

* Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). La autora reconoce el papel crucial que cumplieron Javier Mújica, Ligia Bolívar, Carmen Herrera, Julieta Rossi y Víctor Abramovich impulsando el trabajo del CEJIL en este área; asimismo, agradece a Ana Aliverti por sus valiosos aportes a la edición de este artículo.

1. En adelante, DESC o derechos sociales.
2. Si bien el reclamo de los derechos sociales es relevante en los países desarrollados (como lo demuestra el desarrollo de la jurisprudencia del sistema europeo), es en los países en desarrollo de la región donde la población en general está en una situación de mayor destitución y, en diversos ámbitos, ha articulado con mayor claridad reclamos económicos, sociales y culturales en forma de derechos.
3. En este sentido véase en Meeting the Millennium Poverty Reduction Targets in Latin America and the Caribbean, informe preparado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Instituto de Pesquisa Económica Aplicada (IPEA) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en Santiago de Chile, Diciembre de 2002; y en Ruthanne Deutsch y Nora Lusting, El Banco Interamericano de Desarrollo y la reducción de la pobreza: visión general, Washington D.C., diciembre de 1998.
4. Así, por ejemplo, los zapatistas, en el marco del Congreso Nacional Indígena del 1° de mayo de 2001, respaldados en el Convenio 169 de la OIT, reclamaron el derecho de los pueblos indígenas de asumir el control de sus instituciones y formas de vida, y de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, territorios y recursos naturales, dentro del marco del Estado en que viven; una serie de sindicatos panameños (IHRE, SITIRHE, etc.) reclamaron su despido en el marco de una retaliación por el ejercicio de su derecho a huelga ante la Corte Interamericana; los “Sem Terra” en Brasil, en enero de 2001, denunciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haber sido objeto de investigaciones ilegales por parte del gobierno de Paraná – a su vez esta última se suma a otros dos procesos abiertos en el ámbito de la OEA por denuncias de violencia en el campo–; en Argentina, la Central de Trabajadores Argentina (CTA) junto con el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y CEJIL reclamaron la criminalización de la protesta social en dicho país, basados en el ejercicio de la libertad de expresión, la seguridad personal y las garantías del debido proceso legal.

Pese al vigor del reclamo, la consecución de los derechos económicos, sociales y culturales enfrenta serios obstáculos en el continente americano. Entre éstos podemos mencionar el clientelismo y la instrumentación de políticas discriminatorias y de exclusión de ciertos sectores, que coartan las posibilidades de asignaciones racionales de recursos; la adopción de planes económicos que no resguardan derechos básicos o que tienen consecuencias discriminatorias; la reticencia de los poderes judiciales y legislativos de proteger los derechos sociales por deferencia con el poder administrador; las dificultades reales a las que se enfrentan los Estados de la región para la obtención y disposición de recursos que permitan la protección efectiva de estos derechos.

En el ámbito interamericano, la entrada en vigor del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también conocido como Protocolo de San Salvador)⁵, en 1999, se da en un momento de mayor consolidación del sistema de protección regional de los derechos humanos y de creciente interés del movimiento de derechos humanos en utilizar estrategias jurídicas para la protección de los derechos sociales. Así, el Protocolo de San Salvador generó muchas expectativas en cuanto a la posibilidad de utilizar el sistema regional para avanzar en la protección de los derechos sociales.

146

La mirada más cercana al sistema interamericano tiene en cuenta que los sistemas de protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional ofrecen tanto recursos para su resguardo como guías para el establecimiento de políticas⁶. De esta manera, la protección internacional tiene capacidad para lograr que las víctimas de una infracción a un derecho social sean resarcidas y, además, impulsar cambios de política y de legislación de impacto general. Así, existe la posibilidad de poner freno a los abusos más flagrantes de los derechos (entre ellos, las políticas de carácter discriminatorio) y, de esta manera, asegurar el goce de derechos fundamentales.

Ahora bien, aún con antelación a la entrada en vigor del limitado Protocolo de San Salvador, los órganos fiscalizadores del sistema regional han emitido informes y resuelto una serie de casos en los que se evidencian algunas de las posibilidades y de los obstáculos que las víctimas, los abogados, los Estados y los propios órganos del sistema

5. En adelante, Protocolo de San Salvador, Protocolo o PSS.

6. Algunos órganos y organismos internacionales tienen una reconocida trayectoria en este ámbito. Así, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante, Comité de DESC o CDESC), etc.

encuentran a la hora de proteger derechos económicos, sociales y culturales. En este artículo desarrollaré algunos de los elementos fundamentales a tener en cuenta en la satisfacción de los derechos sociales en el sistema interamericano; en particular, me centraré en las estrategias de litigio en la arena interamericana para la defensa de aquéllos. La selección de esta estrategia tiene en cuenta la capacidad de aquélla de lograr resoluciones judiciales de carácter definitivo que permitan tutelar los derechos de individuos o grupos. El litigio, no sólo a través de las sentencias sino a partir del mismo planteo del caso, ha permitido abrir espacios de diálogo, dar poder a comunidades afectadas, avanzar en la práctica en la garantía de los derechos sociales. El litigio promueve el debate sobre la existencia misma de ciertos derechos, su contenido y alcance; en ocasiones exige discusiones sobre políticas públicas, asignaciones de recursos, prioridades estatales. Esta herramienta es útil para discutir el alcance de los compromisos establecidos por los Estados, para evaluar el grado de cumplimiento de los mismos por los diferentes actores a nivel local, etc.

No pretendo, sin embargo, desarrollar a cabalidad cada una de las vías posibles a explorar en el curso del litigio. Me limitaré a dar un panorama de las avenidas abiertas para el desarrollo y la defensa de los derechos sociales, concentrando mi atención en primer lugar, en el marco normativo y las herramientas con las que cuenta el sistema interamericano; luego, avanzaré en algunas consideraciones sobre el litigio de denuncias ante el sistema regional.

147

II. Consideraciones generales sobre la protección de los derechos económicos sociales y culturales en el sistema interamericano

El sistema interamericano presenta características que lo hacen especialmente capaz para proteger los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional. En primer lugar, el marco normativo de protección de estos derechos en el sistema interamericano es muy generoso pues distintas normas de naturaleza obligatoria para los Estados contienen disposiciones que garantizan su protección. A ello se suman, en segundo lugar, las numerosas herramientas de monitoreo que tienen los órganos del sistema: entre éstas se incluyen los informes sobre países, que permiten dar cuenta de algunos problemas de carácter estructural que impiden el goce efectivo de los derechos, y el procedimiento de peticiones individuales con capacidad de emitir decisiones de carácter vinculante.

a. Marco normativo

La protección de los DESC en el sistema interamericano puede lograrse a través de distintos instrumentos respecto de los que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷ como la Corte

Interamericana de Derechos Humanos⁸ tienen competencia, en orden a establecer la responsabilidad internacional del Estado. Entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (o Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –también conocida como Convención de Belém do Pará¹¹ y la Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad¹².

De este modo, la protección de los DESC en el sistema interamericano puede lograrse de manera directa a través de la aplicación de estos instrumentos. A modo de ejemplo, podemos mencionar a la Declaración Americana -que en sus artículos XI y XII reconoce los derechos a la salud y a la educación entre otros- la Convención de Belém do Pará -que en su artículo 4º prevé: “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce... de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre

7. En adelante, la Comisión, la Comisión Interamericana o CIDH.
8. En adelante, la Corte, la Corte Interamericana o Corte IDH.
9. En adelante, la Declaración, la Declaración Americana o DADDH.
10. En adelante, la Convención, la Convención Americana o CADH.
11. El nuevo reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en diciembre de 2000, prevé en su artículo 23 la posibilidad de presentar peticiones individuales respecto a estos instrumentos conforme a sus respectivas disposiciones, al Estatuto de la Comisión y al propio Reglamento.
12. Uno de los instrumentos americanos de protección de los derechos económicos y sociales es la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (en adelante, Carta Internacional Americana o CIAGS), emitida en el año 1948, a la par de la DADDH. Aquella declaración puede servir de instrumento interpretativo de los derechos y garantías plasmados en otros instrumentos convencionales americanos. Hasta el momento, la Carta Internacional Americana no ha sido utilizada en la resolución de casos individuales -aunque sí fue alegada-; tampoco ha sido mencionada en los preámbulos de las convenciones interamericanas ni en el texto de ninguna de ellas -a diferencia de la DADDH-, ni ha sido incluida en los propios instrumentos básicos del sistema, tal como ha sido advertido por la Comisión y la Corte. El objeto de la Carta, según su artículo 1º, es “declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *minimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americano, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos...”. La Carta detalla el alcance de una serie de derechos laborales, entre otros, el derecho de asociación, el derecho de huelga, el derecho de defensa dentro de los procedimientos disciplinarios de los empleados públicos, etc.

derechos humanos”, también reafirma que toda mujer podrá ejercer sus derechos económicos sociales y culturales libre de toda violencia y da cuenta del derecho de las mujeres a ser educadas libres de estereotipos¹³; la Convención Americana –que en sus artículos 16, 21 y 26 recepta el derecho de asociación, el derecho de propiedad y asume la obligación progresiva de garantizar el goce de los DESC– la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad –que en su artículo III establece, entre otras, la obligación del Estado de eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad en el empleo, la vivienda, la educación¹⁴;

-
13. La Convención de Belém do Pará dispone en sus artículos 5° y 6° lo siguiente: “Artículo 5. Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Parte reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos”; “Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

14. Esta Convención dispone en su artículo III: “Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados Parte se comprometen a:

- 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa;

- a. medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

- b. medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;

- c. medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y

- d. medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.

- 2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:

- a. La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;

- b. la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y

- c. la sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad”.

y, por último -pero no por ello menos importante- el Protocolo de San Salvador, que es el instrumento de carácter específico que prevé el sistema interamericano para la protección de esta categoría de derechos y que protege un gran número de derechos: derecho al trabajo (artículo 6, PSS), condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 7, PSS), derechos sindicales (artículo 8, PSS), derecho a la seguridad social (artículo 9, PSS), derecho a la salud (artículo 10, PSS), derecho a un medio ambiente sano (artículo 11, PSS), derecho a la alimentación (artículo 12, PSS), derecho a la educación (artículo 13, PSS), derechos a los beneficios de la cultura (artículo art.14 PSS), derecho a la constitución y protección de la familia (artículo 15, PSS), derecho de la niñez (artículo 16, PSS), protección de los ancianos (artículo 17, PSS) y protección de los minusválidos (artículo 18, PSS).

b. El papel de los órganos de protección

Los órganos de protección del sistema interamericano, la Comisión y la Corte, pueden recurrir a la función consultiva y la competencia contenciosa para el desarrollo de su labor de supervisión y tutela de los derechos humanos.

La función consultiva -que incluye la emisión de informes temáticos o de país, opiniones consultivas, recomendaciones generales, etc.- es una de las herramientas más valiosas del sistema para la tutela de los derechos humanos en general, y ha cumplido un importante rol en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Ella permite guiar a los Estados, a las organizaciones no gubernamentales (ONG), a la ciudadanía y a otros actores en la protección efectiva de los derechos de las personas. Una de las ventajas de este tipo de tratamiento es el análisis integral de la situación general de los derechos sociales o de una problemática específica, en un país determinado o en la región. Los informes permiten obtener una visión comprensiva de los obstáculos y los pasos dados para garantizar el pleno goce de los derechos; y los estudios temáticos permiten una visión comparada de la situación de la región, ayudan al desarrollo de soluciones regionales, entre otras cosas.

La función consultiva en la Corte se define como la competencia de aquélla para interpretar la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Dicha función puede ser activada por cualquier Estado Miembro de la OEA -no sólo aquéllos que son Partes en la Convención- y los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización¹⁵. El ejercicio de esta competencia por parte de la Corte ha permitido el establecimiento de pautas sobre su propia autoridad, sobre las facultades de la Comisión y sobre los límites de las acciones de

15. Cfr., artículo 64.1, CADH.

los Estados, así como también sobre el alcance de derechos consagrados en la Convención; en esta línea, podemos mencionar sus pronunciamientos respecto del derecho a la igualdad¹⁶, la institución del habeas corpus¹⁷ y las garantías judiciales durante el estado de emergencia¹⁸, el derecho a la asistencia consular¹⁹, el derecho a la vida y la pena de muerte²⁰, los derechos de los niños/as²¹ entre otros.

Por su parte, la Comisión (en virtud de los artículos 41, incisos a, b, c, d, y 42, de la propia Convención; y de los artículos 56 y 57.1, incisos h e i, de su Reglamento)²² ejerce una función consultiva de carácter más amplio que la prevista respecto de la Corte. Así, por ejemplo, la Comisión puede impulsar de *motu proprio* investigaciones, monografías

-
16. Cfr. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
 17. Cfr. Corte IDH, El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.
 18. Cfr. Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/89 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.
 19. Cfr. Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
 20. Cfr. Corte IDH, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3; Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.
 21. Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
 22. La Comisión tiene atribuciones para "formular recomendaciones... a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos" (artículo 41.b de la Convención). Por su parte, en los artículos 56 y 57, incisos h e i, de su Reglamento se le encomiendan las siguientes tareas: "Artículo 56. Preparación de informes. La Comisión rendirá un informe anual a la Asamblea General de la OEA. Además, la Comisión preparará los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, y los publicará del modo que juzgue oportuno. Una vez aprobada su publicación, la Comisión los transmitirá por intermedio de la Secretaría General a los Estados miembros de la OEA y sus órganos pertinentes"; "Artículo 57. Informe Anual. 1. El Informe Anual a la Asamblea General de la OEA deberá incluir lo siguiente:... h. los informes generales o especiales que la Comisión considere necesarios sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros y, en su caso, informes de seguimiento, destacándose los progresos alcanzados y las dificultades que han existido para la efectiva observancia de los derechos humanos; i. toda otra información, observación o recomendación que la Comisión considere conveniente someter a la Asamblea General, así como cualquier nueva actividad o proyecto que implique un gasto adicional".

y pedidos de información a los Estados sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales²³. Respecto de los derechos sociales, la Convención Americana exige que los Estados partes remitan a la Comisión “copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla vele por que se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”²⁴. Por otra parte, cabe señalar que el artículo 64²⁵ del

23. Cfr. Corte IDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención. Cit., párrafo 39. “Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (art. 41.b) o en los informes a los que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención”.

24. Cfr., artículo 42, CADH. Dicho órgano ha sido reemplazado, mediante una enmienda a la Carta de la OEA, por el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI). El CIDI fue creado en 1996 bajo la autoridad de la Asamblea General de la OEA y tiene como principal función la de “promover el desarrollo integral en las Américas mediante la cooperación entre los países”. Véase, www.oas.org.

25. “Artículo 64. Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1. Los Estados Parte deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios indicados en el artículo 42 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la misma fecha en que los someten a los órganos correspondientes.

2. La Comisión podrá pedir a los demás Estados miembros informaciones anuales sobre los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

3. Cualquier persona, grupo de personas u organización podrá presentar a la Comisión informes, estudios u otra información sobre la situación de tales derechos en todos o algunos de los Estados miembros.

4. Cuando la Comisión no reciba o considere insuficientes los datos indicados en los párrafos anteriores, podrá someter cuestionarios a todos o algunos de los Estados miembros, señalándoles un plazo para la respuesta o recurrir a otras fuentes de información disponibles.

5. Periódicamente, la Comisión podrá encomendar a expertos o entidades especializadas, estudios monográficos sobre la situación de uno o más de tales derechos en un país determinado, o grupo de países.

6. La Comisión formulará las observaciones y recomendaciones pertinentes sobre la situación de tales derechos en todos o algunos de los Estados miembros y las incluirá en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado.

7. Las recomendaciones podrán incluir la necesidad de prestación de ayuda económica u otra forma de cooperación entre los Estados miembros, prevista en la Carta de la Organización y en los demás acuerdos integrantes del sistema interamericano”, según Reglamento de la CIDH -aprobado en 1980 con modificaciones posteriores (la última fechada en 1996).

antiguo reglamento de la CIDH explicitaba alguna de las funciones de la Comisión en relación con los derechos sociales que, entendemos, quedan subsumidas en las facultades generales de recibir y solicitar información, realizar observaciones y recomendaciones, realizar informes, estudios, previstas de modo general en el nuevo reglamento. Más aún, la Comisión emite informes sobre la situación de los derechos humanos en los diferentes países así como informes temáticos, recomendaciones de carácter general, comunicados de prensa; también ha creado una serie de relatorías especiales a fin de promover derechos específicos como la libertad de expresión, los derechos de los pueblos indígenas, de las mujeres, de los/as niños/as, etc. En suma, la práctica misma de la Comisión Interamericana ha sido utilizar creativamente sus facultades generales de promoción y defensa para la protección de los derechos humanos entendida de manera integral; esto es, abarcando los derechos económicos, sociales y culturales. En el sistema interamericano, los desarrollos en el área de los derechos económicos sociales y culturales se han dado hasta el momento, en su mayor parte, en el ámbito de la Comisión Interamericana; particularmente, en los informes sobre la situación de derechos humanos en los diferentes países.²⁶

El Protocolo prevé dos mecanismos especiales de supervisión de las obligaciones establecidas en el tratado que pueden incluirse en la categoría de facultades consultivas. El primero de ellos, consiste en la presentación de informes periódicos sobre las medidas que adopten los Estados para garantizar los derechos consagrados en el Protocolo (artículo 19, PSS); el segundo, en la formulación de recomendaciones por parte de la Comisión (artículo 19.7, PSS). Los informes periódicos se remitirían al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura -en la actualidad al sucesor del órgano de la OEA mencionado en el Protocolo: el Consejo Interamericano de Desarrollo Integral (CIDI)- y, a través del Secretario General de la OEA, a la Comisión. Este mecanismo no ha funcionado porque los Estados presentan los informes al CIDI. Por su parte, la formulación de recomendaciones prevista en el artículo 19.7 del PSS repite las facultades que la Comisión posee para formular recomendaciones sobre temas de derechos humanos, consagrada en los artículos 41 de la Convención Americana y 56 y 57 de su Reglamento. En suma, el PSS establece y privilegia los informes y recomendaciones por sobre la protección judicial a través de quejas en un viraje de la tradición de los instrumentos convencionales interamericanos que han privilegiado las peticiones individuales por sobre los informes.

153

26. Véase, en este sentido, Informe de la Comisión Interamericana sobre la situación de los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas en las Américas, de 24 de septiembre de 2000; en particular, el capítulo IV.

Por otra parte, la función contenciosa, también es crucial para el desarrollo de los derechos sociales en el sistema interamericano. Ahora bien, una de las dificultades del sistema interamericano para la protección de los derechos sociales receptados en el Protocolo de San Salvador radica en las limitaciones que aquél impone a la utilización de la vía contenciosa, que queda limitada exclusivamente a los derechos sindicales (artículo 8 inciso a del PSS)²⁷ o el derecho a la educación (artículo 13 del PSS)²⁸, por una acción

27. Cfr., artículo 8°, Protocolo de San Salvador: "Derechos Sindicales.

1. Los Estados partes garantizarán:

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato".

28. Cfr., artículo 13, del Protocolo de San Salvador: "Derecho a la Educación.

1. Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Los Estados Parte en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados Parte en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

imputable directamente al Estado Parte del Protocolo (artículo 19.6, PSS). De esta manera, el PSS permite la protección por vía contenciosa de sólo dos de los trece derechos consagrados en el texto convencional y limita los reclamos a aquellos generados por acciones del Estado exclusivamente -aún cuando, en esta área, las omisiones son especialmente relevantes a la hora de evaluar las infracciones a los derechos sociales. En la práctica, el derecho de asociación de los trabajadores, plasmado en el artículo 8.a del PSS, ya estaba reconocido por la propia Convención Americana. Incluso la misma Comisión ha extendido la interpretación del artículo 16 de la Convención Americana de modo de comprender la protección del derecho de huelga, alegando ante la Corte que el derecho de asociación con fines sindicales comprende el derecho de huelga; de este modo ha ampliado el alcance de la protección judicial del derecho de asociación más allá de lo previsto por el Protocolo del San Salvador -que no incluye el artículo 8.b sobre derecho de huelga en aquellos derechos susceptibles de denuncia individual²⁹. En la sentencia del caso Baena, la Corte estableció la violación al derecho de asociación basada en una serie de despidos arbitrarios que ocurrieron con motivo de la organización y desarrollo de una huelga³⁰. Respecto al derecho a la educación es

4. Conforme con la legislación interna de los Estados Parte, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados Parte”.

29. Siguiendo la doctrina de Convenios 87 y 98 de la OIT, la Comisión argumentó que tanto la resolución del Ejecutivo que declaró ilegal la huelga como la ley que dispuso una sanción para las asociaciones de empleados que reivindicaban una serie de derechos violaban el artículo 16 de la Convención. Así, sostuvo que este derecho supone la no intervención estatal no sólo en el momento en que se constituye la asociación sino también en el desarrollo de las actividades legítimas del grupo, así como la no imposición de consecuencias desfavorables como corolario de aquéllas. Cfr. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafos 151.
30. Cfr. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafos 171 y 172. “Para arribar a conclusiones sobre si el Estado vulneró el derecho a la libertad de asociación, la Corte toma particularmente en cuenta las afirmaciones contenidas en la demanda de la Comisión, las constancias que figuran en el expediente y las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT al resolver el caso No. 1569, las cuales no fueron contradichas o desvirtuadas por el Estado, en relación con los siguientes hechos: a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales” [...] “No ha sido demostrado ante la Corte que las medidas adoptadas por el Estado fueron necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad; en suma, la Corte estima que dichas medidas no cumplieron con el requisito de ‘necesidad en una sociedad democrática’ consagrado en el artículo 16.2 de la Convención”.

posible que la entrada en vigor del Protocolo tenga un mayor impacto sobre su desarrollo dando impulso a la Comisión Interamericana a establecer el alcance de este derecho. Sin embargo, como veremos más adelante, las limitaciones del PSS no obstan a la utilización de la vía contenciosa para la protección de los derechos sociales, aún de aquellos que no son considerados tutelables por vía de las peticiones individuales en dicho tratado.

El procesamiento de denuncias individuales está previsto en los artículos 23 y 24 del Estatuto de la Comisión, en los capítulos II y III de su Reglamento y en los artículos 41.1 (f, 44, y 61 y siguientes de la Convención Americana. Los órganos del sistema americano han interpretado y aplicado los instrumentos interamericanos señalados en el marco normativo de la protección de los derechos sociales; la mayor parte de los desarrollos en la protección de los derechos sociales se ha generado a partir de la interpretación de las obligaciones establecidas en la Convención Americana y en la Declaración Americana. Así, existen decisiones y resoluciones en informes finales, soluciones amistosas y medidas cautelares que garantizan derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, sus pronunciamientos sobre la exigibilidad de los derechos sociales han servido para establecer el alcance de varios derechos. En esta línea, tanto la Comisión como la Corte han protegido de manera directa derechos económicos, sociales y culturales, como la salud³¹, la educación³², la propiedad³³, la asociación³⁴, a través de la interpretación y aplicación de dichos instrumentos en casos sometidos a ellos mediante denuncias individuales. Asimismo, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales puede también lograrse a través de vías indirectas; y de esta forma lo han hecho en ocasiones los

156

-
31. Cfr. CIDH, Resolución N°12/85, caso 7615, del 5 de marzo de 1985. En este caso se reputó violado el derecho de los indios yanomami a la preservación de la salud y el bienestar, por la omisión en adoptar medidas oportunas y eficaces por parte del Estado brasileño.
 32. Cfr. CIDH, "Testigos de Jehová", caso 2137, del 18 de noviembre de 1978. Interesante resulta la conclusión a la que arriba la Comisión pues advierte que, al restringir el Estado argentino las actividades desarrolladas por la Asociación Religiosa Testigos de Jehová, se violaron los derechos de sus miembros a la seguridad e integridad (Artículo I), de libertad religiosa y de culto (Artículo V), a la educación (Artículo XII), de asociación (Artículo XXI) y el derecho de protección contra la detención arbitraria (Artículo XXV), de la Declaración Americana.
 33. Cfr. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafos 119/131; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafos 142/155.
 34. Cfr. CIDH, Informe N°31/96, "Dianna Ortiz", caso 10.526, del 16 de octubre de 1996, párrafo 119. Tanto en este caso como en "Testigos de Jehová", ya citado, la Comisión entiende que los actos violatorios lesionan los derechos a la libertad religiosa y a la asociación. Por su parte, la Corte se ha pronunciado sobre este derecho en Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafos 153/173.

órganos del sistema. Una primera vía para la protección de los derechos consiste en interpretar amplia y comprensivamente un derecho civil³⁵ y político; una segunda vía, trata de cuestionar la arbitrariedad de ciertas decisiones a través de violaciones a las garantías del debido proceso o falta de tutela judicial efectiva de los derechos³⁶; una tercera vía, pretende identificar prácticas o políticas discriminatorias que afecten el goce de un DESC.³⁷

Pese a estos avances, la Comisión no ha desarrollado estándares respecto de la mayor parte de los derechos protegidos. Por su parte, la Corte Interamericana tiene un número limitado pero interesante de sentencias. En efecto, el más alto tribunal de la región ha realizado importantes avances en las últimas decisiones en la protección de varios derechos económicos, sociales y culturales (en el desarrollo del derecho a la vida, las garantías del debido proceso, tutela judicial efectiva, el

35. En este sentido, en el caso Villagrán Morales la Corte ha señalado que “[e]l derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”. Cfr. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 144. Por su parte, el Comité DESC ha interpretado el derecho a la salud ampliamente, entendido como el “más alto nivel posible de salud física y mental” y no limitado al derecho a la atención de la salud (Cfr. Comité DESC, Observación general N°14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)”, adoptada en el 22° período de sesiones (2000), párrafo 4”). Así, advirtió la estrecha vinculación de éste con el ejercicio de otros derechos humanos, “en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”. Cit., párrafo 3°.

36. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafos 119/143. En particular, en el párrafo 134 la Corte sostuvo: “[n]o escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana”.

37. En este sentido, la Comisión, en un caso contra el Estado de Guatemala, estableció que el régimen conyugal vigente en el país que atribuye funciones distintas a cada cónyuge dejando a la esposa en situación de inferioridad respecto a la posibilidad de trabajar fuera de su hogar, a representar a sus hijos y a la sociedad conyugal, y a administrar los bienes de éstos y de aquélla, violaba el derecho de la peticionaria a la igualdad y a la protección de la familia. Se sostuvo que “la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos...”. Cfr., CIDH, Informe N°4/01, “María Eugenia Morales de Sierra”, caso 11.625, del 19 de enero de 2001, párrafo 50.

derecho de propiedad, la garantía de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley); esto tanto en opiniones consultivas, sentencias sobre el mérito de los casos, medidas provisionales y reparaciones.

El litigio, como sosteníamos más arriba, es un instrumento fundamental para avanzar en la protección de los derechos sociales. El proceso del litigio debe comprenderse asimismo de manera amplia, incluyendo desde la elaboración de la presentación del caso a la implementación de la decisión definitiva en el mismo. Esta herramienta ha permitido y puede permitir espacios importantes para discutir, dialogar, confrontar, y, avanzar en la tutela de dichos derechos. Ello ocurre en la medida que el litigio promueve el debate racional y fundado en el derecho internacional sobre la existencia misma de ciertos derechos, su contenido y alcance; y sobre las políticas públicas para su consecución. En suma, es claro que el sistema interamericano tiene la potencialidad y la capacidad para trabajar en pos de la protección de los derechos económicos sociales y culturales a través de esta herramienta pero que queda bastante camino por recorrer. Es justamente en virtud de esta potencialidad que me interesa desarrollar en este trabajo ciertas estrategias a considerar por los litigantes al momento de solicitar la protección de sus derechos sociales ante el sistema interamericano.

III. Estrategias de litigio en favor de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano

158

El litigio ante el sistema interamericano en torno a esta temática se remonta a los '70³⁸; sin embargo, el nivel de desarrollo de esta área es todavía precario debido a una multiplicidad de factores³⁹. En efecto, numerosas y numerosos afectados/as patrocinados/as en buena medida por organizaciones no gubernamentales han impulsado en el ámbito regional el litigio de una serie de casos para exigir la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁰. En esta sección se

38. La conclusión a la que arribó la Comisión en el caso "Testigos de Jehová", ya citada, es una prueba de los primeros pasos en este sentido.

39. Entre otros, destacamos la falta de reclamo ante la CIDH por este tipo de violaciones por una buena parte del movimiento de derechos humanos de la región durante los años más crudos de las dictaduras en Sudamérica y de las guerras civiles en Centroamérica; el desconocimiento de esta vía por parte de colectivos fundamentales para la protección de los derechos sociales; la incertidumbre sobre el contenido de una buena parte de los derechos protegidos; la relativamente reciente entrada en vigor del Protocolo de San Salvador; la falta de receptividad y la inconsistencia en el tratamiento del tema por parte de la CIDH durante los '90.

40. Entre las organizaciones que activamente han participado en este esfuerzo en el sistema interamericano se cuenta PROVEA, CEDAL, CELS, CEJIL, entre otras.

reseñan algunos de los obstáculos encontrados -allanados o irresueltos- así como las oportunidades para lograr la exigibilidad de estos derechos en el sistema interamericano, que fueron identificadas a partir de experiencias de litigio y del análisis de la jurisprudencia de los órganos del sistema. A continuación se desarrollan una serie de cuestiones sustantivas relevantes para la tutela de los derechos sociales; en particular, nos abocaremos al desarrollo de las tácticas que permiten la llamada protección directa e indirecta de estos derechos.⁴¹

1. La protección directa

a. Normas que facilitan la protección directa

Como señalamos precedentemente, uno de los aspectos más interesantes que ofrece el sistema interamericano para el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en la región es el marco normativo generoso que permite tutelarlos por la vía directa.

En efecto, esta normativa es fundamental para el desarrollo de una estrategia de litigio de los DESC. Así, ella permite superar uno de los obstáculos clásicos para el amparo de los derechos sociales: la determinación de la mera existencia de un derecho social (en algunas situaciones extremas). En particular, dentro de este plexo normativo son cruciales los derechos que están protegidos en las convenciones interamericanas en vigor y que prevén una norma de atribución de competencia en favor de los órganos del sistema. Como ejemplo de éstos podemos mencionar al Protocolo de San Salvador en lo que respecta al derecho a la educación o a la Convención Americana, sobre derecho de asociación o derecho de propiedad. Estas normas son especialmente importantes porque no cabe duda sobre la voluntad del Estado de comprometerse internacionalmente para amparar los derechos que en ellas se consagran.

159

Adicionalmente, la normativa que permite la protección directa avanza en algunos casos superando otro de los obstáculos recurrentes para el amparo de los derechos sociales: la determinación de su alcance o contenido⁴². Sin

41. Si bien reconocemos que existe una serie de aspectos procesales del sistema interamericano y aspectos de carácter político que tienen gran relevancia para el amparo de los derechos económicos, sociales y culturales -algunos de los cuales formaron parte de la exposición oral de la conferencia que estimuló este libro- dejaremos aquéllos para una segunda etapa. Entre los temas procesales destacados, podemos mencionar a la definición de víctima, la legitimación ante el sistema interamericano, los procesos de solución amistosa y las reparaciones en el sistema interamericano; algunos aspectos de carácter político tienen que ver con la relación entre la supervisión internacional y la nacional, la legitimidad de órganos contramayoritarios de involucrarse en debates de política pública, los actores involucrados en estos debates a nivel local e internacional, etc.

42. Así ocurre, por ejemplo, con la protección del derecho a la educación, estipulada en el PSS.

embargo, respecto de la mayor parte de los derechos el desafío continúa en pie. De esta manera, en vista del interesante plexo normativo y teniendo en cuenta lo incipiente del desarrollo del alcance de algunos derechos, es prudente basar los argumentos de la presentación en un litigio, en buena medida, en el alcance dado a los derechos en el texto de la normativa convencional teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado (siguiendo una de las reglas clásicas de interpretación de los derechos); en las convenciones generales o especializadas de carácter universal; en los desarrollos de *soft law*⁴³; y en la jurisprudencia o doctrina de los órganos de derechos humanos a nivel internacional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴ o el Comité de DESC. En menor medida, los órganos del sistema interamericano han considerado los desarrollos del derecho comparado en la región o en el mundo con el objeto de establecer principios de derecho de carácter americano o universal. Es probable que frente al desafío de construcción de estándares, la Comisión y la Corte miren con detenimiento las resoluciones judiciales a nivel doméstico a fin de contar con una vara que consideren razonable para la región⁴⁵. Asimismo, los órganos del sistema pueden tener en cuenta el alcance de los derechos tutelados a nivel local en el Estado en cuestión. Ello brinda la posibilidad de que la Comisión y la Corte puedan revisar la legislación y la práctica nacional: en ocasiones ello puede servir para informar el contenido de un derecho o garantía (aumentando el umbral de compromiso internacional) o para elevar la protección del derecho a nivel doméstico (al rever la adecuación de la legislación u otras medidas estatales de defensa de los derechos sociales).⁴⁶

160

43. Cfr. CIDH, Informe N°63/99, "Víctor Rosario Congo", caso 11.427, del 13 de abril de 1999, en el que se citan las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" y los "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental".

44. En adelante, Tribunal Europeo o TEDH.

45. Durante la audiencia general sobre los derechos económicos sociales y culturales en América solicitada por CEJIL y la Plataforma Interamericana, el entonces presidente de la Comisión, Juan E. Méndez, realizó una solicitud de aportes en ese sentido.

46. Cfr. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas tingni. Cit. En este caso, la Corte interpreta el derecho de propiedad protegido a nivel internacional teniendo en cuenta las obligaciones adicionales asumidas por el Estado a nivel constitucional; para ello invoca el artículo 29 b. CADH. Sobre este punto se pronunció advirtiendo que si bien la Constitución nicaragüense reconoce el derecho de los peticionarios a la propiedad de las tierras en las que habitan, no se han delimitado concretamente cuáles son los límites sobre los que se ejerce dicho derecho (párrafos 138 y 152/153). En este sentido estimó que la legislación nicaragüense vigente violaba los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención en tanto no establecía un mecanismo para delimitar, demarcar y titular el territorio propiedad de la comunidad indígena afectada (véanse, particularmente, los párrafos 139 y 155).

El plexo normativo generoso que hemos descrito más arriba no ha devenido en un gran número de casos planteados o reclamos resueltos sobre derechos sociales, ni ha promovido un salto cualitativo en la protección de aquéllos en la región. Si bien ello se debe a numerosas causas, me concentraré en dos temas íntimamente relacionados entre sí: la exigibilidad de los derechos consagrados en la Declaración Americana y la interpretación de la obligación de tomar medidas progresivas para la protección de los derechos sociales, prevista en el artículo 26 de la Convención Americana.

La Declaración protege de manera explícita una amplia gama de derechos económicos, sociales y culturales. Por esta razón, entonces, la elección de esta temática no es gratuita; de hecho la Declaración Americana es el instrumento interamericano que de manera más comprensiva establece obligaciones jurídicas en el ámbito de los derechos sociales a cargo de los Estados, que son exigibles a través de las peticiones individuales. Debido a la importancia que reviste este instrumento, la determinación del contenido y el esclarecimiento respecto de la exigibilidad de los derechos allí consagrados resulta imperiosa. Ello en tanto la falta de claridad respecto de su contenido y valor desdibuja los márgenes de la responsabilidad estatal al no encontrarse precisados los compromisos asumidos por los Estados en dicha materia⁴⁷. Asimismo resulta crucial establecer si los órganos del sistema están facultados para establecer violaciones autónomas de dicho instrumento una vez que ha entrado en vigor la CADH respecto de un Estado porque, en la práctica, la mayor parte de los Estados de la región se encuentran en esta situación. De esta manera, limitar su aplicación en la medida que sea posible acceder a la jurisdicción de la Corte quita fuerza al reclamo social; aunque, como veremos más adelante, ello no cierra las posibilidades de utilizar este instrumento como herramienta interpretativa de otros derechos. En efecto, la DADDH podría utilizarse como instrumento interpretativo que da contenido a las obligaciones previstas en el artículo 26 de la Convención Americana u otros derechos permitiendo así la protección de un amplio rango de derechos sociales.

161

b. La Declaración Americana

La Declaración Americana forma parte del sistema normativo interamericano, tal como lo han reconocido los Estados miembros de la OEA⁴⁸ y es, sin lugar a dudas, uno de los instrumentos a partir del

47. La falta de claridad acerca del valor de la DADDH no debería constituir un obstáculo en la determinación del alcance de los derechos protegidos por dicho instrumento, como ocurre en otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos con características de este tipo (v. gr., el Comité del Pacto).

48. Cfr. Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 44; Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrafo 42.

cual se estructura el sistema interamericano. Sin embargo, como bien señala la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 10, aquélla no es un tratado⁴⁹.

Respecto de su naturaleza jurídica, algunos Estados⁵⁰ y una parte de la doctrina⁵¹ sostienen que la Declaración Americana no puede ser fuente de obligaciones internacionales ya que es una mera declaración sin valor vinculante, no es un tratado. Otra parte de la doctrina, apoyada en algunas resoluciones de la Comisión, argumenta que la Declaración Americana no puede ser aplicada por los órganos del sistema una vez que la Convención Americana ha entrado en vigor, limitando de esta manera su aplicación por la Comisión y la Corte Interamericana⁵².

49. Cfr. Corte IDH, 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. Cit., párrafo 33.

50. Ésta ha sido históricamente la posición del Gobierno de EEUU. En este sentido, se afirma que la Declaración tiene una importancia considerable, un considerable peso moral y político, pero que existe legalmente una gran diferencia entre las obligaciones morales y las obligaciones jurídicas. De hecho, se sostiene, que la Declaración es "un conjunto consensuado de principios generales no vinculantes" ("an agreed set of nonbinding general principles"). El efecto vinculante de aquélla no se deriva de ninguna norma en vigor: ni en el Protocolo de Buenos Aires ni en la Convención Americana se consagra tal carácter. Por otra parte, Estados Unidos argumenta que los Estados miembros no han reconocido tal efecto; pero aún si lo hubieran reconocido ello debería haber sido debatido detenidamente en el proceso de negociaciones. En este sentido, sostiene que los términos del artículo 29 d), CADH, han sido ampliamente discutidos acordándose finalmente la eliminación del término "legal", que calificaba los efectos que puede producir la Declaración. Respecto a la remisión que de la Declaración Americana hace el preámbulo de la Convención, se afirma que en todo momento se hace referencia a los "principios" de la Declaración, que vendría a reforzar y complementar la protección prevista por los ordenamientos internos de los Estados americanos; si se reconociera el estatus de tratado a la Declaración se debería concluir en que la Convención es el segundo convenio general de derechos humanos y, por consiguiente, que sus términos tanto podrían complementar y precisar como reemplazar los términos de la Declaración. Y concluye afirmando que es el sistema y las instituciones protectoras de los derechos humanos en el sistema interamericano los que han cambiado su carácter legal, no la Declaración. Véanse, las observaciones de Estados Unidos a la Opinión Consultiva 10.

51. Cfr. en relación con la naturaleza jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pieter van Dijk, "The Universal Declaration of Human Rights; its significance in the year 1988", en SIM (Report of the Maastricht/Utrecht Workshop. 8-10 de diciembre de 1989), p. 29. Cit. en Manuel E. Ventura Robles, "El Valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en El Mundo Moderno de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, pp. 255/265.

52. Véase en este sentido, Tara Melish, Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales de Ecuador, Ecuador, 2002, p. 44. Cabe destacar que la posición adoptada por la autora no implica la preclusión de la aplicación de la Declaración como instrumento interpretativo. Quisiera, asimismo, recomendar altamente la lectura y el uso de este manual para el trabajo de litigio de los DESC en el sistema interamericano. El libro de Melish es sin duda el documento más exhaustivo e importante que ha avanzado en dicha labor.

Adicionalmente, debemos señalar que la doctrina predominante a partir de los '80 sostiene que la DADDH vincula a todos los Estados de la OEA⁵³.

Los órganos del sistema a la fecha no han esclarecido en su doctrina o su práctica el valor de la Declaración, y, en particular, la posibilidad de establecer violaciones a la misma en los casos en que sean parte aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana.⁵⁴

La Comisión no ha tenido una actuación consistente respecto al carácter vinculante de la Declaración y la facultad de los órganos del sistema de establecer violaciones autónomas a los derechos en ella protegida, que superan el marco de los derechos civiles y políticos amparados en la CADH. En este sentido, respecto de un Estado (Estados Unidos) que no ratificó la CADH, la Comisión afirmó el carácter vinculante de la Declaración fundándolo en el hecho de que dicho Estado era miembro de la OEA y parte en la Carta de Bogotá modificada por el Protocolo de Buenos Aires, en cuyo articulado se prescribe que "las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria",

53. Entre otros, Thomas Buergenthal y Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas*, N.P. Engel, 1995; Cecilia Medina Quiroga, *The Battle of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1988. Nikken, por su parte, sostiene que "en una perspectiva jurídica, no puede considerarse como desprovista de efectos la proclamación reiterada de los signatarios de diversos instrumentos internacionales, en el sentido que las metas de tales instrumentos han de alcanzarse progresivamente. No es exagerado afirmar que esta proclamación reiterada constituye, en sentido positivo, el fundamento de verdaderas obligaciones de negociar nuevos medios que permitan el desarrollo y el perfeccionamiento del sistema" (Cfr. Pedro Nikken, "La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo", IIDH y Civitas, Madrid, 1987, p. 82) En este sentido, también se pronunció el Gobierno de Colombia en sus observaciones a la Opinión Consultiva 10: "la Convención Americana sobre Derechos Humanos... se inspiró, precisamente, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, y toda la Carta de la Organización de los Estados Americanos está imbuida, exactamente, de los mismos principios fundamentales, porque son los principios tutelares que tienden a conseguir, no sólo la mayor igualdad social en el Continente sino la defensa de libertades esenciales y de valores fundamentales en el mismo... [Y por ello] existe concatenación en todo el esfuerzo que se ha venido elaborando y desarrollando a través de todos estos años en este sentido y, que sería ilógico tener en cuenta a la Corte, para que diera interpretaciones y opinara acerca de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no sobre el pilar fundamental respecto del cual ella fue establecida, como es nada menos que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá por la Novena Conferencia Panamericana".

54. Ello ocurre no respecto de casos en los que por razón del tiempo deba aplicarse la DADDH sino en aquellos que el marco temporal de aplicación permite la utilización tanto de la CADH como de la DADDH.

entre las que se cuenta la Declaración Americana que fue adoptada por el voto favorable de Estados Unidos⁵⁵. En otra importante línea de casos, la Comisión ha extendido su carácter vinculante más allá de los márgenes establecidos por el inciso a del artículo 20 de su Estatuto a efectos de determinar la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los DESC. A guisa de ejemplo, vale recordar lo concluido en el caso de los *yanomami* (v. Brasil) en el que se sostiene que el Gobierno de Brasil violó el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo 9, DADDH)⁵⁶. De este modo, la Comisión ha establecido, en una serie de casos, violaciones a derechos sociales amparados en la DADDH -especialmente en casos cuyo marco temporal lo exige debido a la falta de ratificación de la Convención Americana a la época de los hechos⁵⁷. Sin embargo, respecto de la aplicación de la DADDH en relación con aquellos Estados que ya han ratificado la Convención Americana, la Comisión no ha integrado las normas de la Declaración junto con las de la Convención Americana a fin de proteger ciertos derechos sociales o, en ocasiones, no ha establecido violaciones autónomas a la misma. En contraposición, ha privilegiado una interpretación extensiva de los derechos civiles y políticos (entre otros, los consagrados en los artículos 5 y 8) o de la garantía de progresividad en el desarrollo de los derechos sociales (artículo 26, CADH)⁵⁸. Un ejemplo de ello es la demanda de la Comisión en el caso de Cinco Pensionistas (v. Perú), en la que no establece una violación de la DADDH sino que utiliza el texto de ésta para interpretar

55. Cfr., CIDH, Resolución N° 23/81, "Baby Boy", caso 2.141, del 6/3/81, párrafo 30. En otro caso -también contra Estados Unidos- en el que se planteó la violación al derecho a que no se ejecute la condena a pena capital impuesta respecto de hechos cometidos antes de cumplirse los dieciocho años de edad, la Comisión sostuvo el carácter vinculante de la Declaración Americana. Cfr., CIDH, Informe N° 3/87, "Terry Roach y Jay Pinkerton", caso 9.647, párrafo 158. Citado en Mónica Pinto, Temas de derechos humanos, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 38/39.

56. Cfr. CIDH, Resolución N°12/85, cit.. Cfr., punto primero del resolutorio.

57. Cfr. entre otros, CIDH, Informe N° 75/02, "Mary y Carrie Dann", caso 11.140, del 27 de diciembre de 2002; Resolución N°12/85, cit.

58. Así, en el caso Víctor Rosario Congo (v. Ecuador), ya citado, la Comisión establece la violación del derecho a la vida de la víctima por falta de atención adecuada a su salud, pero no se hace referencia específica al derecho a la salud. Cfr. párrafos 83/84. En el caso de Odir Miranda (v. El Salvador) se alegó la violación al derecho a la salud consagrado en la DADDH; empero, el caso no se declaró admisible respecto de este derecho. En este sentido, la CIDH sostuvo que no tenía competencia *ratione materiae* para establecer de manera autónoma violaciones al artículo 10 del Protocolo de San Salvador, a través del sistema de peticiones individuales; no obstante, dejó abierta la posibilidad de considerar este Protocolo en la interpretación de otras disposiciones, en virtud de los artículos 26 y 29 de la CADH Cfr. Informe N°29/01, "Jorge Odir Miranda Cortez", caso 12.249, del 7 de marzo de 2001, párrafo 36.

la CADH⁵⁹. En un reciente informe de admisibilidad, sostuvo que si dos derechos se tratan en la CADH y en la DADDH, en la medida que la CADH esté en vigor, la protección de la DADDH queda subsumida a la protección de la Convención; sin embargo en la medida en que el derecho a la salud y al bienestar y el derecho a la seguridad social no se encuentran previstos en el Convención -sino exclusivamente en la Declaración-, es competente *ratione materiae* para examinar el fondo de la petición respecto de las violaciones a la Declaración alegadas por aplicación del artículo 29 d), CADH⁶⁰.

Por su parte, respecto de la cuestión, la Corte estableció en su Opinión Consultiva 10 que, si bien la Declaración Americana no es un tratado, constituye una fuente de obligaciones internacionales en cuanto determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA⁶¹, plasma el compromiso común de todos los Estados de la región de respetar los derechos fundamentales y ha sido reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA⁶². Vale destacar que no es necesario que una obligación internacional para ser tal surja de un tratado, como lo prueban las obligaciones generadas por el *jus cogens* o la costumbre internacional. Por ello, el hecho de que la Declaración sea fuente de obligaciones no exige necesariamente la existencia de una norma contractual⁶³. Adicionalmente, el hecho de que exista una norma vinculante -de carácter contractual o extra-

59. Este punto se desarrollará más detenidamente en el título siguiente.

60. Cfr. CIDH, Informe N°03/01, "Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (Sistema provisional)", caso 11.670, del 19 de enero de 2001, párrafos 41 y 42.

61. Corte IDH, 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. Cit., párrafo 43. En este sentido, la Corte afirmó: "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". Cfr. párrafo 45.

62. Cfr. Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 44; 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. Cit., párrafo 42.

63. En este sentido, véase las observaciones del Gobierno de Costa Rica a la Opinión Consultiva 10. Al respecto se sostuvo que la Declaración "lo que hace es llegar a conceptualizar ciertos preceptos que pueden ser elevados a la categoría indiscutible de norma consuetudinaria internacional. La totalidad del instrumento... no podría considerarse como un instrumento codificador de normas consuetudinarias internacionales. Lo que yo estoy diciendo, y lo que he afirmado a través de toda la disertación, es que ciertas normas de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre tienen categoría indiscutible de costumbre internacional. No podría ahora afirmarle que todos los preceptos".

contractual- no implica necesariamente que los órganos del sistema tengan la facultad u obligación de utilizarlas como instrumentos interpretativos o, menos aún, que tengan la posibilidad de aplicarlas. Y en este sentido resulta oportuno señalar que aunque la Corte ha avanzado en la interpretación del valor de la Declaración a través de su Opinión Consultiva 10, no ha esclarecido a cabalidad la posibilidad de aplicar aquella en ejercicio de su competencia contenciosa. En efecto, la Corte no ha integrado en el análisis de los derechos a la Declaración Americana ni ha establecido violaciones de carácter autónomo de derechos establecidos en dicho documento. La dirección que la Corte adopte al respecto estará sin duda guiada por la doctrina establecida en la sentencia sobre excepciones preliminares del caso Las Palmeras (v. Colombia). Allí, sostuvo que sólo aplicaría de manera directa normas contenidas en tratados interamericanos que le atribuyeran competencia para ello⁶⁴. A la luz de dicho precedente, no es clara la circunstancia de si el artículo 29 d) de la Convención⁶⁵, el carácter basal de la Declaración en el sistema y su relación con la Carta de la OEA -o el propio Estatuto de la Comisión (elaborado por los Estados y aprobado en Asamblea General)-, bastarían para que la Corte establezca de manera explícita o implícita una atribución para la determinación de responsabilidades por la violación de los derechos consagrados en la Declaración. La cuestión fue presentada por el Estado en la etapa de excepciones preliminares del caso Cantos (v. Argentina) pero no fue resuelta por la Corte en esa etapa ni fue retomada en la etapa de fondo al entender que se solicitaba la aplicación de la DADDH exclusivamente respecto de hechos anteriores a la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por Argentina⁶⁶.

166

En virtud de la relativa incertidumbre que existe respecto del valor jurídico de la Declaración Americana y de la discusión que se generó en torno a ello, varios Estados se encuentran persuadidos de que la Declaración no es un instrumento obligatorio, y por ende, consideran que los derechos sociales no están amparados por el sistema interamericano⁶⁷. Adicionalmente, aún cuando esta discusión no debería obstar al desarrollo del alcance de los derechos protegidos en la DADDH porque la Comisión podría trabajar en detalle el contenido de las obligaciones en este ámbito (como lo hacen sus pares en Naciones Unidas), en la práctica ello ha sido así.

64. Cfr. Corte IDH, Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párrafos 32/33.

65. Dicha disposición reza: "Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:... d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

66. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, No. 97, párrafo 48.

67. Cfr. con la posición del Estado de Argentina en las excepciones preliminares del caso Cantos (v. Argentina).

Por su parte, a la espera de mayor claridad en la definición de este tema, las víctimas y abogados/as litigantes en el sistema realizan una doble apuesta al requerir la aplicación autónoma de normas de la Declaración a la vez que utilizan esta normativa como instrumento interpretativo del artículo 26 de la Convención Americana y de otros derechos consagrados en tratados interamericanos como veremos más adelante.

c. La interpretación del artículo 26 de la Convención Americana

Otra herramienta de que disponen tanto la Comisión como la Corte para tutelar los derechos amparados en la DADDH es la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana⁶⁸. Éste parece ser el camino adoptado por la Comisión en una serie de casos recientes.

Como sabemos, el Capítulo III, dedicado a los DESC, de la Convención Americana consta de un único artículo que reza:

“Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americano, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

167

La Convención Americana no es un instrumento destinado particularmente a la protección de los derechos sociales; ello se deduce de los debates de la Convención Americana, así como de la existencia misma del Protocolo de San Salvador⁶⁹. En cambio, ella ha optado por incluir una cláusula de protección genérica de los derechos sociales en

68. Ella provee una vía para zanjar las dificultades que representa declarar violaciones autónomas a la DADDH.

69. Su preámbulo declara: “Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de las personas, el régimen democrático representativo de gobierno así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales...”. Véase asimismo, *ut supra* sección II. Consideraciones generales sobre la protección de los derechos económicos sociales y culturales en el sistema interamericano. a. Marco normativo; y Cecilia Medina Quiroga, *The battle of Human Rights: Gross, systematic violations and the Inter-American system*; Martinus Nijhoff, 1988.

su artículo 26. Una interpretación razonable del tratado exige otorgarle un contenido determinado de modo de no hacer nugatorio el derecho, a la par de establecer pautas para esclarecer: si el artículo 26 puede ser reclamado mediante el procedimiento contencioso, cuáles son aquellos derechos que están incluidos y aquéllos que exceden la protección brindada por dicha norma convencional, y en qué medida están amparados los derechos sociales.

La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana han dado por supuesto en sus decisiones que el artículo 26 puede reclamarse por la vía contenciosa. Si bien esta posición no es obvia de una lectura simple de la Convención Americana y su posición dentro de la arquitectura normativa del sistema interamericana; la posición de los órganos del sistema se sustenta probablemente en los artículos 44 y 48 de la Convención Americana que hacen referencia a la posibilidad de presentar peticiones relativas a quejas de violaciones a los derechos protegidos en la Convención sin distinguir aquellos incluidos en el Capítulo II sobre Derechos Civiles y Políticos de los amparados en el Capítulo III sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁰.

La Comisión ha avanzado en los últimos años en su interpretación del artículo 26 de la Convención Americana de modo de definir el contenido mínimo de los derechos sociales protegidos por este tratado a través de la incorporación de las normas de la Declaración y del Protocolo de San Salvador en el marco convencional.

168

Por ejemplo, en el caso de Cinco Pensionistas (v. Perú), la Comisión sostuvo que el artículo XVI de la Declaración Americana (que consagra el derecho a la seguridad social), puede ser utilizado para interpretar el alcance del derecho contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana⁷¹. Por otra parte, tuvo en cuenta en la interpretación del artículo 26 las normas de progresividad plasmadas en la letra del artículo así como en el Protocolo de San Salvador, en sus artículos 2º y 9º (en este último se consagra el derecho a la seguridad social)⁷². Asimismo, las Observaciones generales del

70. Aún sin negar las obligaciones estatales que surgen de la letra del artículo 26 una interpretación restrictiva de la arquitectura normativa del sistema podría devenir en un desconocimiento de la aplicación de los mecanismos contenciosos para el tratamiento del tema.

71. Cfr., Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafo 142. Similar criterio adoptó en CIDH, Informe N° 100/01, "Milton García Fajardo y otros", caso 11.381, del 11 de octubre de 2001, párrafos 96/101.

72. Cfr., Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas". Cit., párrafo 142. También en CIDH, Informe N°29/01. Cit., párrafo 35.

Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷³, han informado los criterios de la Comisión para extender el alcance de la obligación de progresividad exigida por la Convención en su artículo 26⁷⁴. La interpretación adelantada por la Comisión ha tenido especialmente en cuenta la obligación de progresividad que la Convención exige en la protección de los derechos sociales⁷⁵. Así, la Comisión y los representantes de las víctimas señalaron la obligación de progresividad⁷⁶, añadiendo al test la inversión de la carga de la prueba, que requiere que el Estado justifique la medida regresiva; ello en la misma línea que lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación general No.3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)⁷⁷. La Corte hizo referencia a la misma Observación general No. 3 en su resolución pero puso énfasis en la necesidad de evaluar el desarrollo progresivo del derecho a la seguridad social y a la pensión sobre el conjunto de la población y desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre este punto⁷⁸.

73. Véase, particularmente, U.N. Doc. E/1991/23, Comité DESC, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, párrafo 9. En este comentario se establecen estándares respecto del respeto y garantía de los derechos sociales.

74. Cfr., en este sentido, los argumentos vertidos por la Comisión en Caso "Cinco Pensionistas". Cit.

75. Particularmente interesante resulta la visión del juez Piza Escalante, quien al respecto sostiene: "el principio de que los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres éstos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia". Además, Piza Escalante no encuentra una diferencia tajante entre los derechos civiles y políticos y los DESC; consecuentemente, afirma que "los principios de 'desarrollo progresivo' contenidos en el artículo 26 de la Convención, si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, deben a mi juicio entenderse aplicables a cualquiera de los derechos 'civiles y políticos' consagrados en la Convención Americana, en la medida y aspectos en que éstos no resulten razonablemente exigibles por sí mismos, y viceversa, que las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados 'derechos económicos, sociales y culturales' en la medida y aspectos en que éstos resulten razonablemente exigibles por sí mismos (como ocurre, por ejemplo, con el derecho de huelga)...". Véase Voto Separado del juez Rodolfo E. Piza Escalante, Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Cit., párrafos 3 y 6.

76. Estos últimos señalaron que la obligación de progresividad es correlativa a la prohibición de tomar medidas regresivas. Cfr. Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas". Cit., párrafo 143.

77. Cfr. Comité DESC, Observación General No. 3. Cit., en particular párrafos 9 y 10.

78. Cfr., Caso "Cinco Pensionistas". Cit., párrafos 147 y 148.

Los órganos del sistema no han explicitado suficientemente las pautas a utilizar para determinar cuáles son los derechos sociales protegidos en virtud de la Carta de la OEA (como requiere el texto mismo del artículo 26) y cuál es su alcance⁷⁹. Una de las vías posibles para dar contenido a los derechos protegidos es acudir a la interpretación de la Declaración adelantada por la Corte en la Opinión Consultiva 10, en la que afirmó que la Declaración Americana determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA⁸⁰. Esta solución es sencilla: el artículo 26 se remite a los derechos contenidos en la Carta que a su vez se plasman en la DADDH. Sin embargo, los derechos receptados en la Carta tienen menor alcance que aquellos plasmados en el instrumento basal del sistema⁸¹. Más aún, los derechos que se derivan de la Carta pueden exceder a aquéllos que estén explícitamente reconocidos como derechos en dicho instrumento.

Otra vía para dar contenido a las obligaciones sociales establecidas en el artículo 26 de la CADH es aplicar los métodos interpretativos que se han utilizado para establecer el alcance de las garantías de protección especial de los/as niños/as (artículo 19 de la CADH). El artículo 26 de la CADH, de modo similar a su artículo 19, constituye un paraguas bajo el cual se amparan una serie de derechos específicos. La Comisión y los representantes de las víctimas han tenido especialmente en cuenta las técnicas interpretativas del artículo 19 al desarrollar el alcance de la obligación de tutela progresiva de los DESC. En ese sentido, el método hermenéutico utilizado por la Corte tanto en el caso Villagrán Morales como en la Opinión Consultiva 17 exigió utilizar de manera primordial las disposiciones específicas sobre la temática: la Convención de los Derechos del Niño⁸². Así por ejemplo, en el caso Villagrán Morales, ha sostenido inequívocamente su competencia para utilizar instrumentos de carácter universal –en el caso, se refiere concretamente a la CDN– “para fijar el contenido y los alcances de la

79. Cfr., Tara Melish, cit. -particularmente, el capítulo 8. Melish distingue dos tipos de obligaciones que se derivan del artículo 26: en primer lugar, una obligación de progresividad que abarca tanto los DESC como los civiles y políticos; y en segundo lugar, una determinación de los derechos protegidos. Cfr. p. 335 y ss.

80. Cfr. Corte IDH, 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. Cit., párrafo 45. En este sentido, la Corte afirmó: “[p]ara los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta”. En este mismo sentido, Tara Melish, op. cit. Julieta Rossi y Victor Abramovich critican esta posición en su artículo “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en prensa en el: “Manual Derecho Internacional de los Derechos Humanos” Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José Antonio Guevara, Editorial Fontamara, México, 2003.

81. Cfr. Carta de la OEA; en particular, Capítulo 7.

82. En adelante, CDN.

disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”⁸³. Adicionalmente, la Corte utilizó normas de *soft law* como las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, para definir el término “niño”; respecto del principio “interés superior del niño”, para precisarlo se recurrió a la Declaración de los Derechos del Niño y a la CDN; por otra parte, al momento de definir “familia”, la Corte se hizo eco de la definición incluida en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social y a la que de ella da el Tribunal Europeo. Por lo demás, la Corte apeló a los *travaux préparatoires* de la CDN y a su preámbulo, a otros derechos consagrados en la misma Convención Americana y en otros instrumentos internacionales, a los pronunciamientos de otros órganos regionales y universales de protección (v. gr., Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos del Niño, TEDH)⁸⁴. La selección de las declaraciones y principios no vinculantes no fue azarosa sino que se hiló con obligaciones básicas que surgieron de la interpretación del tratado específico.

Esta técnica aplicada al artículo 26 permitiría integrar un sinnúmero de obligaciones internacionales de carácter social -tanto interamericanas como universales-, haciéndolas, de este modo, vinculantes por su estatus de obligación contractual. Ello requeriría, en primer lugar, definir las obligaciones sociales protegidas por la Carta. En segundo lugar, sería necesario utilizar los tratados de contenido específico para la determinación del alcance de los derechos identificados a través del primer test. Adicionalmente, los órganos del sistema podrían utilizar pautas de instrumentos no vinculantes -como pueden ser algunos de los desarrollos del Comité DESC-, a fin de nutrir la interpretación de esta norma dando mayor especificidad a los derechos protegidos.

171

Sin embargo, ¿cómo compatibilizamos ambas resoluciones del contenido y alcance de los derechos protegidos en el artículo 26 con la respuesta a la protección de los derechos sociales dada por el Protocolo de San Salvador? Aquél, que es posterior a la DADDH y la Convención Americana, ha reducido los mecanismos de supervisión, por la vía de la petición individual, a ciertos derechos⁸⁵. El interrogante que se plantea entonces es si es posible defender a través de la jurisdicción contenciosa interamericana cada uno de los derechos protegidos en el PSS por la vía artículo 26 de la Convención Americana. Sobre este aspecto la Corte se ha pronunciado en el caso Ricardo Baena y otros (v. Panamá). La Corte advirtió que si bien su competencia contenciosa se circunscribe a los derechos consagrados en la

83. Corte IDH, Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Cit., párrafo 194.

84. Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafo 38 y sigs.

85. Concretamente, al derecho a la educación y a algunos aspectos de los derechos sindicales (cfr., artículo 19, inciso 6, Protocolo de San Salvador).

Convención Americana y en otros tratados que le atribuyan tal competencia, parece proponer que por aplicación del principio de derecho internacional general “los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe (*pacta sunt servanda*) los instrumentos internacionales por ellos ratificados, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), así como de abstenerse de realizar actos contrarios al objeto y fin de dichos instrumentos, incluso desde el momento de la firma del tratado... Este último deber, consagrado en el artículo 18 de la referida Convención de Viena, se aplica al Protocolo de San Salvador. Observa la Corte, además, que dicho Protocolo inclusive le otorga competencia a este Tribunal en determinados supuestos”⁸⁶. Sin embargo, en la medida que ello ocurre sólo respecto a dos derechos protegidos en el PSS, la jurisprudencia de la Corte podría sugerir una respuesta restrictiva a la integración de los derechos amparados en el PSS por la vía del artículo 26. Una vía para compatibilizar la existencia de estos instrumentos dando una interpretación diferenciada puede ser el establecer que aquellos derechos protegidos en la Carta de la OEA que tengan un contenido amplio en el PSS pueden considerarse protegidos en su mínimo fundamental (“*core content*”) en la medida que el Estado no haya ratificado el Protocolo o no exista un mecanismo para la justiciabilidad internacional de los mismos en el PSS.

Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en la propia Convención Americana (en su preámbulo y en el artículo 29.d), siempre se podrá dar contenido a los derechos sociales protegidos a través de otros tratados de derechos humanos que se ocupan de ellos y de la interpretación de la DADDH⁸⁷. El fallo del caso Cinco Pensionistas no

86. Cfr. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafos 97 y 98.

87. De hecho la directriz hermenéutica derivada del artículo 29.d es un claro ejemplo de que la Declaración Americana no sólo es vinculante respecto de los Estados miembros de la OEA. Esta afirmación se corrobora con las conclusiones a las que la Corte arriba en la Opinión Consultiva 10: “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... Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA... La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto”. Cfr. Corte IDH, 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. Cit., párrafos 45/47.

avanzó en la determinación de los derechos incluidos y su alcance; en realidad, es posible sostener que la Corte falla restrictivamente al tratar el derecho a pensión como un derecho tutelable en virtud de la garantía de justicia del artículo 25 de la CADH y del derecho de propiedad receptado en el artículo 21 de la misma, sin hacer referencia alguna al derecho a la seguridad social consagrado por la DADDH.

Recapitulando, es posible sostener que la doctrina de la Comisión sobre el alcance del artículo 26 no está lo suficientemente desarrollada. Al respecto cabe señalar que la dirección escogida augura novedosos y prometedores enfoques que ampliarían el contenido de los derechos sociales en el ámbito interamericano; sin embargo, vale advertir que la falta de determinación respecto de la definición de los derechos que estarían abarcados por tal disposición y del principio de progresividad que deberían respetar los Estados en relación con aquéllos tiene la desventaja de generar incertidumbre respecto de su exigibilidad, así como inquietud -principalmente por parte de algunos Estados- sobre un posible activismo judicial extra-convencional. Es por ello que es preciso utilizar las herramientas disponibles de modo de no negarle un contenido específico, ser consistente con una interpretación dinámica y pro persona de la Convención, sin violentar los límites de su alcance.

Como conclusión de este acápite, deseo señalar que el esclarecimiento del valor y contenido de los derechos sociales en la Declaración Americana y del alcance del artículo 26 de la CADH influirá evidentemente en la capacidad de todos los actores del sistema de utilizar el potencial de dicho instrumento en dicha área. Desde la perspectiva del/la litigante es crucial tener en cuenta las dificultades ya señaladas en la utilización de la Declaración Americana y de la Obligación de Desarrollo Progresivo de los DESC (artículo 26). Por ello que se hace menester complementar, cuando sea posible, cualquier alegato basado en la DADH con las referencias necesarias a los artículos de las convenciones interamericanas en vigor así como sustentar los alegatos sobre violaciones a DESC vía artículo 26 con su correlato en el desarrollo de violaciones de otras disposiciones convencionales cuando ello sea posible. A continuación nos referiremos a esta última vía.

173

2. Las vías indirectas

A la luz de la jurisprudencia del sistema interamericano, la protección de los derechos sociales a través de vías indirectas es, sin lugar a dudas, una de las áreas de mayor potencial en la arena regional. La protección de los derechos sociales a través de la interpretación de los derechos consagrados en la Convención Americana y otros tratados interamericanos brinda la posibilidad de optar por una estrategia basada fundamentalmente en conceptos y derechos con los que los Estados, los órganos del sistema y los/las mismos/as representantes de las víctimas están más familiarizados. Profundizar en esta línea tiene

adicionalmente la ventaja de la experiencia y la legitimidad de desarrollos que en el mismo sentido realizara el sistema europeo⁸⁸.

A fin de ordenar las estrategias posibles en este ámbito voy a sugerir tres caminos. Una primera vía para la protección de estos derechos consiste en la interpretación comprensiva de un derecho civil y político⁸⁹; una segunda vía propone atacar la arbitrariedad de ciertas decisiones a través de violaciones a las garantías del debido proceso o falta de tutela judicial efectiva de los derechos⁹⁰; y finalmente, una tercera vía consiste en identificar actos, prácticas o políticas discriminatorias que afecten el goce de un derecho social⁹¹.

88. Véase, por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH sobre obligaciones positivas para la protección del derecho a la vida, el derecho a la privacidad y el derecho de acceso a la justicia. Entre otros, *Case of Airey (v. Ireland)*, Judgment of 11 September 1979, párrafo 26; *Case López Ostra (v. Spain)*, Judgment of 23 November 1994, párrafo 51; *Case Aksoy (v. Turkey)*, Judgment of 28 November 1996, párrafo 98.

89. En este sentido, la Corte ha señalado en el caso *Villagrán Morales* que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. Cfr., *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*. Cit., párrafo 144. Por su parte, el Comité DESC tiene dicho que “[e]l derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos... en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación” [...] “El derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano” (Comité DESC, Observación general N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)”. Cit., párrafos 3° y 4°).

90. En el caso *Baena*, la Corte protegió el derecho al trabajo y otros derechos sociales a través de la tutela consagrada en los artículos 8 y 25 de la Convención. Así, sostuvo: “[n]o escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana”. Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros*. Cit., párrafo 134. También cabe mencionar el criterio de la Corte en el caso de *Cinco Pensionistas*. En dicho precedente, entendió que la no ejecución por parte del Estado de una sentencia favorable a las víctimas suponía incurrir en violaciones al derecho de propiedad y a la protección judicial. Cfr. *Caso “Cinco Pensionistas”*. Cit., párrafo 138.

91. CIDH, Informe N°4/01, cit. En este caso se protegió los derechos de la peticionaria a igual protección, al respeto por su vida familiar y al respeto por su vida privada establecidos en los artículos 24, 17 y 11, CADH, respectivamente.

a. Interpretación comprensiva de los derechos civiles y políticos

La interpretación comprensiva de los derechos civiles y políticos de modo de integrar la tutela de derechos sociales es una de las técnicas más promisorias de desarrollo de los DESC. Como sostuvimos más arriba, ésta cuenta con desarrollos similares en el sistema europeo. La generosidad de los criterios de interpretación de los derechos, establecidos en la Convención Americana y desarrollados en la práctica de los órganos convencionales facilita la utilización de esta técnica comprensiva. Así, en primer lugar, la utilización generosa del principio *pro personae* (o *pro homine*); en segundo lugar, la integración de normas de carácter universal e interamericano (tratados y *soft law*) en la interpretación de los derechos protegidos, tal como lo hemos desarrollado en el acápite anterior; y en tercer lugar, el desarrollo respecto de la exigibilidad de obligaciones positivas para satisfacer los derechos civiles y políticos.

El principio *pro personae*, que alude a la regla de la aplicación de la cláusula más favorable para el individuo⁹², establece que “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. [...] Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos”⁹³. Adicionalmente, este principio hermenéutico se alimenta de la práctica de los órganos del sistema que han recurrido en varias oportunidades a otros tratados e instrumentos interamericanos e internacionales a fin de interpretar las obligaciones del Estado. Esto ha permitido la judicialización, en el ámbito interamericano, de derechos

175

92. Esta cláusula se incluye en la mayoría de los tratados sobre derechos humanos (artículo 5º, PIDCP; artículo 5º, PIDESC; artículo 1.1, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; artículo 41, CDN). Particularmente en la Convención Americana, se encuentra en el artículo 29.

93. Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

reconocidos de manera más específica en el ámbito interamericano y universal⁹⁴. Como lo señalamos en el capítulo anterior, no obstante que esta técnica interpretativa tiene ventajas considerables, debe reconocerse que también presenta ciertas limitaciones.

Asimismo, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas han desarrollado, en algunas áreas temáticas, las obligaciones positivas que se derivan de los derechos protegidos en el sistema interamericano⁹⁵. Así, en un fallo reciente la Corte sostuvo que “los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción”⁹⁶; ello comprende desde organizar el aparato gubernamental⁹⁷ hasta emitir leyes⁹⁸, remover obstáculos⁹⁹ e investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos protegidos¹⁰⁰. Ambos órganos, han realizado un análisis comprensivo de algunos de los derechos protegidos en la Convención invocando la obligación de garantía; en ocasiones, haciendo referencia explícita a la jurisprudencia europea en el mismo sentido¹⁰¹. Sin embargo, ni la Comisión ni la Corte han sido completamente consistentes en el desarrollo de los derechos, los criterios de interpretación a utilizar y la aplicación de las obligaciones positivas. Así, dadas las circunstancias fácticas, las alegaciones de las partes y la doctrina del sistema, la mayor parte de los derechos protegidos han sido interpretados usualmente a partir las obligaciones negativas (de omitir

-
94. Corte IDH, Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Cit., párrafos 192/195. Véase, asimismo, en El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Cit., párrafo 114.
95. A modo de ejemplo, véanse CIDH, Informe N°100/01. Cit., párrafo 90; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafo 87, 88 y 91.
96. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Cit., párrafo 49.
97. Cfr. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 26 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166.
98. Cfr. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Cit., párrafo 138. Véase también Caso Caracazo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95.
99. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Cit., párrafo 49.
100. Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 201. Allí la Corte sostuvo que la víctima o sus familiares tienen derecho “a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. Por otra parte, entendió el derecho a la verdad como una “obligación positiva -que recae sobre el Estado- de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos” (Corte IDH, Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafo 45).
101. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafos 87/91.

conductas) que se derivan de los mismos¹⁰². Debe advertirse, sin embargo, un interesante paso dado por la Corte en el caso Cinco Pensionistas en el que establece la violación al artículo 2 de la Convención Americana por parte del Estado peruano por no haber dispuesto por un largo período de tiempo las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los órganos jurisdiccionales y de este modo hacer efectivos los derechos de las víctimas a la protección judicial y a la propiedad¹⁰³.

A fin de ilustrar la interpretación comprensiva de los derechos y su potencial, realizaré un desarrollo sucinto de la doctrina que ha emanado de los órganos interamericanos en relación con el derecho a la vida, en ese sentido¹⁰⁴; a continuación me referiré a la jurisprudencia europea que respalda esta estrategia de interpretación. Por último, expondré algunos de los casos pendientes en el sistema interamericano que esgrimen dicha técnica.

En el sistema interamericano, el derecho a la vida, tal como lo han interpretado tanto la CIDH como la Corte, exige cierta garantía respecto de la salud de las personas. Un caso paradigmático del tratamiento de las obligaciones positivas del Estado para la protección del derecho a la vida ante la CIDH es el de Víctor Rosario Congo (v. Ecuador). Aquí la Comisión sostiene que mantener a una persona bajo custodia enferma y sin tratamiento médico constituye una violación del derecho a la integridad personal, y que la omisión de brindarle las medidas necesarias de acuerdo a las características de la persona -en el caso concreto, asistencia médica, cuidados vitales y asistencia psicológica- infringe los derechos a la salud y la vida¹⁰⁵. Al establecer la

177

102. Así, por ejemplo, en la reciente decisión en el caso de Las Palmeras (v. Colombia), la Corte estimó que si bien se atentó contra el derecho a la vida de las víctimas por acciones de los agentes estatales, no se entendió que en el caso el derecho de aquéllas haya sido afectado por la falta de investigación para dilucidar la autoría de los crímenes. De este modo, no hizo lugar al planteo de la Comisión que sostenía que “el hecho mismo de no haberse efectuado una investigación profunda, efectiva e imparcial de los hechos, según lo establecido en distintos artículos de la Convención Americana, viola la obligación afirmativa del Estado de asegurar y proteger el derecho a la vida. Ello en virtud de que la protección de este derecho no se limita únicamente al momento de la fatalidad, sino que el Estado debe proveer un procedimiento ex post facto para establecer que los hechos que rodean un asesinato perpetrado por sus agentes no han sido cometidos por los mismos”. Corte IDH, Caso “Las Palmeras”. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párrafo 42.

103. Cfr., Caso “Cinco Pensionistas”. Cit., párrafo 167.

104. Este desarrollo no pretende agotar el alcance de ambos derechos sino sólo utilizar algunos casos ejemplares para ilustrar la técnica utilizada por los órganos convencionales. Esta interpretación comprensiva ha sido también aplicada a otros derechos protegidos convencionalmente como la protección integral de la niñez, la integridad física y la propiedad. Véanse en ese sentido, CIDH, Informe N°63/99. Cit.; Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Cit.

105. Cfr. CIDH, Informe N°63/99. Cit., párrafos 65, 68 y 73 a 84.

responsabilidad del Estado, la CIDH se refiere de manera expresa a la violación del derecho a la vida; no así al derecho a la salud¹⁰⁶. Otro caso interesante es el de los yanomami (v. Brasil); en éste la Comisión establece la violación del derecho a la vida de los yanomami por la falta de adopción de medidas oportunas y eficaces de garantía de sus derechos (violación al derecho a la vida por omisión) y, a modo de reparación, establece que el Estado debe adoptar medidas de carácter sanitario preventivo y curativo, a fin de proteger la vida y la salud de los yanomami; además, se dispone que para asegurar el derecho de propiedad de los aborígenes el Estado debe delimitar el territorio sobre el que aquéllos pueden ejercer libremente su derecho. También establece una obligación según la cual las medidas educativas, de protección médica y de “integración social” (sic) sean llevadas a cabo en consulta con la comunidad.¹⁰⁷

Por su parte, la Honorable Corte ha tratado el derecho a la vida de manera amplia recientemente, al interpretarlo a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, como comprensivo del derecho a una vida digna, a la salud y a la educación. A fin de profundizar el contenido del derecho a una vida digna, desde una visión integral de los derechos humanos, la Corte hizo uso de la normativa universal: la CDN, los principios consagrados en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994), la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) y la Declaración de los Derechos del Niño (1959). A partir de ellos concluye que: “la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medias de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños”; en ese mismo sentido falló la Corte en el caso Villagrán Morales (v. Guatemala)¹⁰⁸.

Estas interpretaciones comprensivas del derecho a la vida se nutren de la doctrina de las obligaciones positivas donde la infracción de agentes estatales se da por la omisión de actuar en amparo de los derechos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo es prolífica en el desarrollo de esta área; ella se ha desarrollado en relación con todos los derechos protegidos en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades

106. Cfr. CIDH, Informe N°63/99. Cit., párrafo 84. En contraste con la doctrina de este caso, en la decisión sobre la admisibilidad del caso Odir Miranda (v. El Salvador), la CIDH difirió la discusión del asunto a la decisión sobre el fondo. Cfr. CIDH, Informe N°29/01. Cit., párrafo 46.

107. Cfr. CIDH, Resolución N°12/85. Cit., puntos primero y tercero del resolutorio.

108. Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafo 86. En el mismo sentido, véanse párrafos 144/145 de Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Cit.

Fundamentales¹⁰⁹, tanto respecto de las obligaciones de regulación de las relaciones entre particulares como entre éstos y los actores estatales¹¹⁰. Su alcance varía teniendo en cuenta una serie de criterios que comprenden: el modo en el que está regulado el derecho, la práctica del Estado en situaciones similares, las prácticas en otros países europeos, los cambios científicos y de costumbres y actitudes en los países, etc.¹¹¹. Por ejemplo, en el caso LCB (v. Reino Unido) se determinó la violación al derecho a la vida por la afectación del medio ambiente¹¹²; en el caso de X e Y (v. Países Bajos) se estableció la responsabilidad del Estado por la falta de una legislación adecuada que permita proteger la integridad física y psicológica de una mujer violada¹¹³. Por otra parte, en el caso de López Ostra (v. España), el Tribunal Europeo estableció una violación a la vida privada por el riesgo a la salud; esta interferencia en la vida privada de los peticionarios se imputó al Estado por el hecho de que no tomó los pasos oportunos y efectivos para fiscalizar y, en caso necesario, clausurar una planta de tratamiento de basura que operaba de manera ilegal en el territorio español¹¹⁴. En el caso de Mentés (v. Turquía), por su parte, el Tribunal estableció una violación al derecho a la vida privada por la destrucción de las casas de las víctimas¹¹⁵.

A partir de estos casos ejemplificadores podemos advertir cómo el desarrollo de la obligación de garantía y las técnicas de interpretación establecidas convencionalmente respecto de los derechos protegidos en los tratados interamericanos brindan un importante espacio para incluir y amparar los derechos sociales. En una serie de casos pendientes actualmente ante la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, varios/as defensores/as de derechos humanos y ONGs hemos utilizado como estrategia la de litigar de manera integral violaciones a los derechos civiles y a los derechos sociales. A continuación enumeraré algunos de aquellos casos.

179

En el caso A. y otros (v. Chile), se trata la falta oportuna de acceso al tratamiento médico del VIH/SIDA como una violación al derecho a la

109. En adelante, Convenio Europeo o CEDH.

110. Para un análisis pormenorizado, véase Simor and Emmerson, *Human Rights Practice*, Sweet and Maxwell, Londres, 2001, p. 1015.

111. Para una exposición de los casos en que el TEDH ha aplicado estos criterios, véase Simor and Emmerson, *Human Rights Practice*, cit., p. 1011.

112. Cfr. TEDH, *Case of L. C. B. (v. United Kingdom)*, Judgment of 9 June 1998.

113. Cfr. TEDH, *Case of X and Y (v. The Netherlands)*, Judgment of 26 March 1985; en particular, párrafos 23, 27 y 30.

114. Cfr. TEDH, *Case of López Ostra (v. España)*. Cit., párrafos 54/58.

115. Cfr. TEDH, *Case of Mentés and Others (v. Turkey)*, Judgment of 28 November 1997, párrafos 73, 89, 90 y 93.

vida y a la igualdad ante la ley. El caso M.A.P. (v. Bolivia) -que versa sobre una violación sexual-, el tratamiento médico psiquiátrico inadecuado dispensado a la víctima y las violaciones a las garantías del debido proceso, entre otras, se alegan como violaciones a la integridad personal, a la igualdad ante la ley, a las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Otro caso interesante es el de José Pereira, que trata el sometimiento de la víctima al trabajo esclavo y el grave daño a la integridad que sufrió aquél en ocasión de su fuga. Los derechos reclamados son la protección especial debida a los niños, la integridad personal y las garantías judiciales. Uno de los objetivos centrales del caso es, junto con la reparación individual de la víctima, lograr cambios en la legislación y la política brasilera para enfrentar el flagelo del trabajo esclavo. En Marina M. y en Mamérita M. -ambos versus Perú-, se trata respectivamente de la violación sexual y de la esterilización forzada de dos mujeres indígenas peruanas. Estos hechos han sido alegados como violaciones a una serie de derechos civiles y políticos -como la integridad, la vida, las garantías del debido proceso y la tutela efectiva-, y las respectivas presentaciones incluyen en su trámite la solicitud de reparar las violaciones a través de cambios importantes en las políticas de salud a nivel legislativo y de diseño e implementación de políticas públicas.

b. Debido proceso y tutela efectiva de los derechos protegidos

b.1. Las garantías del debido proceso

Las garantías del debido proceso constituyen límites que impone el derecho a la discrecionalidad y arbitrariedad de los órganos del Estado -particularmente, a la administración de justicia-, en el ámbito de un proceso. El sistema interamericano reconoce estas garantías de modo expreso primordialmente en el artículo 8º de la Convención Americana, que señala que:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

- b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Al interpretar este artículo, la Corte Interamericana ha establecido que tanto el artículo 8° como el artículo 25 de la CADH, protegen de manera genérica el acceso a la justicia¹¹⁶. Respecto al alcance de las obligaciones que surgen del artículo 8°, la Corte ha afirmado que las garantías del debido proceso comprenden todo tipo de proceso judicial; esto es, no sólo en el proceso penal sino también en aquellos de carácter laboral, previsional, administrativo, etc.

181

Además, la Corte ha extendido el reconocimiento de tales garantías a los procedimientos de carácter administrativo¹¹⁷. Sin duda, las garantías reconocidas en el artículo 8° de la CADH son indispensables para la tutela efectiva y oportuna de derechos fundamentales -tales como la salud, la educación y el trabajo-, que en ocasiones exigen un reclamo de carácter administrativo previo. Así, en el caso Baena, la Corte Interamericana ha sostenido que las garantías del debido proceso son

116. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Cit., párrafos 50 y 52.

117. El reconocimiento de la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en este tipo de procesos ha permitido un avance respecto a su par europeo. Ello en tanto el Tribunal Europeo permite la aplicación de un rango más restringido de garantías en la medida que se provea un remedio judicial a los derechos protegidos.

aquellos requisitos necesarios en una instancia procesal a fin de que las personas puedan defender sus derechos frente a cualquier tipo de acto del Estado que las afecte. Esto incluye cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un procedimiento administrativo o disciplinario o en cualquier proceso jurisdiccional¹¹⁸. Dado el objeto del litigio, en el caso en cuestión la Corte fue enfática en señalar que: “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”¹¹⁹.

Adicionalmente, la Corte ha extendido el alcance de las garantías del debido proceso a los procesos que no son de carácter penal -como por ejemplo el proceso laboral, contencioso-administrativo, civil-, estableciendo que éstas van más allá de aquel elenco de garantías mínimas establecidas en el inciso primero del artículo (esto es, la garantía de independencia y de imparcialidad del tribunal, el derecho a ser oído sin demora, etc.) y que comprenden, asimismo, a las garantías establecidas en el numeral 2 del mismo artículo –como por ejemplo, el derecho de defensa¹²⁰. Específicamente, respecto del proceso laboral, la Corte ha advertido acerca del amplio margen de discrecionalidad que el derecho laboral comparado asigna a la regulación de la función pública. Así, sin desconocer cierta discrecionalidad para remover personal por necesidades del servicio¹²¹, también ha extendido la

182

118. “Si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal [...]. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafos 124/125. En el mismo sentido en Caso Ivcher Bronstein. Cit., párrafo 103.

119. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 127.

120. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 125.

121. En este sentido sostuvo: “al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso”. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 131.

protección de las garantías del debido proceso a los procesos o procedimientos laborales. En este sentido, la Corte ha sostenido que “en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”¹²².

Asimismo, en el ámbito laboral fue crucial para la protección de los derechos de este carácter que la Corte haya establecido la aplicabilidad de las garantías del debido proceso a los procedimientos de carácter disciplinario. En este sentido, la Corte, con cita de precedentes europeos, afirmó: “la justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”¹²³.

Entre los requisitos con los que debe contar un proceso para ser compatible con la Convención se destacan el “derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...”¹²⁴.

183

Respecto de la garantía de imparcialidad e independencia de los magistrados, podemos afirmar que ésta se menoscaba cuando el órgano decisor se encuentra de alguna manera comprometido con los intereses de las partes en la controversia, circunstancia que indica la falta de objetividad necesaria de aquél frente a ésta. Su tratamiento, especialmente en el marco de denuncias sobre violaciones al juicio justo

122. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 126.

123. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 129. Los precedentes citados que abonan dicha afirmación son los siguientes: TEDH, Case of Campbell and Fell (v. United Kingdom), Judgment of 28 June 1984, párrafo 68; Case of Deweer (v. Belgium), Judgment of 27 February 1980, párrafo 49; y Case of Engel and others (v. The Netherlands), Judgment of 8 June 1976, párrafo 82.

124. Corte IDH, Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párrafo 74. En este mismo sentido, en Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 137.

y al acceso a la justicia, es profuso tanto en el sistema europeo como interamericano. En este sentido, la jurisprudencia del tribunal ha tratado tanto de limitar la parcialidad y la falta de independencia como la misma apariencia de parcialidad, porque como sostiene el adagio inglés: *"Justice must not only be done"*¹²⁵. *It must also be seen to be done*". La Corte ha afirmado que "[l]os recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos"¹²⁶. La falta de independencia funcional, la parcialidad subjetiva u objetiva, el quiebre del principio de juez natural afectan estas garantías. Por lo demás, estas herramientas son fundamentales para la protección y defensa de todos los derechos, y en virtud de la arquitectura institucional de protección de algunos derechos sociales tienen especial relevancia en su tutela¹²⁷. A modo de ejemplo del impacto de esta garantía en la protección de los derechos sociales podemos señalar la falta de independencia del proceso de revisión judicial de las elecciones sindicales en el derecho mexicano¹²⁸.

Por otra parte, la demora injustificada en la determinación de los derechos sociales ha sido una de las armas utilizadas por la jurisprudencia europea en su defensa. Es preciso hacer notar que la Corte Interamericana ha entendido que constituye un supuesto de violación a la tutela de los derechos, en el marco del análisis del artículo 8º, la demora injustificada en la decisión de una controversia¹²⁹. Así, pues, estableció que "los recursos... resultarán ilusorios e inefectivos, si durante la tramitación de éstos se incurre en un retardo injustificado de la decisión"¹³⁰. Por lo demás, para determinar la razonabilidad del plazo

184

125. TEDH, Case of Delcourt v. Belgium, Judgement of 17 January 1970, párrafo 31.

126. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Cit., párrafo 137.

127. Véase, particularmente, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; Caso Bámaca Velásquez. Cit.; Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 65.

128. A modo de ejemplo, podemos mencionar los últimos procesos de elección de la representación sindical, que han sido seriamente cuestionados por algunas agrupaciones -como el Centro de Reflexión y Acción Laboral (CEREAL)- que denunciaron el fenómeno de los "sindicatos de membrete" (es decir, desconocidos por sus propios afiliados), como resultado de los acuerdos entre los líderes sindicales, los empresarios y las autoridades del trabajo, que contaron con la venia del Poder Judicial.

129. En el mismo se ha pronunciado la Comisión. Véase CIDH, Informe N°43/96, "General Gallardo, José Francisco", del 15 de octubre de 1996, párrafo 53.

130. Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 93. En este mismo sentido, en caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Cit., párrafo 134.

de un proceso, con cita en su par europeo, estableció como criterios a considerar a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales¹³¹. Por otra parte, la razonabilidad del plazo de duración del proceso, por su vínculo con la naturaleza del objeto del litigio, debe ser considerada en relación con los derechos que se encuentran en juego; particularmente, los derechos que a nivel local tienen carácter alimentario (como las pensiones), así como con otros derechos que tienen un fuerte impacto sobre la salud o la calidad de vida de las personas (como el acceso a medicinas o un tratamiento médico, el cese de emisiones contaminantes, etc.). Un ejemplo de acciones en este sentido es el caso resuelto por el Tribunal Europeo en el que se sostuvo que un período de tiempo de más de dos años para resolver la compensación de un hemofílico contaminado de SIDA en un hospital del estado violaba la garantía de tener un juicio justo en un tiempo razonable¹³².

b.2. La tutela efectiva de los derechos

El sistema interamericano ha puesto especial énfasis en el deber de tutela efectiva de los derechos humanos, para la protección de aquellos derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico tanto interno como internacional, así como el establecimiento de procedimientos sumarios para la protección de los derechos fundamentales. De este modo, el artículo 25 de la Convención señala que:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la [...] Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Parte se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

131. Cfr., entre otros, Corte IDH, Caso Genie Lacayo. Cit., párrafo 77.

132. Cfr. TEDH, Case of X v. France, Judgment of 31 March 1992, párrafos 47/49.

La garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos es crucial en cada una de las áreas temáticas de interés del sistema interamericano. Respecto de los derechos sociales es fundamental en la medida que garantiza el acceso a la justicia para la protección de todos los derechos reconocidos a nivel convencional, constitucional o legal. De este modo permite la judicialización a nivel internacional de derechos protegidos a nivel interno exclusivamente¹³³; así, se incluyen derechos que no están previstos en tratados que atribuyan competencia a los órganos interamericanos para la defensa de los mismos (por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano).

La garantía de tutela judicial requiere el establecimiento de recursos que protejan los derechos sociales. Así, exige que exista un medio de reclamo judicial a nivel local para la tutela del derecho en cuestión. Por lo demás, es pivotal para la protección de ciertos derechos de carácter alimentario y de todos aquéllos que requieren una decisión expedita del órgano competente. A modo de ejemplo, podemos mencionar el pago de las pensiones y de las deudas laborales, el acceso a la insulina para un diabético o a la triterapia en determinadas etapas del tratamiento médico del VIH/Sida, etc.

También es de vital importancia para garantizar la efectiva tutela de los derechos sociales (no sólo en la determinación judicial de aquéllos sino también en la ejecución de las sentencias que en consecuencia se dicten). Ello cobra relevancia a la luz de la generalizada falta de ejecución de las sentencias que tutelan derechos laborales, pensionarios o relativos a la salud, por parte de los órganos administradores de la región¹³⁴. Ésta se debe en gran medida a los límites que los mismos ordenamientos jurídicos prevén para hacer efectiva la responsabilidad del Estado en ciertos procesos, convirtiéndose de tal manera dichas normas en un obstáculo para la vigencia real de los derechos amparados¹³⁵.

133. Cfr. Corte IDH, entre otros, Caso Cantos. Cit., párrafo 52; y Caso del Tribunal Constitucional. Cit., párrafo 89.

134. Tal circunstancia resulta ostensible en el litigio ante el sistema interamericano, pues en muchos casos luego de una resolución favorable a los peticionarios aquélla no es cumplida por el Estado vencido. Uno de los ejemplos paradigmáticos está dado por el incumplimiento sistemático de resoluciones de los órganos interamericanos por parte del Gobierno de Fujimori, en el Perú; a mayor abundamiento, véanse en Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros. Cumplimiento de sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 59; y Caso Loayza Tamayo. Cumplimiento de sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 60.

135. Véase, Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, donde los autores explican algunas de las diferencias en la ejecución de sentencias contra el Estado (p. 130).

A partir de la primera década de funcionamiento, la Honorable Corte desarrolló la doctrina de la tutela, en la que se advierte sobre la importancia de la existencia de recursos efectivos contra las violaciones a los derechos protegidos en la Convención¹³⁶. En la Opinión Consultiva 9, por ejemplo, se señala que “el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Igualmente, este artículo en términos amplios la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas la personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”¹³⁷. Además, en dicha opinión consultiva se afirma que “[e]l artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos... según la Convención: los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos”¹³⁸.

En su jurisprudencia posterior, la Corte ha reafirmado una y otra vez esta garantía de efectividad respecto de los recursos judiciales sosteniendo que la disposición de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes es uno de los elementos fundantes del Estado de derecho¹³⁹. Así concluyó que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos sociales reconocidos por la Convención constituyen una transgresión a ésta¹⁴⁰. Por lo demás, la Comisión ha limitado la capacidad del Estado de invocar la llamada

187

136. Cfr. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párrafo 90; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párrafo 90; Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párrafo 92; Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 24. Corte.

137. IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 23.

138. Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 24.

139. Cfr. Corte IDH, Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrafo 82; Caso Castillo Petrucci y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrafo 184; Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrafo 164; Caso Cantos. Cit., párrafo 52.

140. Cfr. Corte, Caso Ivcher Bronstein. Cit., párrafo 136.

doctrina de las cuestiones políticas no justiciables a fin de excluir la justiciabilidad de un derecho¹⁴¹. Asimismo, la Corte ha reafirmado que si el recurso no es eficaz, pese a estar previsto en el ordenamiento legal e incluso poder reclamar ante la justicia, igualmente se transgrede la obligación de tutela establecida en el artículo 25 de la Convención Americana. En el caso *Durand y Ugarte* (v. Perú), por ejemplo, se entendió que si bien la legislación peruana preveía el instituto del Habeas Corpus -es decir, existía un recurso idóneo para esclarecer la desaparición de una persona-, en la práctica dicho recurso no era efectivo debido a los obstáculos colocados por parte del Estado¹⁴². En este mismo sentido ha fallado en otros casos en los que se presentaban circunstancias fácticas similares:

“no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. Este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión”.¹⁴³

188

Una de las circunstancias que pueden convertir un recurso en ilusorio es ilustrada en el caso de *Cinco Pensionistas*. Allí la Corte ha afirmado que la falta de ejecución de las sentencias constituye una violación de la Convención Americana. Así, este Honorable Tribunal sostuvo que se perpetraba una violación al artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los afectados, al no haberse ejecutado las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de

141. Cfr. CIDH, Informe N° 30/97, “Gustavo Carranza”, caso 10.087. del 30 de septiembre de 1997, párrafo 54 y ssgtes. Citado en Tara Melish, cit.

142. Cfr. Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrafo 100. En igual sentido, véase en *Caso Castillo Páez*. Cit., párrafo 84.

143. Cfr. Corte IDH, *Caso Las Palmeras*. Cit., párrafo 58; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Cit., párrafos 111/113; *Caso del Tribunal Constitucional*. Cit., párrafo 90; *Caso Bámaca Velásquez*. Cit., párrafo 191; *Caso Cesti Hurtado*. Cit., párrafo 125; *Caso Paniagua y otros*. Cit., párrafo 164; *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párrafo 63; *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrafo 66; y *Caso Velásquez Rodríguez*. Cit., párrafo 63.

Justicia del Perú sino después de casi ocho años de dictadas éstas¹⁴⁴. También puede ser ineficaz un recurso por habersele impedido al presunto afectado el acceso a la justicia¹⁴⁵. En el caso Ivcher Bronstein (v. Perú), por ejemplo, la Corte advierte cómo la obstaculización a través de denuncias penales contra la presunta víctima puede constituir un cuadro de persecución y denegación de justicia¹⁴⁶. Otro impedimento práctico puede ser el establecimiento obligatorio de una tasa de justicia elevada en su monto, tal como se advirtió en el caso Cantos (v. Argentina)¹⁴⁷.

Por otra parte, tal efectividad puede variar en situaciones especiales o respecto de determinados colectivos. En este orden de ideas, podemos señalar una interesante vinculación entre la tutela efectiva de los derechos y el capítulo siguiente relativo a la no discriminación. El acceso a la justicia y la efectiva administración de justicia respecto de algunos colectivos (v. gr., los/as niños/as, los/as extranjeros/as) o en algunas situaciones (v. gr., respecto de personas carentes de recursos), exigen adecuar la respuesta procesal. A este respecto, resulta oportuno traer a colación las consideraciones expuestas por la Corte en su Opinión Consultiva 16; allí se afirmó que “para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas etapas del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”¹⁴⁸.

189

A mayor abundamiento, la Corte, en su Opinión Consultiva 11, exceptuó del agotamiento de los recursos internos a aquellas personas con escasos recursos. En este sentido se entendió que si la persona que llega ante los tribunales no posee los recursos económicos suficientes para ser asistida técnicamente por un letrado y esta circunstancia impide la defensa efectiva de sus intereses, ello resulta violatorio del artículo 8º,

144. Cfr. Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas”. Cit., párrafo 141.

145. Cfr. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Cit., 137.

146. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Cit., párrafo 141.

147. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Cit., párrafo 54.

148. Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Cit., párrafo 119.

CADH, y es aplicable la excepción prevista en su artículo 46.2. En palabras de la Corte: “si un individuo requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos. Este es el sentido que tiene el artículo 46.2¹⁴⁹, leído a la luz de las disposiciones de los artículos 1.1, 24 y 8”¹⁵⁰. En esa misma línea, años antes se pronunció el Tribunal Europeo en el conocido caso “Airey”.

Asimismo, una buena parte de las decisiones del sistema interamericano sobre tutela efectiva de los derechos exige una respuesta rápida y un recurso sencillo para la protección de los derechos fundamentales, características que se encuentran previstas en algunas legislaciones en los institutos del amparo y del Habeas Corpus¹⁵¹. Así, por ejemplo, en el caso en el caso Castillo Petruzzi y otros, la Corte reiteró:

“el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención [...] El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes”¹⁵².

190

Tal como se desprende de los textos citados, existen numerosas situaciones que pueden acarrear como consecuencia la ineficacia de un recurso: desde la imprevisión del mismo por la ley, su inutilidad en la práctica por la falta de acceso a la justicia (por ejemplo, por cuestiones económicas o por coacción), la falta de procesamiento en tiempo oportuno, la falta de ejecución de la sentencia, entre otras.

149. Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párrafos 26/27.

150. Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 31.

151. Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros. Cit., párrafo 184. En igual sentido se ha pronunciado en Caso Castillo Páez. Cit., 82/83; Caso Suárez Rosero. Cit., párrafo 65; Caso Paniagua Morales y otros. Cit., párrafo 164; Caso Blake. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párrafo 102.

152. Véase, entre otros, caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes “Lakha Honat” (v. Argentina), caso Tupinikim Guaraní (v. Brasil); caso Yakey Axsá (v. Paraguay); caso Yanomami (v. Venezuela).

Por lo demás, la importancia de estas garantías para la defensa de los derechos sociales ha sido demostrada a través de los casos incluidos en este y en el anterior acápite. A mayor abundamiento, una serie de casos pendientes de resolución han utilizado la alegación de la violación de dichas garantías como estrategia de defensa en temas fundamentales para la región.

Así, en numerosos casos relativos a reclamos territoriales de pueblos indígenas se han alegado principalmente violaciones a las garantías judiciales, al debido proceso, al derecho de residencia, al derecho a la privacidad y, en ocasiones, al derecho a la integridad personal, a la vida y a la propiedad. También se invocaron derechos tales como los beneficios de la cultura y el derecho a la salud y al bienestar. CEJIL, por su parte, ha alegado violaciones no sólo a la CADH y a la DADDH, sino también a la Carta Americana de Garantías Sociales y el PIDCP, entre otros¹⁵³. Adicionalmente, una serie de casos pendientes plantea el alcance del derecho a la tutela efectiva de los derechos respecto de personas que viven con VIH-SIDA¹⁵⁴; otros casos plantean graves violaciones a las garantías del debido proceso en las reducciones de pensiones y jubilaciones, etc.¹⁵⁵

c. El principio de igualdad y no discriminación

Otra de las estrategias fundamentales para la protección de los derechos sociales en el sistema interamericano consiste en apelar al principio de no discriminación y a la igualdad ante la ley. Ello es así en tanto aquéllos exigen consistencia en el diseño y aplicación de políticas de carácter social, económico o cultural; requieren que las leyes no tengan directa o indirectamente (por ejemplo, a través de su impacto) un sesgo discriminatorio; así como también imponen límites a las acciones y omisiones de los órganos de la administración de justicia. Y en un continente caracterizado por la desigualdad -que se manifiesta en numerosas ocasiones en diversas formas de discriminación-, la vigencia del principio de no discriminación¹⁵⁶ es crucial para la efectiva protección los derechos sociales.

191

153. Véase, entre otros, caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes "Lakha Honat" (v. Argentina); caso Tupinikim Guaraní (v. Brasil); caso Yakey Axsá (v. Paraguay); caso Yanomami (v. Venezuela).

154. En este sentido, la Comisión hizo lugar a las medidas cautelares solicitadas por personas portadoras del virus del HIV y, consecuentemente, requirió a los gobiernos de Chile y Guatemala la provisión de la medicación y el tratamiento médico necesarios para la supervivencia de los peticionarios (cfr. CIDH, "Medidas Cautelares", años 2001 y 2002).

155. Véanse, por ejemplo, en la Comisión en Informe N° 03/01. Cit.; y en la Corte, Caso "Cinco Pensionistas". Cit.

156. En efecto, como observamos al principio de este trabajo, América Latina ha sido señalada por diversos estudios como uno de los continentes con mayor desigualdad en el mundo.

Uno de los mayores obstáculos para garantizar el goce de los derechos sociales lo constituye la distancia entre las leyes que consagran los derechos y la práctica; y que ello ocurre en ocasiones por políticas o prácticas de órganos tanto públicos como privados que actúan de manera discriminatoria. En particular, las mujeres, los pueblos indígenas y los afro-descendientes, y los pobres, entre otros, se ven especialmente perjudicados por lo que se ha dado en llamar la discriminación por impacto diferencial o discriminación indirecta. Ésta ocurre cuando una norma, acto, política o práctica que es aparentemente neutral afecta perjudicialmente a una persona o grupo de personas¹⁵⁷.

El principio de igualdad es uno de los pilares del Estado de derecho y de los derechos humanos. Éste está ligado a la noción más básica de justicia y dignidad, y es presupuesto de la organización política y social democrática. Más aún, la noción de igualdad está estrechamente vinculada al reconocimiento intrínseco de la dignidad humana y de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha afirmado que la noción de igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona; aquél exige la protección no discriminatoria de todos los derechos fundamentales de las personas¹⁵⁸. Del principio de igualdad se deriva una serie de normas, tanto consuetudinarias como convencionales, que han sido receptadas por algunos tratados interamericanos que prohíben la discriminación.

192 Una buena parte de los tratados interamericanos de derechos humanos prevé [de] una cláusula de no discriminación. Estas cláusulas plasman el compromiso de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en las distintas convenciones "sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones

157. En el caso de la discriminación racial, la Directiva Europea sobre Igualdad de Raza (Race Equality Directive), 2000/43/EC, define a la discriminación indirecta como aquella que se da "where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary" (Cfr., art.2.2.b). Citado en James Goldstein, *European Law: New Possibilities in the Fight against Discrimination*, Mimeo (facilitado por Marianne Meier-Wang). El Tribunal Europeo, por su parte, ha desarrollado este concepto de modo restrictivo. En este sentido, véase voto disidente del juez Pettiti en el caso Buckley (v. United Kingdom) (1996) y el caso Thlimmenos (v. Grece) (2000), y el caso Chapman (v. United Kingdom) (2001). Si bien el marco normativo interamericano no recepta de manera expresa la protección contra la discriminación indirecta que plasma, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), nada impide extender la protección contra la discriminación en este sentido.

158. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Cit., párrafo 55.

políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁵⁹. Por su parte, la Convención de Belém do Pará, instrumento cuyo objetivo principal es erradicar la violencia contra las mujeres, también contiene una cláusula de no discriminación en la que se manifiesta que la discriminación es un tipo de violencia contra las mujeres¹⁶⁰. Más aún dicha Convención reconoce explícitamente que la diferencia en las relaciones de poder entre los géneros se ha mantenido históricamente¹⁶¹. Adicionalmente, la Declaración Americana, la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, consagran el derecho de igualdad ante la ley. En este sentido, el texto de la Convención Americana prescribe: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”¹⁶². De esta manera, al comprender la garantía de igualdad ante la ley, el marco normativo del sistema interamericano, extiende la protección de la igualdad más allá de los derechos protegidos en las convenciones interamericanas para garantizar el trato igual de manera amplia en el ámbito interno; a diferencia del sistema europeo que prevé un sistema restringido a los derechos consagrados en el propio Convenio Europeo¹⁶³. Por otra parte, el

159. Texto del artículo 1º, CADH; del artículo 3º, Protocolo de San Salvador; y, con un texto más restrictivo, el artículo II, de la DADDH. Para una interesante discusión del artículo 1.1, véase el voto razonado del juez ad hoc Julio Barberis en el caso Cantos, en el que sostiene -en una interpretación más restringida que la postulada por la actual jurisprudencia de la Corte IDH- que el sentido de dicha disposición refiere a la obligación de los Estados de respetar los derechos sin discriminación. Cfr. Caso Cantos. Cit.

160. El artículo 6º, a) de la Convención de Belém do Pará dispone: “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”.

161. Cfr. Considerando 3º de la Convención de Belém do Pará. Agradezco a Liliana Tojo por haberme llamado la atención sobre este importante aporte de la Convención de Belém do Pará para comprender la situación de las mujeres en nuestro continente.

162. Cfr. artículo 24. El artículo 4º de la Convención de Belém do Pará incluye, además del reconocimiento de este derecho, una aplicación específica del mismo a la función pública: esto es, el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones. El principio de igualdad también es receptado por el artículo II de la Declaración Americana.

163. El artículo 14 del CEDH y la interpretación jurisprudencial que de aquél hace su honorable tribunal, restringe el alcance de la cláusula de no discriminación al ámbito de los derechos protegidos en dicho tratado. En el caso X (v. Federal Republic of Germany) se sostuvo que el artículo 14 no se referiría a la discriminación en general, y en el Belgian Linguistic Case, que dicho artículo no tiene una existencia independiente y que siempre debe alegarse la violación de un derecho consagrado por el CEDH. Para mayor ilustración véase, Simor and Emmerson, Human Rights Practice, cit.

sistema interamericano cuenta con un tratado específico que prohíbe la discriminación de las personas con motivo de su discapacidad.¹⁶⁴

La utilización de la garantía de no discriminación e igualdad ante la ley en la protección de los derechos sociales ya ha sido testada tanto a nivel local -en varios Estados de la región- como a nivel internacional. Asimismo, tanto en el sistema europeo como en el ámbito de las Naciones Unidas existe una serie de casos que respalda esta estrategia¹⁶⁵. Un ejemplo de esta vía es el caso Airey (v. Reino Unido).

En este precedente se planteó el caso de una ciudadana irlandesa -Johanna Airey-, cuyo esposo era alcohólico y frecuentemente la amenazaba. Por esta razón, la señora Airey había tratado infructuosamente de obtener una decisión jurisdiccional de separación personal: dicho obstáculo se debió a la falta de recursos económicos, pues se encontraba imposibilitada de afrontar los costos de un patrocinio letrado. En este sentido, si bien en Irlanda no se exige el patrocinio de un abogado en el procedimiento, en virtud de que tal decisión debía ser tomada por la Hight Court y que el procedimiento ante ésta exige no sólo elevados costos de representación sino también un alto grado de complejidad por la naturaleza misma del procedimiento, se hace indispensable la asistencia letrada. Por lo demás, en Irlanda la asistencia letrada gratuita no era en ese momento accesible ni respecto de los procedimientos para obtener una sentencia de separación personal, ni en otros de orden civil.

194

El Tribunal Europeo entendió que, a la luz de estas circunstancias, la posibilidad de presentarse personalmente ante los tribunales no constituye para el peticionario un derecho efectivo de acceso a la justicia y que por ello tampoco se satisface el deber de los Estados de proveer el remedio doméstico exigido por el Convenio Europeo. Así, sostuvo que aún cuando el Estado no colocó obstáculos para hacer efectivo ese derecho, en ciertas circunstancias para satisfacer el goce de aquél, el Convenio Europeo exige a los Estados Parte ciertas

164. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en su artículo 2º, prescribe como sus objetivos la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación de las personas con discapacidad y la promoción de su integración en la sociedad. Para alcanzar estas metas se enumeran una serie de medidas afirmativas que los Estados deben adoptar (véanse artículos III, IV y V, de dicha Convención).

165. Entre otros, Case of Vermeire (v. Belgium), Judgment of 29 November 1991; Case of Willis (v. The United Kingdom), Judgment of 21 June 2002; Case of Van Raalte (v. The Netherlands), Judgment of 21 February 1997; the Belgian Linguistic Case, Judgment of 23 July 1968.

acciones positivas. Por otro lado, argumentó que aún cuando los derechos consagrados en el Convenio son de carácter civil y político, muchos de ellos se encuentran determinados por cuestiones de naturaleza social o económica. Finalmente, concluyó que lo que se exige a los Estados no es la previsión de asistencia legal gratuita en todas las controversias relativas a los derechos de carácter civil, sino que en ciertas circunstancias el Convenio compele a los Estados partes a brindar asistencia letrada cuando se demuestra que tal asistencia es indispensable para asegurar el efectivo acceso a la justicia¹⁶⁶.

En el ámbito del sistema interamericano tanto la Comisión como la Corte Interamericana han sentado las bases para el tratamiento de estos derechos en ejercicio de su competencia contenciosa y, primordialmente, de su función consultiva. Los estándares sobre discriminación en el sistema interamericano fueron desarrollados, en primer lugar, por la Honorable Corte en la Opinión Consultiva 4¹⁶⁷. Ésta fija el alcance de la cláusula general sobre la obligación de no discriminar, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que prohíbe todo tipo de discriminación respecto a los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado¹⁶⁸. Por otra parte, y a efectos de desarrollar la garantía de no discriminación, interpreta los términos del artículo 24 de la Convención que prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, extendiendo de esta manera la prohibición al ámbito interno de los Estados Parte¹⁶⁹.

166. TEDH, Case of Airey (v. Ireland). Cit.

167. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Cit.

168. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Cit., párrafo 53. "El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma".

169. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Cit., párrafo 54. "Por su lado el artículo 24 de la Convención establece: Artículo 24. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Parte, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley".

La regla elaborada por la Corte para establecer si un acto es no discriminatorio es la siguiente. Sobre la base de un tratamiento diferenciado es crucial establecer si el mismo responde a la existencia de una situación de hecho objetivamente desigual; se debe analizar luego si la norma o medida que la genera persigue fines legítimos y, si existe un vínculo de proporcionalidad entre las diferencias establecidas por la norma o medida y sus objetivos¹⁷⁰.

Adicionalmente, la Comisión y la Corte han identificado situaciones que requieren que se tomen medidas diferenciadas a fin de garantizar la igualdad. Así lo reconoce la Corte en el caso de los/as niños/as y de los/as extranjeros/as en las Opiniones Consultivas 17 y 16, respectivamente¹⁷¹. Tanto la Comisión como la Corte expresan la necesidad de tomar medidas específicas para garantizar los derechos de las personas ubicadas en una “situación de desigualdad real” por una

170. Véase también, CIDH, Informe N° 57/96, “Williams Andrews”, caso 11.139, del 6 de diciembre de 1996, párrafo 173; Informe N° 48/98, “Carlos Alberto Marín Ramírez”, caso 11.403, del 29 de septiembre de 1998, párrafo 48; Informe N° 137/99, “Andrés Aylwin Azócar y otros”, caso 11.863, del 27 de diciembre de 1999, párrafo 99; Informe N° 48/00, “Walter Humberto Vásquez Vejarano”, caso 11.166, del 13 de abril de 2000, párrafo 108; Informe N° 51/01, “Rafael Ferrer-Mazorra y otros”, caso 9903, del 4 de abril de 2001, párrafo 238; Informe N° 75/02, “Mary y Carrie Dann”. Cit., párrafo 143. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos (CDH) ha establecido que no toda diferencia en el trato constituye discriminación si el criterio para efectuar dicha discriminación es razonable y objetivo, y el objeto perseguido es legítimo de acuerdo al Pacto. Cfr., CDH, Observación general N° 18: “No discriminación”, adoptada en el 37° período de sesiones (1989), párrafo 13.

171. En la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, la Corte complementa el análisis efectuado en la Opinión Consultiva 4. Al respecto señala que: “[p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (Corte IDH, El Derecho a La Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Cit., párrafo 119). Por otra parte, y sobre la base de tales afirmaciones, la Corte en su Opinión Consultiva 17 reconoció la importancia de un tratamiento diferencial en el caso de los/as niños/as. En este sentido, sostuvo que “es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”. De ese modo, recalcó que la igualdad requiere reconocer y resolver los factores de desigualdad real. A partir de estas consideraciones concluyó que es necesaria la “adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que [los/as niños/as] gocen efectivamente de dichos derechos [procesales] y [sus correlativas] garantías” (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafos 96/98).

situación o condición. El sistema interamericano reconoce que un tratamiento en su faz neutral de estas situaciones puede dar lugar a graves arbitrariedades; ello ocurre, por ejemplo, con leyes u otro tipo de actos que en apariencia no son discriminatorios, pero cuyo efecto o impacto sí lo es. La Comisión ha sido enfática en señalar que los Estados pueden tener que realizar medidas de acción afirmativa para garantizar la igualdad¹⁷². Estas medidas son aplicables tanto a las situaciones que sean resultado de discriminación directa o indirecta, realizada por actores públicos o con su tolerancia, como respecto de aquella efectuada por actores privados. Al aplicar estos principios, la Comisión Interamericana ha afirmado que la adopción por parte de los Estados Parte de medidas especiales de carácter temporal tendientes a acelerar la igualdad de hecho o sustancial entre los hombres y las mujeres no se considerará discriminación en la forma definida por la CADH¹⁷³. En este mismo sentido, la Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad reconoce la necesidad de adoptar medidas de carácter positivo para asegurar los derechos sociales, eliminando de este modo la discriminación de las personas con discapacidad¹⁷⁴.

Algunos de los casos que ilustran la defensa en el sistema interamericano han sido desarrollados en el texto de este apartado; sin embargo, a mayor abundamiento mencionaremos algunos casos pendientes o recientemente resueltos. Así, por ejemplo, en el caso de Mónica Carabantes (v. Chile) se trató la expulsión arbitraria del colegio de una estudiante de secundaria embarazada como un reclamo basado en la obligación de igualdad ante la ley y no discriminación; en el de DB y VB de la República Dominicana, el derecho de las víctimas a la no

197

172. Cfr. CIDH, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, en Informe Anual 1999, del 13 de abril de 1999. Para profundizar el análisis de este tema véase en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupo desaventajados*, Gedisa, 1999, Barcelona.

173. En este sentido véase, CIDH, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación. Cit. En este informe se afirma, al comentar el artículo 4° de la CEDAW, que “[s]e permite la adopción de medidas especiales para corregir las condiciones persistentes de discriminación de hecho mientras tales condiciones persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidad. Se debe destacar que, en tales circunstancias y cuando se lo impone, de acuerdo con lo requerido, el artículo 4 dispone, como una cuestión de derecho, que estas medidas no constituyen discriminación”. Asimismo, la Comisión, en el informe de su visita a Guatemala, consideró que era necesario disponer medidas de carácter afirmativo para eliminar la discriminación en ese país. Cfr. Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., del 6 de abril de 2001, Capítulo XIII.

174. Véase supra nota 15.

discriminación¹⁷⁵ en el acceso a la educación por su carácter de indocumentadas; el caso de XY (v. Chile), que versa sobre la discriminación en el sistema privado de pensiones¹⁷⁶, entre otros.

IV. Conclusiones

El sistema interamericano presenta características que lo hacen especialmente capaz de proteger los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional. En primer lugar, el alcance de la protección internacional en el sistema interamericano es muy amplio debido a que distintas normas de naturaleza obligatoria para los Estados contienen provisiones para la protección de estos derechos; comenzando por la Declaración Americana, a la que se le suman cinco convenciones interamericanas que protegen directamente derechos económicos y por lo demás se nutren e interactúan con el Protocolo de San Salvador, que es el tratado específico que reconoce y desarrolla el alcance de un importante número de esta categoría de derechos.

En segundo lugar, a ello se suman las numerosas herramientas de monitoreo de que disponen los órganos del sistema (incluyendo el procedimiento de peticiones individuales con capacidad de dictar decisiones de carácter vinculante que posibilitan la modificación de situaciones individuales y grupales y la generación de cambios en las políticas de estado sobre este tema).

198 Sin embargo, es justo advertir que en la actualidad el potencial que el sistema interamericano brinda para la tutela de los derechos sociales se encuentra aún en los estadios iniciales de su desarrollo. Entre los logros más palpables en este ámbito podemos ubicar a una serie de decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas que hacen justiciables derechos como la salud, el trabajo, la educación, la huelga, las pensiones, etc. Entre los desafíos, se encuentra el desarrollo normativo sistemático de estos derechos.

En este artículo se señalan algunas de las estrategias posibles para la protección de los derechos sociales a través de la vía contenciosa. La experiencia del litigio en este campo, así como las dificultades de

175. El caso culminó recientemente con una solución amistosa. Cfr. CIDH, Informe N° 32/02, "Mónica Carabantes Galleguillos", petición 12.046, del 12 de marzo de 2002.

176. En este caso se planteó el grave perjuicio que acarreó el traspaso de un sistema estatal de pensiones a uno privado para uno de los muchos trabajadores chilenos que no han podido afrontar los altos costos de dicho sistema, quedando el mismo reservado para los trabajadores privilegiados; además, la privatización del sistema previsional dejó obviamente sin cobertura a los trabajadores informales y los desocupados.

desarrollo doctrinario, permiten avizorar un mayor avance en la protección de los derechos sociales a partir del contenido económico, social o cultural de los derechos civiles y políticos protegidos de manera convencional. En cuanto al Protocolo de San Salvador, que ha generado mayor interés en el sistema interamericano como vía para la tutela de los DESC, la evaluación de su impacto es más restringida que lo deseable. En efecto, dado el carácter restringido de la protección judicial prevista en el tratado, su aporte al sistema radicarán probablemente en la protección directa del derecho a la educación así como en su utilización como un instrumento interpretativo de las obligaciones asumidas por los Estados en otros instrumentos interamericanos.

Los pasos que toman los diferentes actores del sistema interamericano a nivel local e internacional están cruzados por una serie de interrogantes que plantean dilemas de política jurídica. Así, cuestiones como la de si corresponde a los jueces tomar decisiones que en principio son propias de los poderes políticos del Estado y la determinación de los límites de sus decisiones, o la de si es posible que un paso en falso que redunde en una decisión adversa basta para deslegitimar al mecanismo de protección internacional, o si tal deslegitimación podría ser el producto de la falta de desarrollo de doctrina y jurisprudencia en torno al tema y del no perfeccionamiento de los mecanismos procesales eficaces para la protección de los derechos sociales, son algunas de las cuestiones que subyacen y que aún no han sido resueltas.

Afortunadamente, el sistema interamericano avanza en la dirección de la protección. Queda mucho camino por andar: la resolución de los desafíos y la extensión de la capacidad de protección depende de la sinergia de los esfuerzos del sistema, de las víctimas y peticionarios, y de los Estados de la región. La riqueza de los desarrollos en la protección de estos derechos en algunas cortes locales, tanto a través de una jurisprudencia de discriminación o de debido proceso, como en cuanto a los desarrollos normativos de contenido – indicadores a nivel local; los pasos dados en el sistema europeo y los avances del sistema interamericano demuestran diversas soluciones posibles en el ejercicio de tutelar los derechos sociales. Así también, este ejercicio destaca la importancia de fomentar el diálogo a fin de enriquecer las soluciones para la defensa de aquéllos.

199

Avanzar en el camino hacia la garantía plena de los derechos sociales a través de su justiciabilidad nos permitirá quizás algún día compartir en todo el mundo la mirada que condena a la miseria y la exclusión con el mismo horror con el que hoy censuramos a la esclavitud o el apartheid.