

Protección Internacional de los DESC

Americanos”¹⁸³. Asimismo, los Estados pueden solicitar a la Corte IDH opinión sobre la compatibilidad de tales instrumentos y sus leyes¹⁸⁴.

3. Obligaciones de los estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales

El entendimiento de cuáles son los deberes de los Estados sirve como guía para la formulación, ejecución y control de políticas públicas. Como hemos visto, existen opiniones que han negado que los DESC tengan como correlato verdaderas obligaciones y, consecuentemente, que sean derechos en el estricto sentido del término. Señalan, en general, que los deberes estatales respecto de ellos tienen un alto grado de indeterminación y se ejecutan mediante acciones positivas que requieren la erogación de recursos. Se colige de esta postura que la satisfacción de estos derechos sería exclusivamente una cuestión política, no jurídica¹⁸⁵.

Frecuentemente, se asocian los derechos civiles y políticos a obligaciones de abstención y de resultado y, por el contrario, los DESC a deberes positivos y de mera conducta o medio. De este modo, los derechos civiles y políticos encontrarían satisfacción mediante un no hacer de los Estados que aseguraría, como resultado, el disfrute del derecho. Serían ejemplos de ello, el no impedir que las personas se expresen para garantizar la libertad de expresión, ni impedir que hombres y mujeres se trasladen de un lugar a otro, para asegurar la libertad de circulación, etc. Por el contrario, los DESC, para ser satisfechos, requerirían solo de obligaciones de hacer a cargo de los Estados: proveer servicios médicos para satisfacer el derecho a la salud, financiar la ejecución de planes de vivienda, para cumplir el derecho a la

¹⁸³ CADH, artículo 64.1.

¹⁸⁴ Cfr. CADH, artículo 64.2.

¹⁸⁵ Ver, respecto a estas opiniones, la exposición que de ellas hacen Víctor Abramovich y Christian Courtis, en el capítulo 1 de su obra *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 19 a 64.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

vivienda, etc. El deber de los Estados se agotaría en adoptar estas conductas, sin ser exigibles resultados concretos, como un pleno acceso la salud o a la vivienda. Sin embargo, fácil es observar que los derechos civiles y políticos requieren también para su cumplimiento la ejecución de acciones por parte de los Estados. Por ejemplo, para garantizar la libertad de circulación es necesario procurar la construcción de caminos y servicios públicos de transporte. Por otra parte, garantizar los DESC también requiere de abstenciones por parte de los Estados: no promover desalojos sin ofrecer una alternativa de vivienda, no contaminar el ambiente de modo que pudiera dañar la salud, etc. Ejemplos como estos pueden encontrarse para todos los derechos humanos. De este modo, vemos que no existen diferencias substanciales entre los deberes que respecto a uno y otro grupo de derechos tienen los Estados. Con base en estas consideraciones, adherimos a lo sostenido por Abramovich y Courtis para quienes las diferencias entre una y otra clase de derechos es una diferencia de grado: “[p]odría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera, llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico de obligaciones negativas o positivas que lo caractericen”¹⁸⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se analizan los tipos de obligaciones que se derivan de los DESC. Inicialmente se analizan i) las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, ii) la obligación de no discriminación, iii) las obligaciones de progresividad y no regresividad, iv) la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos y v) la obligación de brindar recursos legales adecuados.

¹⁸⁶ *Ibid*, p. 27.

3.1 Las obligaciones de “respetar, “proteger” y “cumplir”

Los Estados tienen una obligación jurídica general de respetar y garantizar el disfrute efectivo de todos los derechos consagrados en aquellos tratados internacionales de los cuales son parte. La Corte IDH ha señalado que la conducta estatal necesaria para lograr este cometido variará de acuerdo a las circunstancias pero, en todo caso, siempre el Estado deberá “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público” en orden a cumplir esta obligación (Caso *Velásquez Rodríguez*, párr. 166). Esto conlleva, en primer lugar, la necesidad de que esa “organización” y “manifestación del poder” no sea en sí misma lesiva de los bienes referidos y, por otra parte, que tienda a dar satisfacción a los derechos.

En línea con lo dicho, el Comité DESC ha expresado que en relación con cualquier derecho humano existen tres tipos de obligaciones: “respetar”, “proteger” y “cumplir” (Observación General 12, párr. 15; Observación General 12, párr. 46; Observación General 14, párr. 33; entre otras). A su vez, este último deber, relacionado con “hacer efectivo” el derecho, se subdivide en tres: facilitar, proporcionar y promover.

La obligación de “respetar” implica que los Estados no adopten medidas que impidan el acceso a los derechos o menoscaben el disfrute de los mismos. Asimismo, la prohibición de prácticas discriminatorias en relación a tales acciones. La obligación de “proteger” comienza a los Estados a adoptar medidas para evitar o prevenir que particulares produzcan dichos perjuicios. La obligación de “cumplir” requiere que se reconozcan los derechos en los sistemas legales y se adopten políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos¹⁸⁷. La obligación de “facilitar” consiste en el deber de iniciar actividades con el fin de

¹⁸⁷ En similar sentido ver las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (punto 6).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

fortalecer el acceso al derecho o su disfrute, o ayudar a los particulares para lograr tales fines. El deber de “promover” el derecho consiste en realizar acciones tendientes a difundir, educar o capacitar a la población para el ejercicio de los mismos. Por último, surge la obligación de “proporcionar” directamente el bien protegido por un derecho cuando un grupo o individuo, por circunstancias ajenas a su control, no pueda disfrutar del mismo (Observación General 18, párr. 26). Cabe anotar que las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los DESC señalan que estas obligaciones de respetar, proteger y cumplir “incluyen elementos de obligación de conducta y de obligación de resultado” (párrafo 7).

Los tres deberes analizados se cumplen mediante la adopción de medidas. Si bien la satisfacción de la obligación de “respeto” se logra, parcialmente, mediante la omisión por parte de los Estados de la realización de acciones que vulneren los derechos, ello no quita que también –según el caso– deban implementarse acciones a efectos de cumplir este deber, por ejemplo, brindar capacitación a funcionarios en materia de derechos humanos o sancionar leyes que prohíban la discriminación. En cuanto a los deberes de “proteger” y “cumplir”, sólo pueden realizarse mediante la adopción de medidas, es decir, de acciones positivas por parte de los Estados.

Ahora bien, en el texto de los tratados de DESC existen diferencias respecto a lo consagrado como obligaciones en pactos de derechos civiles y políticos. La interpretación autorizada de estos instrumentos ha precisado el sentido y alcance de estas diferencias y ha dejado claro que a partir de ellas no es posible establecer jerarquías entre estas categorías de derechos. Pese a las diferencias de redacción de los distintos textos legales, y tal como ya fue señalado, el régimen jurídico que rige las obligaciones en materia de derechos civiles y políticos y de DESC es sustantivamente el mismo. Es cierto que mientras la “satisfacción” de los derechos civiles y políticos no está condicionada, la de los DESC está supeditada a un

Protección Internacional de los DESC

“desarrollo progresivo”. Pero ello, por supuesto, es pertinente para el grado de satisfacción de los derechos aún no logrado. Respecto del ya conseguido, o de los contenidos mínimos esenciales de los derechos, el régimen legal se asimila al existente respecto a los derechos civiles y políticos.

Solo para facilitar la exposición, nos centraremos en el PIDESC. Los otros dos instrumentos relevantes en la materia para los países americanos, la CADH y el PSS, contemplan cláusulas muy similares. El PIDESC señala:

Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

En tanto interpretación autorizada de estas normas, el Comité DESC (Observación General 3) y los Principios de

Sistema Universal y Sistema Interamericano

Limburgo sobre la implementación del PIDESC han señalado que lo establecido en el artículo 2 precitado implica:

- Que los Estados tienen la obligación de **empezar inmediatamente** a tomar todos los pasos para la completa realización de estos derechos.
- Que deben **utilizar todos los medios apropiados**, incluidas medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educativas, consistentes con la naturaleza de los derechos, para cumplir con sus obligaciones bajo el Pacto. Por si solas, las medidas legislativas resultan insuficientes para la consecución de los mismos. Es cierto que en muchos casos se requiere la adopción de medidas legislativas, especialmente si los Estados tienen en vigor leyes contrarias o incompatibles con los objetivos del Pacto y los derechos en él protegidos. Sin embargo esas medidas necesitan ser complementadas con otras medidas que garanticen la plena y efectiva aplicación de las mismas. En este sentido, los Estados están obligados a garantizar **recursos y remedios efectivos**, incluyendo los judiciales.
- Los medios deben ser apropiados de acuerdo a los criterios de cada Estado, pudiendo éstos ser objeto de revisión por parte del Comité DESC.
- Los Estados deben actuar de la manera más pronta posible hacia la consecución de los derechos. En ningún caso se otorga a los Estados la posibilidad de retrasar indefinidamente los esfuerzos para asegurar la completa realización de los DESC.
- Ciertas obligaciones, como la de no discriminación y la de abstenerse de violar activamente los DESC, requieren cumplimiento inmediato en todos los Estados.
- El logro progresivo de los derechos requiere el efectivo y equitativo uso y acceso a los recursos disponibles, por lo que no está necesariamente condicionado al aumento

Protección Internacional de los DESC

de recursos o al desarrollo económico que alcance un determinado país.

En lo que sigue, debido a su particular relevancia para proyectar los derechos sociales en las estrategias de desarrollo y erradicación de la pobreza (supra Introducción), desarrollaremos brevemente el contenido de cuatro de estos deberes: las obligaciones de garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación, el deber de progresividad, el deber de asegurar la satisfacción de contenidos mínimos esenciales de cada derecho y el de brindar recursos legales adecuados.

3.2 Obligación de garantizar que los derechos sociales se ejerzan sin discriminación

La prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad constituyen principios del derecho internacional general. Es decir, son pautas imperativas cuya existencia no está condicionada a su enunciación explícita en texto legal alguno¹⁸⁸. Esto, por supuesto, rige también para los DESC¹⁸⁹, tal como se señala en el PSS y en el PIDESC.

Además de la prohibición de discriminación el PIDESC establece el deber de garantizar igual título a hombres y

¹⁸⁸ Así, la Corte IDH ha dicho que “[l]a no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos” y que “[e]l principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares” (Opinión Consultiva OC 18/03, párrs. 83 y 100; Opinión Consultiva OC 4/84, párr. 55 y Caso *Yatama*, párr. 184).

¹⁸⁹ La CIDH señaló que “[l]os principios reconocidos, entre otros, en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana acerca de la no discriminación e igual protección ante la ley, se aplican también a los derechos económicos, sociales y culturales” (*Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, párr. 11).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

mujeres a gozar de los derechos (artículo 3). Estas normas, en palabras del Comité DESC, “están íntimamente relacionadas y se refuerzan mutuamente” (Observación General 16, párr. 3). En realidad, bien podría considerarse comprendido el contenido de esta norma en la prohibición de discriminación. La norma fue redactada para enfatizar que deben expresamente reconocerse igual título a hombres y mujeres a gozar de los derechos, y lograr que éstas efectivamente los puedan ejercer (párr. 2).

“Discriminación” bien puede entenderse como distinción ilegítima entre diversas personas en relación a las posibilidades de goce o ejercicio de derechos. En este sentido, la enunciación de motivos de discriminación hecha en el artículo 2.2 del PIDESC, o en otras normas similares, no es taxativa (Principio de Limburgo No. 36). Si se parte del principio de igualdad entre todas las personas, toda distinción entre ellas debe estar justificada para ser legítima. Esto ocurrirá cuando la diferenciación sea razonable, es decir, que responda a una finalidad o motivo válido, sea un medio útil, necesario (que no haya un medio menos lesivo) y, además, proporcionado, para llegar a un objetivo compatible con los derechos¹⁹⁰.

Si bien en relación a derechos políticos son permitidas diferenciaciones entre nacionales y extranjeros, no existe motivo válido alguno que permita distinguir entre grupos de personas a efectos de reconocerles la titularidad de DESC. Teniendo esto como premisa, los Estados deben tomar las medidas necesarias para trasladar al plano de los hechos esa igual prerrogativa para el goce y ejercicio de los derechos. Asimismo, los compromisos asumidos internacionalmente en materia de derechos humanos abarcan tanto la igualdad formal como la real (Principios de Limburgo No. 37 y 38) y en este

¹⁹⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 96 a 102 y Uprimny, Rodrigo, Uprimny, Inés Margarita y Parra Vera, Oscar, *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Bogotá, Escuela Judicial, IIDH, Fundación Social, 2006, pp. 229 a 234.

Protección Internacional de los DESC

sentido debe entenderse lo establecido por el artículo 2.2 del PIDESC (Comité DESC, Observación General 16, párr. 7).

La igualdad formal se presenta cuando las normas legales permiten a cualquier persona el disfrute de un derecho. La igualdad real se presenta cuando las personas titulares de un derecho efectivamente accedan al goce del bien tutelado por el mismo (vida, vivienda, educación, etc.) y vean garantizado su disfrute de igual manera. Ambos niveles de igualdad no son equivalentes en forma automática. La igualdad formal no siempre será el medio idóneo para la consecución de la equidad real, frecuentemente será necesario implementar otras medidas –además del reconocimiento del derecho– para lograr este último cometido (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 119).

Es pertinente a la cuestión de la igualdad formal reflexionar sobre lo establecido por el artículo 2.3 del PIDESC que permite a los países en desarrollo determinar en qué medida garantizar los derechos económicos a quienes no sean nacionales suyos. En la medida en que la norma posibilita una diferenciación entre personas para el goce de los derechos, debe ser entendida de modo restrictivo (Principio de Limburgo No. 43), lo cual significa que la medida debe ser proporcional en sentido estricto (no solo necesaria sino imperativa). Lo mismo ocurre con las nociones de “derechos económicos” y de “países en desarrollo”. Estos últimos, de acuerdo al Principio de Limburgo No. 44, deben ser conceptuados, a efectos de la norma, como los que “han logrado su independencia y se incluyen en las clasificaciones de [la ONU] relativas a países en desarrollo”. Por otra parte, en el caso de Estados que además del PIDESC hubieran ratificado otros instrumentos relativos a DESC en que la distinción mencionada no se haga, no tendrán, en la práctica, la facultad de valerse de ella, ya que deberán cumplir con los estándares fijados por estas últimas normas.

Ya ha sido señalado en el presente texto que la cuestión de la igualdad en el goce de los derechos sociales se relaciona íntimamente con el deber de proteger a los grupos afectados

Sistema Universal y Sistema Interamericano

por situación de vulnerabilidad. También se hizo alusión a que uno de los medios válidos para lograr la igualdad real son las llamadas “acciones afirmativas” (*supra* página 38). Estas medidas constituyen distinciones dirigidas a favorecer personas pertenecientes a grupos que se encuentren en una situación fáctica de discriminación (por ejemplo, mujeres o indígenas). Los beneficios así otorgados no deben entenderse contrarios a la obligación de no discriminación, ya que se sustentan en la necesidad de compensar desigualdades existentes y tienen por finalidad hacerlas desaparecer (Principio de Limburgo No. 39). En todo caso, tales medidas deberían cesar cuando esto último se produjese.

Posteriormente, al tratar de cada derecho en particular, se irá haciendo una descripción de las particularidades que respecto a los deberes estatales se presentan en relación a algunos de estos grupos. Lo que interesa resaltar es que en estos casos las obligaciones de los Estados se intensifican y se hacen más estrictas (Principio de Limburgo No. 14). Deberán adoptarse en su beneficio las medidas pertinentes a efectos de que gocen de sus DESC y que lo hagan en condiciones de igualdad con el resto de las personas. Asimismo, en las acciones que se ejecuten en aras a hacer efectivos los derechos, deberá dárseles prioridad.

Debe quedar claro, finalmente, que la obligación de garantizar los derechos sin discriminación es inmediata y no admite excusas¹⁹¹. Sí puede considerarse supeditado a un desarrollo progresivo el logro pleno de la igualdad de hecho, pero nunca el de la igualdad formal ni el hecho mismo de la adopción de medidas en uno u otro sentido. En este sentido, la Corte IDH ha expresado que “[l]os Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas” (Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 172).

¹⁹¹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Informe de 2003, párr. 18.

3.3 Progresividad y prohibición de regresividad

Las medidas deben adoptarse para “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos” (PIDESC, artículo 2.1; CADH, artículo 26; PSS, artículo 1). Como ya se ha dicho, las medidas deben buscar la plena satisfacción de los derechos. El deber de los Estados consiste en lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos. En este sentido, la CIDH ha manifestado que el artículo 26 de la CADH impone i) la obligación de determinar las medidas adecuadas y ii) “[e]l principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de [los] derechos”¹⁹². El deber de progresividad implica, de este modo, dos sentidos complementarios: el de gradualidad y el de progreso. Si el logro de la satisfacción plena de los derechos no puede ser sino gradual, es decir, paulatino en el tiempo, la obligación de los Estados es ir atravesando esa gradualidad, ir progresando, mediante la implementación de medidas, en las condiciones de satisfacción de los DESC¹⁹³.

Vale resaltar que lo “gradual” o “progresivo” es la plena satisfacción de cada derecho, pero la adopción de las medidas para el logro de ese objetivo es un imperativo cuyo cumplimiento por parte de los Estados no está sujeto a condicionamientos temporales¹⁹⁴. Por el contrario, “[e]sta

¹⁹² *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 1996, p. 25 y *Tercer informe sobre los derechos humanos en Paraguay*, 2001, párr. 19.

¹⁹³ Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 92 y Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Apuntes introductorios” en Ídem. (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, 2006, pp. 8 y 9.

¹⁹⁴ En su *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia* (1999, párr. 6), la CIDH señaló, refiriéndose a las obligaciones de dicho Estado en relación a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la DADD y en la CADH, que “[e]l carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica que Colombia pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para

Sistema Universal y Sistema Interamericano

adopción –que constituye una medida política, perfectamente acreditable– no se halla sujeta a plazos o modalidades: existe sin más, y por ello puede ser reclamada, también sin más”¹⁹⁵. La “flexibilidad” en la obligación busca tener en cuenta la realidad de cada país y sus posibles dificultades para satisfacer los DESC. No obstante, impone asimismo un deber: “proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr [el] objetivo” (Comité DESC, Observación General 3, párr. 9).

La obligación de progresividad establece una pauta para medir el grado de cumplimiento de la obligación de adoptar medidas. Es decir, un Estado puede adoptar diversas medidas, dictar leyes e implementar diversas políticas, pretendiendo con ello cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, tal cumplimiento solo será real si tales acciones son susceptibles de acarrear una mejora efectiva en el grado de satisfacción de los derechos. Ahora bien, será necesario entonces contar con algún tipo de parámetro que permita ponderar estos avances, de lo contrario, será imposible apreciar si un Estado cumple o no su obligación. Este parámetro lo constituyen tanto la progresividad como su derivado opuesto: la no-regresividad. Si un Estado no adopta medidas tendientes a avanzar en el grado de satisfacción de los DESC o si implementa acciones tendientes a disminuir el grado de goce existente (regresividad) estará incumpliendo sus obligaciones.

La prohibición de regresividad surge como una derivación lógica del deber de progresividad: si hay que avanzar, entonces no se puede retroceder. Esta regla, no obstante, admite excepciones. El Comité DESC ha dicho sobre este

hacerlos efectivos. Por el contrario, Colombia tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que Colombia puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización”.

¹⁹⁵ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, p. 140.

Protección Internacional de los DESC

tema que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo [...] requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Observación General 3, párr. 9).

La prohibición de regresividad no es, entonces, absoluta. Por el contrario, puede un Estado adoptar una política regresiva sin incumplir sus obligaciones, si demuestra que la misma está justificada en relación a todos los derechos del PIDESC (o de la CADH, o del PSS), teniendo en cuenta la utilización del máximo de los recursos disponibles. Es decir, si la medida regresiva en relación a un derecho se adopta a efectos de posibilitar la satisfacción de otros derechos o su goce de modo más igualitario y, teniendo en cuenta los recursos con los que cuenta el Estado, tal medida era ineludible para lograr los objetivos antedichos, entonces no se estará incumpliendo el Pacto. De todas formas, una medida regresiva se presume violatoria del tratado. Esto quiere decir que, llegado el asunto al examen de algún organismo de control, será el Estado quien deba probar que la medida regresiva está justificada.

La regresividad puede apreciarse de dos maneras: regresividad de resultados y regresividad normativa¹⁹⁶. La primera se presenta cuando los resultados de determinada política pública generan un retroceso en el nivel de goce fáctico de determinado derecho. La segunda se configura en la medida en que una norma represente un retroceso en el grado de reconocimiento de un derecho en comparación con un estado normativo anterior. Mientras en el primer aspecto se debe apreciar un estado de hecho comparando entre dos momentos temporales, en el segundo la comparación se hará entre dos normas y no necesariamente deberá estar acompañado de

¹⁹⁶ Esta terminología es utilizada por Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, pp. 3 a 52. Las reflexiones que aquí se hacen están basadas en este artículo.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

un empeoramiento de las condiciones reales en el goce del derecho. Las dos nociones expuestas entran dentro de la prohibición de regresividad.

Un tema difícil es dilucidar si la prohibición de regresividad rige sólo respecto a un estado general colectivo en el goce de un determinado derecho o si también debe verificarse respecto a situaciones individuales. La Corte IDH parece haberse expedido en el primer sentido al decir que “[el] desarrollo progresivo [de los derechos económicos, sociales y culturales...] se debe medir [...] en función de la creciente cobertura de los [DESC...] sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo [...] no necesariamente representativo [...] de la situación general prevaleciente” (Caso *Cinco Pensionistas*, párr. 147). En su voto respectivo, el juez García Ramírez consideró que “con sustento en esa ponderación el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista”. Por su parte el juez Carlos Vicente de Roux señaló que “el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al *test* del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la [CADH], entre otras razones porque la [Corte IDH] no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la [CIDH]– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los [DESC]. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la [CADH] exija a éstas tengan que alcanzar determinado número”.

Algunas posiciones doctrinarias ofrecen una postura crítica contra este fallo. Tara Melish sostiene que la obligación de

Protección Internacional de los DESC

progresividad –y su derivada de no regresividad– solo es ponderable o evaluable mediante sistemas de monitoreo, que sirven para evaluar una situación general sobre el goce de determinado derecho, y no es alegable en casos individuales¹⁹⁷. Christian Courtis, por su parte, asume una opinión contraria, aunque admite la necesidad de que se de por probado que la afectación sufrida responde a una situación generalizada¹⁹⁸. De acuerdo a las opiniones reseñadas, el deber de progresividad se refiere a la generalidad de la población, sin perjuicio de posibles afectaciones individuales por su incumplimiento. Como se observa, parecería que las controversias se relacionan más con la problemática de la justiciabilidad de estas afectaciones individuales que con la naturaleza de la obligación.

3.4 Obligación de garantizar niveles esenciales de satisfacción de los derechos

De la obligación de adoptar medidas, establecida en el artículo 2.1 del PIDESC, se deriva, según el Comité DESC, una obligación de garantizar un nivel mínimo en el goce de los derechos. Esto debe ser distinguido de la prohibición de regresividad: mientras ésta se refiere al estado existente en el disfrute de los derechos y admite excepciones, el deber aquí analizado se relaciona con niveles esenciales de los derechos y no admite excusas¹⁹⁹. Los Estados, entonces, deben adoptar de forma inmediata –en relación al momento de ratificación del tratado– las medidas necesarias para garantizar un grado de disfrute mínimo de todos los derechos a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Según el Comité DESC, “[s]i el

¹⁹⁷ Cfr. Melish, Tara, “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, pp. 51 a 66.

¹⁹⁸ Cfr. Courtis, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, pp. 3 a 52.

¹⁹⁹ De acuerdo a los Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC, “[l]os Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas” (Principio 25).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

[PIDESC] se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida su razón de ser” (Observación General 3, párr. 10). De este modo, “un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y de vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del [PIDESC]”.

En un primer momento el Comité DESC aceptó la posibilidad de excusas válidas a la obligación aquí examinada. Posteriormente, y a partir de su Observación General No 14 sobre el derecho a la salud, tal postura fue modificada²⁰⁰. En efecto, en su Observación General 3, el Comité sostuvo que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta [de los mismos], debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas (párr. 10)”. Por el contrario, en su Observación General 14, el Comité indicó que “un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas [...], que son inderogables” (párr. 47).

Ahora bien, ¿cuáles son dichas obligaciones básicas? No puede hacerse una enunciación general de las mismas, sino que variarán en relación con cada derecho. No obstante, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en cada derecho social particular, sí puede afirmarse que, en todos los casos, se incluye en este concepto la obligación de garantizar que el goce y ejercicio de los derechos se produzcan sin discriminación.

²⁰⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*; Parra Vera, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad” en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 59.

Protección Internacional de los DESC

Cabe hacer una distinción entre “contenido básico” de un derecho y “contenido no derogable” (también asumible como “contenido intangible”) o “contenido mínimo esencial”²⁰¹. Mientras el primer concepto hace referencia a elementos que configuran el contenido de cada derecho y cuya eventual ausencia desnaturaliza el mismo, el segundo versa sobre las obligaciones básicas e inexcusables que tienen los Estados en relación a cada derecho. Los conceptos, si bien pueden superponerse en parte, no son necesariamente coincidentes, siendo el segundo más restringido. Así, por ejemplo, forma parte del contenido básico del derecho a la salud que los servicios sean respetuosos de la ética médica (Observación General 14, párr. 12), pero no forma parte su contenido mínimo esencial, de acuerdo a la enunciación que del mismo hace el Comité DESC (Observación General 14, párrs. 43 y 44). Tanto la insatisfacción de algún elemento perteneciente al contenido básico de un derecho como de alguno propio del contenido mínimo esencial –o intangible– producen un menoscabo del derecho en cuestión. Sin embargo, ello no le resta efectos prácticos a la distinción. Mientras que en algunos casos podrá admitirse que el contenido básico no sea satisfecho, resulta inaceptable el desconocimiento del contenido inderogable. Esto, claro está, a efectos de determinar la adecuación de la conducta estatal a sus compromisos internacionales en la materia. Dicho en otros términos: mientras podría ser admisible que el contenido básico se satisfaga progresivamente, el contenido mínimo esencial debe cumplirse inmediatamente. Esta satisfacción configura un resultado a cuyo cumplimiento incondicionado se hayan obligados los Estados de modo inexcusable²⁰². En ningún caso podrá admitirse como válida

²⁰¹ Parra Vera, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”. La distinción planteada por este autor entre contenido esencial y contenido mínimo esencial es reformulada en el presente texto como distinción entre contenido básico y núcleo intangible de los derechos sociales.

²⁰² *Ibid*, p. 58. De acuerdo a las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “[e]stas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independientemente de

Sistema Universal y Sistema Interamericano

una medida regresiva que vulnere el contenido mínimo esencial²⁰³.

3.5 Obligación de brindar recursos legales adecuados

Otras medidas apropiadas para dar efectividad a los derechos se relacionan con el deber de ofrecer recursos judiciales y de otro carácter que sean adecuados para posibilitar a las personas reclamar el cumplimiento de sus derechos (Comité DESC, Observación General 3, párr.5; Observación General 12, párr. 33). La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, establece que: “cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos”. Por su parte, los Principios de Limburgo señalan que “[l]os Estados Partes proveerán de recursos efectivos incluyendo, cuando sea apropiado, los de tipo legal”. Esto implica establecer mecanismos efectivos que hagan posible interceder ante las autoridades gubernamentales –judiciales, administrativas o de otro carácter, según correspondiera- con miras a que ellas adopten las decisiones necesarias para la realización de los derechos.

Existe un debate sobre los alcances de la obligación de brindar recursos efectivos en relación con los derechos sociales. En particular, sobre cuáles DESC y qué aspectos de las obligaciones referidas a los mismos son susceptibles de ser reclamados por mecanismos individuales de petición, sean

la disponibilidad de recursos [...] o cualquier otro factor o dificultad”. Asimismo, según el mismo documento, “la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales” (puntos 9 y 10, respectivamente).

²⁰³ Sepúlveda, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 142 a 144.

Protección Internacional de los DESC

judiciales o de otro carácter. Al igual que ha sido superado el debate sobre las jerarquías entre derechos sociales y derechos civiles y políticos, también han sido claramente rechazadas aquellas posturas que niegan justiciabilidad a los derechos sociales. Este componente del debate tiene un origen histórico²⁰⁴ que ha sido superado por el Comité DESC²⁰⁵. Un debate diferente se relaciona con cuáles de todas las obligaciones estatales referidas a estos derechos son susceptibles de reclamo por medios judiciales.

Al respecto, cabe señalar que el Comité DESC señaló, en un primer momento que el deber de proveer recursos judiciales efectivos quedaba supeditado a aquellos derechos que el sistema jurídico de cada Estado considerara justiciables. No obstante ello, advirtió que existen varias disposiciones del Pacto que serían de aplicación inmediata o auto ejecutables por autoridades judiciales, es decir, que no necesitarían de mayor desarrollo legislativo para hacerlas exigibles por este medio (Observación General 3, párr. 5). Entre ellas señaló la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos (artículo 3), el derecho a igual remuneración por igual trabajo (artículo 7 a.i), los derechos sindicales (artículo 8), a la protección de niños, niñas y adolescentes (artículo 10.3), a la enseñanza primaria gratuita (artículo 13. 2 a), a la libertad de los padres para escoger instituciones de enseñanza para sus

²⁰⁴ El mismo se remonta a la elaboración de dos pactos separados, uno para derechos civiles y políticos y otro para DESC, y al hecho de que en este último no se estableciera en forma expresa la obligación de proveer recursos judiciales para los derechos en él reconocidos. Sobre la evolución histórica de los derechos económicos, sociales y culturales y el por qué de la redacción de dos pactos separados ver Milá Moreno, José, “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, pp. 185 a 214.

²⁰⁵ En palabras del Comité DESC: “generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de [derechos civiles y políticos]. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto (Observación General 9, párr. 10).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

hijos (artículo 13. 3 y 4) y al respeto de la actividad científica (artículo 15. 3).

Debe quedar claro que la obligación de los Estados es proveer recursos adecuados para todos los derechos. La enumeración realizada es sólo de aquellos que no necesitarían, en opinión del Comité, más desarrollo legislativo que el texto del Pacto para posibilitar que autoridades judiciales decidan sobre ellos. Por supuesto, esto no exime a los Estados de adoptar las medidas necesarias para que otros aspectos del contenido de todos los derechos sean susceptibles de reclamo judicial²⁰⁶.

En esta lógica, el Comité DESC señaló, en su Observación General No. 9, que si un derecho no puede ejercerse plenamente sin intervención del Poder Judicial, entonces es deber del Estado establecer recursos judiciales al efecto. También mencionó que esto se extiende a cuestiones que supongan una asignación de recursos (párr. 10).

Dos tipologías de obligaciones pueden ser relevantes al momento de analizar con más detalle este debate. La primera de ellas, la diferencia entre obligaciones con efecto inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo. Las obligaciones con efecto inmediato son aquellas que pueden ser exigibles judicialmente sin que pueda alegarse la falta de recursos. Muchas de esas obligaciones se relacionan con las obligaciones básicas que el Comité DESC ha precisado respecto a cada derecho y que se explican en el capítulo 4 del presente libro. Las obligaciones de cumplimiento progresivo son aquellas que dependen de la disponibilidad de recursos, aunque existe debate sobre la exigibilidad judicial del avance progresivo en la realización de los derechos. La segunda tipología se relaciona con la diferencia entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. En ambos casos, los jueces podrían evaluar la debida diligencia en la adopción de medidas

²⁰⁶En el mismo sentido se expresan Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 86 y 87.

Protección Internacional de los DESC

(medio) o la eficacia real concreta de las mismas (resultado). Dado el carácter meramente introductorio del presente texto, no profundizaremos en estas distinciones. Por lo pronto, basta resaltar que entre las obligaciones con efecto inmediato se encuentran el deber de respeto, la obligación de garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación (Principio de Limburgo No. 35) y la garantía de niveles mínimos esenciales de satisfacción.

4. Contenido básico de algunos derechos sociales en particular

Como fue señalado en la introducción, utilizaremos el concepto de contenido básico como categoría que permite articular las fuentes normativas generales, elementos esenciales, obligaciones básicas, prioridades frente a grupos afectados por situaciones de vulnerabilidad así como las temáticas más relevantes para la proyección de un enfoque de derechos humanos en el análisis de cada derecho específico. Antes de presentar cada derecho en concreto, analizaremos dos aspectos generales que se relacionan con dicho contenido básico: la interrelación entre los derechos sociales y algunos debates en torno al contenido de los derechos.

4.1 Aspectos generales

4.1.1 Interdependencia e interrelación de los derechos sociales

Antes de analizar específicamente lo establecido en el marco de los sistemas internacionales de protección de los