

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y SU RELACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

I. EL ARTÍCULO 20. DEL PIDESC *VIS À VIS* EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Si analizamos los tratados de derechos humanos que existen en los sistemas de protección de derechos humanos, encontramos similitudes entre ellos; por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en gran parte estuvo inspirada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, aunque existen importantes similitudes, también hay contrastes muy marcados.

Uno de los rasgos más distintivos de la Convención Americana es lo que se encuentra plasmado en el capítulo III, denominado “Derechos económicos, sociales y culturales” y, en concreto, en el artículo 26:

Artículo 26. Desarrollo progresivo

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

medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Uno de los primeros señalamientos que se debe hacer al respecto es que esta disposición no contiene derechos de manera expresa; lo que se encuentra plasmado en esta disposición es *una norma que sirve de puente* para poder identificar derechos mediante un *mandato de remisión* a la Carta de la Organización de los Estados Americanos. De hecho, no es la única disposición en la Convención Americana que hace esa misma función, ya que el artículo 19⁴⁹ cumple con la misma finalidad, tal como lo demuestra la gran cantidad de casos en donde se ha reiterado esta interpretación de la Corte Interamericana en la materia, en la que se han invocado disposiciones específicas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño para dotar de contenido al referido artículo del Pacto de San José.⁵⁰

De hecho, el artículo 26, a diferencia del artículo 19, tiene una mejor articulación,⁵¹ pues expresamente señala que la labor y mandato de la Corte Interamericana será velar por el respeto y garantía de los derechos “que se [*deriven*] de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos”. Por ello, lo que mandata el artículo 26 es que mediante una labor interpretativa la Corte Interamericana dote de contenido al artículo para dilucidar si mediante dicha norma puente se puede *derivar* un derecho desde la Carta de la OEA.

⁴⁹ Artículo 19. “Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

⁵⁰ Por ejemplo, véanse los siguientes casos: *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre de 2005, serie C, núm. 130, o bien el *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112.

⁵¹ Muchos de los debates que en su momento se centraron en el artículo 26 eran que la articulación no indicaba derechos expresos y, por ello, no era viable invocar dicha norma para hacer justiciables los DESCA. Sin embargo, estos debates nunca se suscitaron respecto del artículo 19, que tampoco indica un derecho a favor de la niñez.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

Además, el artículo 26 no sólo contiene ese mandato de remisión o norma puente. Si diseccionamos el contenido de dicha disposición, encontramos un régimen obligacional, que es aplicado a la evaluación del cumplimiento de los derechos sociales, a saber: 1) la adopción de providencias a nivel interno; 2) adopción de providencias mediante la cooperación internacional (en especial, económica y técnica); 3) progresivamente, y 4) el uso de los recursos disponibles en la medida que se dispongan. Adicionalmente, la Corte IDH también ha señalado que además de estas obligaciones específicas contenidas en el artículo 26 también es necesario tener en consideración el régimen obligacional que se establece en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, es decir, 1) respetar, 2) garantizar (y como expresión de esta obligación: la adecuación del derecho interno), y 3) no discriminar con base en las categorías establecidas en el artículo 1.1 La forma en que han sido entendidas estas obligaciones en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH será desarrollada en el siguiente capítulo.

Este régimen obligacional al que se ha aludido no fue casualidad, ya que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció desde 1966 que los Estados parte se comprometían a

...adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y i) la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, ii) hasta el máximo de los recursos de que disponga, iii) para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, iv) inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Mientras que en el artículo 2.2 del PIDESC se establece una cláusula de no discriminación con base en diversas categorías.⁵²

⁵² Al respecto, el referido artículo expresa: “2. Los Estados Parte 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”.

Finalmente, mención especial merece la referencia contenida en el artículo 26 respecto de los derechos que se deriven de las normas de la Carta de la OEA, pero con la inclusión de lo referido en el Protocolo de Buenos Aires. Mediante dicho Protocolo los Estados consideraron en 1967 que en la versión original aprobada en 1948, en Bogotá, Colombia, era necesario también

...imprimir un nuevo dinamismo, e imperativo modificar la estructura funcional de la Organización de los Estados Americanos, así como consignar en la Carta nuevos objetivos y normas para promover el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos del Continente” que permitiera “alcanzar las condiciones generales de bienestar que aseguren para sus pueblos una vida digna y libre”.⁵³

Así, los Estados agregaron una serie de artículos relativos al desarrollo,⁵⁴ “metas básicas para acelerar su desarrollo económico y social”,⁵⁵ en el derecho al trabajo⁵⁶ y el derecho a la educación”.⁵⁷

En cuanto al concepto de “desarrollo”, que se previó en el artículo 29 del Protocolo de Buenos Aires, es de destacar que posteriormente, mediante el Protocolo de Cartagena, los Estados clarificaron y desarrollaron el contenido de dicho concepto tal como se muestra comparativamente:

⁵³ Protocolo de Buenos Aires a la Carta de la Organización de Estados Americanos, preámbulo, párrs. 2 y 3.

⁵⁴ Protocolo de Buenos Aires a la Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo 29.

⁵⁵ Protocolo de Buenos Aires a la Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo 31.

⁵⁶ Protocolo de Buenos Aires a la Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo 43, incisos b y c.

⁵⁷ Protocolo de Buenos Aires a la Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo 47.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

<i>Protocolo de Buenos Aires</i>	<i>Protocolo de Cartagena</i>
Artículo 29. Los Estados Miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social en el Continente y para que sus pueblos alcancen <i>un desarrollo económico</i> dinámico y armónico, como condiciones indispensables para la paz y la seguridad.	Artículo 29. Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere <i>la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral</i>, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. <i>El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico</i>, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo.
Artículo 31. Los Estados Miembros, a fin de acelerar <i>su desarrollo económico</i> y social de conformidad con sus propias modalidades y procedimientos, en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del Sistema Interamericano, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos al logro de las siguientes metas básicas:	Artículo 33. Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, <i>son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral</i>. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:

FUENTE: elaboración propia.

La anterior aclaración es particularmente relevante, debido a que las normas que hacen referencia al desarrollo integral han sido la base normativa para que la Corte Interamericana pudiera pronunciarse sobre la derivación del derecho al medio ambiente y al derecho al agua. Si nos situamos temporalmente al momento en que fueron adoptados los protocolos (1987 y 1985) y la misma Carta de la OEA (1948), los debates sobre la vulneración del medio ambiente y del agua no se encontraban dentro del derecho internacional de los derechos humanos; por ello, era natural que para el momento histórico en el que se adoptaron esos instrumentos no se incorporaran referencias sobre el desarrollo sostenible, el desarrollo sustentable, el medio ambiente o el derecho al agua.

Actualmente, las disposiciones que hacen referencia “al desarrollo” en el marco de la Carta de la OEA son los artículos 30, 34, 45 y 49.⁵⁸

⁵⁸ Artículo 30. “Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo”.

Artículo 34. “Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:

- a) Incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita;
- b) Distribución equitativa del ingreso nacional;
- c) Sistemas impositivos adecuados y equitativos;
- d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines;
- e) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios;
- f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social;
- g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos;

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

Ahora bien, la importancia de estas “normas” contenidas en el Protocolo de Buenos Aires tiene una razón especial, ya que durante el proceso de adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el proyecto presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que fue sometido a discusión por los Estados, el entonces artículo 26 (en el proyecto original estaba referido como artículo 25) transcribía lo que disponía el artículo 31 del Protocolo de Buenos Aires a la Carta de la OEA:

h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación;

i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica;

j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos;

k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población;

l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna;

m) Promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y

n) Expansión y diversificación de las exportaciones”.

Artículo 45. “Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: ...b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; ...c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”.

Artículo 49. “Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación, sobre las siguientes bases:

a) La educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita;

b) La educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social. Se diversificará de manera que, sin perjuicio de la formación general de los educandos, satisfaga las necesidades del desarrollo de cada país, y

c) La educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes.

<i>Protocolo de Buenos Aires de 1967</i>	<i>Proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>
Artículo 31. Los Estados Miembros, a fin de acelerar su desarrollo económico y social de conformidad con sus propias modalidades y procedimientos, en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del Sistema Interamericano, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos al logro de las siguientes metas básicas: - Incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita; - Distribución equitativa del ingreso nacional; - Sistemas impositivos adecuados y equitativos; - Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas; y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; - Industrialización acelerada y diversificada, especialmente	Artículo 25. 2. Los Estados Partes manifiestan, además, su propósito de consagrar y, en su caso, de mantener y de perfeccionar, dentro de sus legislaciones internas, las prescripciones que sean más adecuadas para: el incremento sustancial y auto sostenido del producto nacional per cápita distribución equitativa del ingreso nacional; sistemas impositivos adecuados y equitativos; modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas; y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios; estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; salarios justos, opor-

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

te de bienes de capital e intermedios; f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; g) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; h) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; i) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; j) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; k) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna; l) Promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y m) Expansión y diversificación de las exportaciones.	tunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; erradicación rápida del analfabetismo y ampliación para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; vivienda adecuada para todos los sectores de la población; condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna; promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y expansión y diversificación de las exportaciones.
---	---

FUENTE: elaboración propia.

No existen indicios en los trabajos preparatorios de la Convención Americana que indiquen las razones por las cuales la redacción propuesta por la Comisión Interamericana fue modificada. Lo que sí queda claro es que existía una intención de incorporar un mandato de remisión a la Carta de la OEA y a las normas que se consagraron mediante el Protocolo de Buenos Aires.

Esta afirmación se ve corroborada debido a que el entonces artículo 25.1 del proyecto indicaba expresamente que

...[l]os Estados Parte en la presente Convención reconocen la necesidad de dedicar sus máximos esfuerzos para que en su derecho interno sean adoptados y, en su caso, garantizados *los demás derechos consignados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y que no hubieran quedado incluidos en los artículos precedentes*". Se debe recordar que la Declaración incluyó derechos sociales⁵⁹ y que los "artículos precedentes" a los que hace alusión el proyecto son derechos civiles y políticos, por ende, los derechos que se contemplarían en el entonces artículo 25 eran los derechos sociales.

Estas disposiciones, como se verá más adelante, son fundamentales para concretar la justiciabilidad de los derechos que se deriven del artículo 26 del Pacto de San José. En todo caso, lo importante es destacar la importancia que tiene la Carta de la OEA en el marco de la Convención Americana, y que el vínculo que se dejó plasmado en 1967 en el Preámbulo del Protocolo de Buenos Aires era una meta concreta: que los Estados garantizaran los derechos sociales para que las personas del sistema interamericano gozaran de una vida digna.⁶⁰

⁵⁹ Dicho instrumento consagra los siguientes derechos sociales: derecho a la preservación de la salud y al bienestar, derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura, derecho al trabajo y derecho a una justa retribución y a la seguridad social.

⁶⁰ Protocolo de Buenos Aires, preámbulo, párrafo 3.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

II. EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR *VIS À VIS* EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

En el sistema interamericano, además de la Convención Americana, los Estados adoptaron el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1998, mejor conocido como Protocolo de San Salvador. Si bien no es el primer instrumento especializado en la materia que se creó (recordemos que el PIDESC data de 1966 y el Carta Social Europea de 1961), cuando fue adoptado constituyó un instrumento de vanguardia en cuanto a la protección del derecho al medio ambiente sano, ya que era el único instrumento de *hard law* y *soft law* que contemplaba dicho derecho.

Aunque el Protocolo de San Salvador consagra una amplia gama de derechos sociales, tiene ciertos inconvenientes. Por un lado, uno de los grandes derechos ausentes (o derechos perdidos si nos apegamos a la doctrina del sistema africano) es el derecho a la vivienda, derecho que no fue incorporado como parte de los derechos consagrados en dicho instrumento. Mención especial merece la no inclusión del derecho al agua; sin embargo, a diferencia del derecho a la vivienda, por el momento en el que fue adoptado el Protocolo de San Salvador, era natural que las discusiones respecto al derecho al agua no estuvieran en el centro de discusión, inclusive el PIDESC no incorporó mención alguna sobre este derecho, lo cual no ha imposibilitado, como se verá más adelante, que ese derecho sea derivado de la Carta de la OEA.

Por otro lado, aunque el Protocolo protege una amplia gama de derechos sociales, los Estados decidieron crear una cláusula de competencia material para la Comisión Interamericana y para la Corte Interamericana, ya que sólo los derechos a la asociación sindical (artículo 8.1.a) y a la educación (artículo 13) podrían ser objeto de posibles peticiones individuales ante los referidos órganos del sistema interamericano.

Cabe aclarar que el único supuesto en el que los dos derechos antes mencionados no operarían desde el mandato de remisión

que establece el artículo 26 sería cuando el Estado no es parte de dicho instrumento, y si el Estado es parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana, entonces esos dos derechos pueden ser derivados del artículo 26 del Pacto de San José.⁶¹ Con independencia de lo anterior, el hecho de que exista esta cláusula de competencia material para la Comisión y la Corte no le resta valor a nivel interno a este instrumento en cuanto a la vinculatoriedad que tiene una vez que el Estado parte lo ha ratificado.

Una de las cuestiones relevantes que se deben poner en manifiesto, en especial con la activación de la justiciabilidad directa mediante este instrumento, es el régimen de obligaciones y el alcance de los derechos en el marco del Protocolo de San Salvador.

En cuanto al primer punto, las obligaciones que contempla el Protocolo de San Salvador son: 1) progresividad; 2) adopción de medidas como la cooperación internacional (especialmente técnica y económica); 3) el máximo uso de los recursos disponibles tomando en cuenta su grado de desarrollo;⁶² 4) adopción de medidas legislativas para hacer efectivos los derechos,⁶³ y 5) no discriminación con base en categorías sospechosas.⁶⁴

Si hacemos un trabajo comparativo, los artículos 1o., 2o. y 3o. del Protocolo de San Salvador replican el mismo régimen obligatorio establecidos en el artículo 2.1 del PIDESC y en los artículos 1.1, 2o. y 26 de la Convención Americana. Quizá la única diferencia entre los artículos 26 de la Convención Americana y los artículos 2.1 del PIDESC y 1o. del Protocolo de San Salvador es que mientras el primero indica la obligación del “uso de recursos *en la medida* que estos se dispongan”, los dos últimos indican “*hasta el*

⁶¹ Por ejemplo, con casos sobre educación o asociación sindical contra el Estado chileno con hechos anteriores al 2022 (año de ratificación del Protocolo de San Salvador), lo que procedería sería conocer esos casos desde la perspectiva del artículo 26 de la Convención, y no desde la perspectiva del Protocolo, siempre que esos hechos caigan dentro de la competencia temporal contenciosa, por ejemplo, de la Corte Interamericana.

⁶² Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1o.

⁶³ *Ibidem*, artículo 2o.

⁶⁴ *Ibidem*, artículo 3o.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

máximo uso de los recursos que se dispongan”. En todo caso, con independencia del fraseo, las tres disposiciones han sido interpretadas en el sentido de incluir dentro de “la medida” o “el máximo uso” la cooperación internacional.⁶⁵

Por otro lado, en cuanto a la evaluación de restricciones o limitaciones, al igual que el PIDESC (artículo 4o.), el Protocolo de San Salvador incorporó en su artículo 5o. una disposición que sirve como pauta para evaluar posibles restricciones o limitaciones a derechos contenidos en el Protocolo. Las referidas disposiciones indican lo siguiente:

Artículo 4o. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 5o. Alcance de las restricciones y limitaciones. Los Estados Parte sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Si revisamos los factores comunes en ambas disposiciones, podríamos integrar de la siguiente forma las limitaciones o restricciones previstas: 1) legalidad, 2) con la finalidad de promover el bienestar general en una sociedad democrática y 3) la limitación o restricción será admisible siempre que no contradigan el propósito y razón de los mismos o, en palabras del PIDESC, “en la medida que sea compatible con la naturaleza del derecho o derechos”. Este

⁶⁵ Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de julio de 2009, serie C, núm. 198, nota al pie 88, y Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párr. 80.

posible test de limitación o restricción tiene especial importancia cuando se habla de la prohibición de regresividad.

Una de las cuestiones que se deben tener en consideración es que la evaluación desde el artículo 5o. del Protocolo en cuanto a la restricción o limitación únicamente operará en el ámbito de los órganos del sistema interamericano cuando se trate de los derechos a la asociación sindical o educación.

Si se pretende analizar una posible restricción o limitación en el marco de otros derechos (derivados del artículo 26 de la Convención Americana), entonces se deberá recurrir tanto al régimen obligacional contenido en el artículo 26 como a lo dispuesto en el artículo 32.2 de la Convención Americana⁶⁶ (integrando el contenido del artículo 4o. del PIDESC mediante el artículo 1.1 de la Convención Americana).

III. EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA: LA PUERTA DE ENTRADA DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. *El mandato de remisión del artículo 26 a la Carta de la OEA y la derivación de los derechos contenidos en las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidos en la Carta de la OEA*

A partir del caso *Lagos del Campo vs. Perú* (2017), la Corte IDH activó el mandato de remisión contenido en el artículo 26 de la Convención Americana para “derivar” los derechos que, mediante el referido artículo, se pueden proteger en el marco del Pacto de San José.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha indicado que este *proceso de derivación* consta, al menos, de cuatro pasos:

⁶⁶ Deberes de las personas. Artículo 32. “Correlación entre Deberes y Derechos ...2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

- 1) Identificar el derecho o la norma que exprese derechos contenidos en la Carta de la OEA,
- 2) Identificar si dicho derecho encuentra un sustento en alguna de las disposiciones de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre,
- 3) Hacer un ejercicio de derecho comparado tanto con el *corpus iuris constitucional* como con el *corpus iuris internacional*, e
- 4) Identificar si la constitución nacional al momento de los hechos contemplaba el derecho que se está derivando.⁶⁷

Cabe precisar que lo que se hace en el caso no es crear una especie de *test* en el que forzosamente se deben cumplir los cuatro pasos para determinar que procedería la justiciabilidad directa de los derechos sociales mediante el artículo 26; ello resultaría inapropiado, debido a que existen derechos sociales que se pueden encontrar en la Constitución nacional, pero no en los instrumentos internacionales (como el caso del derecho al medio ambiente o al agua), o bien, de manera inversa, que el derecho se encuentre en un instrumento internacional del cual el Estado sea parte (como el PIDESC), pero que no se encuentre en la Constitución nacional. Por ello, no será necesario que se cumplan estos cuatro elementos que se presentaron en ese caso, y tendrá que evaluarse caso por caso la justiciabilidad de los otros derechos sociales y ver en qué normas se puede fundamentar su derivación mediante el artículo 26 de la CADH.

El único elemento *sine qua non* que debe estar presente es que, por lo menos, exista una disposición de la Carta de la OEA mediante la cual la Corte IDH pueda tener como punto de partida para derivar un derecho; de lo contrario no se podría activar la justiciabilidad de un derecho social desde el artículo 26. A continuación pasaremos a describir algunas particularidades de cada uno de los

⁶⁷ Al respecto, véanse las siguientes consideraciones: Góngora Maas, Juan Jesús, “Pasado, presente —¿y futuro?— de los derechos económicos, sociales culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: a propósito del Caso *Lagos del Campo vs. Perú*”, en Ferrer, Mac-Gregor Eduardo, *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo vs. Perú y los nuevos desafíos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018 pp. 317-320.

JUAN JESÚS GÓNGORA MAAS

pasos que, cuando concurren, serán necesarios para derivar un derecho social.

Tal como se muestra en la siguiente tabla, las disposiciones de la Carta de la OEA que permiten derivar los derechos sociales desde el artículo 26 son las siguientes:

<i>Derecho</i>	<i>Carta de la OEA</i>	<i>Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre</i>	<i>Protocolo de San Salvador</i>
<i>Derecho al trabajo</i>	Artículos 45.b) y c), 46 y 34.g)	Artículo XIV	
<i>Seguridad Social</i>	Artículos 45. G) y 46	Artículo XVI	
<i>Salud</i>	Artículo 34. I)	Artículo XI	
<i>Medio ambiente sano</i>	Artículos 30, 31, 33 y 34	Artículo XI	
<i>Alimentación</i>	Artículo 34. J)	Artículo XI	
<i>Agua</i>	Artículos 30, 31, 33 y 34	Artículo XI	
<i>Cultura</i>	Artículo 17	Artículo XIII	
<i>Vivienda</i>	Artículo 34. K)	Artículo XI	
Justiciabilidad desde el artículo 26 de la Convención Americana siempre y cuando el Estado no sea parte del Protocolo de San Salvador y acepte la competencia contenciosa de la Corte IDH.			<i>Justiciabilidad directa vía Protocolo de San Salvador por disponerlo el artículo 19.6 del Protocolo.</i>
<i>Educación</i>			Artículo 13
<i>Asociación sindical</i>			Artículo 8.1.a

FUENTE: elaboración propia.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

Una de las virtudes del artículo 26 de la Convención Americana es que el mandato de remisión a la Carta de la OEA no únicamente limitó la derivación de los “derechos expresos” en la Carta de la OEA, sino que utilizó una expresión mucho más comprensiva: “*los derechos que se deriven de las normas* contenidas en la Carta de la OEA”, es decir, lo importante es que la disposición de “una pista” sobre si dentro de ella se encuentra inmerso un derecho o se puede desprender la idea de un derecho.

Si hacemos un trabajo de identificación de los tipos de disposiciones que se encuentran presentes en instrumentos del sistema interamericano encontramos cuatro tipos de disposiciones:

- 1) *Disposiciones que contienen derechos expresos*: es decir, que explícitamente indican “derecho a”. En el caso de la Carta de la OEA encontramos derechos expresos, como la educación o el trabajo.
- 2) *Disposiciones que contienen normas que expresan derechos*: serían aquellas disposiciones que de su lectura el intérprete puede desprender un derecho. En el caso de la Carta de la OEA, el artículo 34 contiene diversos incisos, que aunque no indican “derecho a”, se puede entender que hacen referencia a un derecho. Por ejemplo, el artículo 34, inciso i, señala que la “[d]efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”, es decir, se puede entender que se hace referencia al derecho a la salud.
- 3) *Derechos perdidos*: es decir, derechos que entenderíamos que deberían estar presentes en un instrumento, pero por alguna razón se omitió su incorporación, como se explicó anteriormente, el derecho a la vivienda en el Protocolo de San Salvador.
- 4) *Derechos de contenido extendido*: es decir, derechos que típicamente se encuentran a favor de toda persona, pero que al ser aplicados a un grupo en situación de vulnerabilidad requieren un enfoque diferenciado en su concreción, respeto o garantía, ya que atienden a las necesidades específicas del grupo. Por ejemplo, en el SIDH, la Convención Interame-

ricana para la Protección de los Derechos de las Personas Mayores contiene en todas sus disposiciones derechos de contenido extendido a favor de las personas mayores.

En todo caso, como se explicó, la Carta de la OEA contempla disposiciones como las descritas en los incisos a y b, y el artículo 26 habilita que ambos tipos de disposiciones puedan ser utilizadas para sortear el primer y, en algunos casos, el único paso para derivar un derecho.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha derivado derechos desde la Carta de la OEA sin ninguna dificultad, ya que contiene disposiciones que, en alguna medida, ya sea de manera expresa o implícita, dan una luz sobre un determinado derecho. Sin embargo, no ocurre ello con dos derechos que han sido justiciables en la jurisprudencia de la Corte IDH, y que merecen ser comentados por separado.

El derecho al medio ambiente y el derecho al agua, como se adelantaba, no se encontraban en la mesa de discusión cuando los primeros instrumentos jurídicos interamericanos fueron adoptados (Carta de la OEA, Declaración Americana y Protocolo de Buenos Aires), por lo que si uno hace una lectura de la Carta de la OEA no encontrará, en principio, disposiciones explícitas o implícitas que hagan referencia a estos dos derechos. Lo anterior requiere un esfuerzo argumentativo e interpretativo adicional frente al hecho de solo “tener la idea de que una disposición hace referencia a un derecho”. Parece que la Corte IDH ha encontrado la solución al respecto, no sin algunos tropiezos, como veremos a continuación.

En el caso del derecho al medio ambiente sano, la primera ocasión en la que la Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse fue en la opinión consultiva 23, sobre medio ambiente y derechos humanos. En ella, la Corte IDH apuntó que el derecho al medio ambiente “*debe considerarse* incluido en los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26”.⁶⁸ Esta

⁶⁸ Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, serie A, núm. 23, párr. 57, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los ar-*

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

aseveración merece algunas precisiones. En primer lugar, la Corte IDH no hizo propiamente un ejercicio de derivación del derecho al medio ambiente, pues en lugar de utilizar “debe considerarse” pudo usar “está incluido”. Esta precisión en una opinión consultiva pudo atender a que correspondería a la Corte IDH en un eventual caso contencioso realizar el proceso de derivación del derecho observando si se cumplían todos o algunos de los pasos que desarrolló en el caso *Lagos del Campo*.

Ahora bien, en cuanto al fundamento normativo de la Carta de la OEA para poder “derivar” este derecho, la Corte IDH sorteó de manera inteligente un obstáculo: no existen referencias lo suficientemente precisas que permitieran indicar que en un texto de 1948 (aun con sus protocolos) se hiciera alusión a temas ambientales. Entonces, ¿cuál fue la solución que encontró la Corte?

Así, pareciera que la Corte IDH consideró que el derecho al medio ambiente tiene su fundamento en los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA. Estos artículos hacen referencia, en términos generales, al “desarrollo integral”, y en particular los artículos 31 y 34 indican, respectivamente, que el desarrollo integral “abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico”, y “que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral”. En este sentido, el tribunal interamericano pareciera entender que el artículo 34 habilita la inclusión de nuevos objetivos del desarrollo integral (al indicar la expresión “entre otros”) más allá de los objetivos listados en el artículo 31 (que abarca aspectos económicos, sociales, educacionales, culturales, científicos y tecnológicos). Así, no se estaba estableciendo un catálogo limitado ni exhaustivo de objetivos que se pretendieran alcanzar mediante el desarrollo integral; por ello, la protección de un medio ambiente sano podría considerarse incluido dentro de ellos.

Este razonamiento utilizado por la Corte IDH no es para nada novedoso; de hecho, aunque sin decirlo en el texto de la opinión

tículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

consultiva, el tribunal utilizó el mismo razonamiento que el Comité DESC para considerar que en el PIDESC también se podría incluir el derecho al agua (que no se encuentra expresamente consagrado ni existen referencias que hicieran alusión a dicho derecho). En la Observación General 15 —sobre el derecho al agua— el Comité DESC consideró que

...en el párrafo 1 del artículo 11 del P[IDESC] se enumeran una serie de derechos que dimanar del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. *El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva.* El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia...⁶⁹

El tribunal interamericano, para sortear el paso del uso de la nomenclatura de “desarrollo integral” e interpretar que existía mayor grado de alusión al medio ambiente, consideró oportuno señalar que el “desarrollo integral” ha sido definido por la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA (SEDI) como “el nombre general dado a una serie de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible [y que] una de las dimensiones del desarrollo sostenible es precisamente el ámbito ambiental”.⁷⁰

Ahora bien, en el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, el tribunal interamericano sí hizo el proceso de derivación que mandata el artículo 26. Inclusive el caso demuestra que no necesariamente tienen que estar presentes los cuatro pasos que se indicaron en el caso *Lagos del Campo*, pues en la sentencia no se hace referencia a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.⁷¹

⁶⁹ Comité DESC, Observación General 15, *Derecho al agua*, 20 de enero de 2003, E/C.12/2002/11, párr. 3.

⁷⁰ Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 23, nota al pie 85... *cít.*

⁷¹ En el caso, el Tribunal hace referencia a: i) las disposiciones de la Carta de la OEA pertinentes, ii) a algunos instrumentos internacionales que reconocen el

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

En el mismo caso, la Corte por primera vez tuvo la oportunidad de conocer una violación sobre el derecho al agua. Como se había mencionado, al igual que el medio ambiente, este derecho no encuentra referencias explícitas o implícitas en la Carta de la OEA que, en principio, tuvieran la base normativa para derivar el derecho desde el mandato de remisión del artículo 26. Lo lógico hubiera sido que la Corte Interamericana utilizara los mismos fundamentos que aplicó para derivar el derecho al medio ambiente sano, es decir, los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA.

No obstante, en el caso *Lhaka Honhat*, el tribunal afirmó que “el derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua”.⁷² Dos cuestiones graves que comete la Corte sobre este derecho.

En primer lugar, la Corte IDH deriva el derecho al agua de otros derechos (en este caso a partir de la vida cultural, el medio ambiente y la alimentación), es decir, realiza una derivación de segundo grado, lo cual no mandata el artículo 26 de la Convención. En segundo lugar, afirma que el derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26, pero, como consistentemente se ha indicado, es requisito *sine qua non* que exista por lo menos una norma de la Carta de la OEA que permita derivar un derecho, que es el mandato literal establecido por el artículo 26 del Pacto de San José.

En el caso, el fundamento utilizado es distinto a una norma de la Carta de la OEA. El tribunal justifica su actuar indicando que “ya con anterioridad ha adoptado decisiones sobre la base de advertir la existencia de derechos a partir del contenido de otros que surgen de textos convencionales aplicables”; por ejemplo, “derecho a la verdad”.⁷³ Nuevamente en esta justificación comete errores argumentativos graves, por razones expuestas a continuación.

derecho, así como algunas Constituciones nacionales, y iii) a la Constitución de Argentina.

⁷² Caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, serie C, núm. 400, párr. 222.

⁷³ *Ibidem*, nota al pie 218.

En primer lugar, el Tribunal confunde “la interpretación evolutiva” que ha utilizado a lo largo de su jurisprudencia para identificar derechos previamente reconocidos en la Convención Americana con el mandato literal y expreso contenido en el artículo 26, cuyo texto impone al interprete forzosamente identificar, por lo menos, una disposición de la Carta de la OEA que sirva como pilar para poder desplegar el contenido del artículo 26. Esta “derivación a partir de otros derechos” va en contra de lo indicado por el Pacto de San José en cuanto a la forma en la que deben derivarse los derechos sociales.

En segundo lugar, aunque en esta justificación laxa que hace el tribunal refiere que esta misma práctica la ha hecho para plan-tear la existencia del derecho a la verdad, pero, curiosamente, el fallo cita casos en donde la Corte IDH aún no reconocía dicha autonomía.⁷⁴

No pasa inadvertido que la Corte recurre posteriormente a la interpretación que hizo el Comité DESC sobre la existencia del derecho al agua en el artículo 11 del PIDESC a partir de la interpretación del término “incluso”, presente en la referida disposición (mis-mo razonamiento implícito que el tribunal interamericano utilizó para derivar el derecho al medio ambiente de la Carta de la OEA).⁷⁵

Afortunadamente, la Corte IDH parece haberse percatado de su error en la reciente Opinión Consultiva 29 sobre enfoques diferen- ciados de personas privadas de libertad, en la cual, al hacer men- ción del derecho al agua, expresamente señaló los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA como fundamento para operar el mandato establecido dentro del artículo 26.⁷⁶

⁷⁴ En el caso, la Corte IDH citó los siguientes casos: *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*; *Gelman vs. Uruguay*; *Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia*, y *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. De hecho la Corte reconoció el derecho a la verdad como derecho autónomo en los casos: *Anzualdo Castro vs. Perú* y *Gomes Lund vs. Brasil*. En especial y con mayor consistencia, a partir del caso *Masacres de la Comunidad de Santa Bárbara vs. Perú*.

⁷⁵ *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, serie C, núm. 400, párr. 223.

⁷⁶ Opinión Consultiva OC-29/22 del 30 de mayo de 2022. serie A, núm. 29, párr. 91 y nota al pie 147. *Enfoques diferenciados respecto de determinados gru-*

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

En la mayoría de los casos conocidos hasta ahora, la Corte IDH se pronuncia sobre la derivación de un derecho social; sin embargo, en los casos *Comunidades Indígenas Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (2020),⁷⁷ *Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) vs. Honduras* (2021),⁷⁸ *Vera Rojas y otros vs. Chile* (2021)⁷⁹ y *Extrabajadores del Organismo Judicial vs Guatemala* (2021)⁸⁰ ha derivado múltiples derechos desde el artículo 26 sin brindar una argumentación de las razones. Es decir, no ha indicado argumentos por los cuales el artículo 26 en un caso concreto puede abarcar más de un derecho social.

Finalmente, la Corte IDH ha dejado claro que cuando un derecho es justiciable vía Protocolo de San Salvador (educación y asociación sindical) tratándose además de un Estado parte, es innecesario hacer este ejercicio de derivación mediante el artículo 26 de la Convención Americana.⁸¹

2. El valor de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre

El segundo elemento que toma en consideración la Corte Interamericana para realizar la derivación es recurrir a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. En este sentido, la Corte IDH en la Opinión Consultiva 10, indicó que

...los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que

pos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos).

⁷⁷ En el caso derivó: medio ambiente, participar en la vida cultura, alimentación y agua.

⁷⁸ En el caso derivó: seguridad social y salud.

⁷⁹ En el caso derivó: seguridad social, salud y condiciones justas, seguridad y de salud en el empleo.

⁸⁰ En el caso derivó: estabilidad laboral, huelga y asociación sindical.

⁸¹ *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2020, serie C, núm. 405, nota al pie 110 y párr. 117.

la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.⁸²

Como se venía adelantando, no se trata de un test, por lo que en el caso de algunos derechos (por ejemplo, medio ambiente y agua) no se encontrarán plasmados en la Declaración debido el momento en el que dicho instrumento fue adoptado (1948).

Reitero, que un derecho social no se encuentre en la Carta de la OEA no impide al tribunal derivar la existencia de un derecho, tal como fue referido en el apartado anterior respecto del derecho al medio ambiente sano en el caso *Lhaka Honat*.

3. Corpus iuris nacional e internacional

Como tercer elemento, la Corte IDH considera oportuno recurrir tanto al derecho nacional como al derecho internacional comparado. Dos anotaciones al respecto.

Si bien en el derecho constitucional se hace un recuento de las Constituciones de los Estados que reconocen expresamente el derecho en cuestión que se pretende derivar, esto no debe dar la idea, bajo ninguna circunstancia, de que en caso de que no se reuniera “un mínimo” de Estados que consagren un determinado derecho social en sus Constituciones el tribunal interamericano pudiera aplicar la figura de un posible margen de apreciación nacional. De hecho, tal cuestión fue descartada cuando la Corte IDH derivó el derecho al medio ambiente.

Una cuestión adicional que debe tenerse en cuenta en este tercer paso en el proceso de derivación de derechos sociales que inicialmente han sido identificados en la función consultiva, a saber:

⁸² Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A, núm. 10, párr. 43, *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*.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

medio ambiente, huelga y libertad sindical. En primer lugar, y como punto de partida, la Corte IDH ha indicado que las pautas que genera en esta función, tanto en la posibilidad de solicitud como en la interpretación que surge, no sólo son referentes para los Estados que han reconocido su competencia contenciosa, sino para “todos los integrantes que conforman el Sistema Interamericano”,⁸³ ello incluye a los Estados que no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.

En segundo lugar, curiosamente, aunque la Corte IDH despliega una serie de interpretaciones que desde su perspectiva ayudan a cumplir los compromisos internacionales de manera preventiva para todos los Estados, aun aquellos que no han aceptado la competencia contenciosa, en la derivación de estos derechos en las opiniones consultivas respectivas (23 y 27) no se hace alusión a las Constituciones o legislación de Estados que no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Esta cuestión pudiera ser menor, pero dado que se genera un estándar preventivo para *todos los Estados del Sistema*, en esa medida, sería adecuado que el tribunal interamericano incorpore la referencia a las Constituciones.

De especial ligereza resulta en el caso de la huelga y de la libertad sindical, en donde a partir de una serie de Constituciones—en especial de los Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte—indicó que constituyen “principios generales de derecho internacional”.⁸⁴ Si bien no se sostiene que como requisito en este paso se necesite un consenso entre los Estados, indicar que dichos derechos constituyen principios generales de

⁸³ Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1, párr. 39, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁸⁴ Opinión Consultiva OC-27/21 del 5 de mayo de 2021, serie A, núm. 27, notas al pie 67-69 y 127, párr. 97. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género* (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3o., 6o., 7o. y 8o. del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2o., 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

derecho internacional resulta desmedido por parte del tribunal interamericano, en especial cuando no incorpora a todos los Estados que conforman el sistema interamericano más allá de los que han aceptado su competencia contenciosa.⁸⁵

En cuanto al derecho internacional comparado, se debe tener presente que el tribunal interamericano en principio recurre a los instrumentos jurídicos internacionales que consagran los derechos sociales, en especial, el PIDESC. Pero adicionalmente, en gran medida, basa su análisis en el desarrollo que el Comité DESC ha dado en las observaciones generales. Llama la atención que aunque la Corte IDH invoca algunas disposiciones de la Carta Social Europea, es casi nulo el diálogo que existe con el Comité Europeo de Derechos Sociales en cuanto al contenido de los DESC, a diferencia de la práctica que impera en la jurisprudencia interamericana en cuanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4. *El uso de la Constitución nacional*

En cuanto al derecho nacional, por lo general la Corte IDH únicamente se ocupa en constatar la existencia de un derecho social en la Constitución que rige a un Estado. Aunque la Corte IDH no ha sido rigurosa en ello, pareciera que la inclusión de este paso estaría condicionada a que al momento de los hechos y el momento actual el Estado tenga en su Constitución nacional el derecho que está analizando.⁸⁶

No obstante, algo particularmente preocupante sucedió en el caso *Lhaka Honhat* respecto al derecho al agua, en donde el fundamento normativo expreso del derecho al agua se encontraba en una Constitución de una provincia y no en la Constitución federal. de este modo, el tribunal interamericano generó un estándar aplicable a todo un Estado, y en general a todo el sistema, a partir de

⁸⁵ *Ibidem*, párrs. 70 y 97.

⁸⁶ Tal como indicó en el caso *Lagos del Campo*, en donde se había adoptado una nueva Constitución con posterioridad a los hechos del caso.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

un cuerpo normativo cuyo contenido no opera para todo un Estado, y con el que no todos los países del sistema comparten la misma configuración estatal (federado).

Por otro lado, el razonamiento de la Corte IDH utilizado en el caso para el proceso de derivación es que la Constitución federal tenía incorporados expresamente los derechos al medio ambiente, a la salud y a la alimentación, y, entonces, se podría entender que se encontraba incluido el derecho al agua a partir de la previsión de que los instrumentos internacionales ratificados por el Estado formaban parte de la Constitución sin indicar si al momento de los hechos el Estado argentino ya había ratificado el PIDESC, y menos aún si para el momento de los hechos el Comité DESC ya había realizado la interpretación en la Observación General 15 sobre la palabra “incluso” desde la cual el referido Comité precisó que existía un derecho al agua contenido en el PIDESC. Esta argumentación ha sido de manera aislada y no se ha repetido en los posteriores casos.

5. *El resultado de la derivación: las facetas y componentes del derecho*

Cuando la Corte IDH ha constatado que un derecho tiene suficiente grado de precisión en su proceso de derivación ha procedido a determinar qué derecho analizará en cada caso concreto. Sin embargo, en algunos casos el tribunal ha sido mucho más puntual al señalar qué aspecto o que “faceta” del derecho analizará, o si en el análisis se está ante “componentes” de un derecho.

Por ejemplo, a la fecha existen diversos casos relacionados con el derecho al trabajo, pero en cada uno de ellos la Corte IDH ha analizado diferentes facetas de ese derecho: 1) estabilidad laboral,⁸⁷ 2) condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la salud del trabajador,⁸⁸ o 3) la discriminación en el empleo.⁸⁹ Por

⁸⁷ Véase el caso *Lagos del Campo vs. Perú* y el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*.

⁸⁸ Véase el caso de *Los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*.

⁸⁹ Véase el caso *Guevara Díaz vs. Costa Rica*.

otro lado, también identifica componentes, como lo es el salario en el caso del trabajo,⁹⁰ o el derecho al acceso a la justicia.⁹¹

En todo caso, la diferencia entre faceta y componente radica en el hecho que una *faceta* es una manifestación de cómo en los hechos del caso el derecho se proyecta (qué arista se tiene que analizar), y un *componente* estaría condicionado a que es un elemento esencial para configurar el derecho; por ejemplo, un trabajo existe en la medida en que se reúnen tres elementos: patrón, trabajador y retribución (salario). O bien representa una vía para materializar el derecho en caso de incumplimiento,⁹² como lo es el caso de acceso a la justicia.

Otro ejemplo en la jurisprudencia de la Corte IDH es en el caso de la libertad sindical, en donde la negociación colectiva es parte del referido derecho.⁹³

⁹⁰ Véase el caso *Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) vs. Perú*.

⁹¹ Véase el caso *Spoltore vs. Argentina*.

⁹² El acceso a la justicia no sólo representa un vehículo (lo cual lo hace diferente, por ejemplo, a la accesibilidad de la información —acceso a la información— o la participación política), sino que se erige como un mecanismo de reclamo ante las autoridades judiciales. Al respecto, la Corte IDH ha indicado: “234. ...el acceso a la justicia... constituye un medio para remediar cualquier violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas... incluyendo los recursos y la reparación. Ello también implica que el acceso a la justicia garantiza la plena realización de los derechos a la participación pública y al acceso a la información, a través de los mecanismos judiciales correspondientes”. Cfr. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, serie A, núm. 23, párr. 234. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal —interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1—, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.

⁹³ Opinión Consultiva OC-27/21 del 5 de mayo de 2021, serie A, núm. 27, párr. 91. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3o., 6o., 7o. y 8o. del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2o., 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Convención de Belém do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

Inclusive, la faceta de un derecho puede tener componentes. Nuevamente, regresando al ejemplo del derecho al trabajo, el Comité DESC en su OG 23 ha señalado que “la prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”.⁹⁴ Como vemos, la faceta del derecho al trabajo son las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y un componente de esta faceta es la prevención del accidentes y enfermedades profesionales.

Ahora bien, la Corte IDH debe tener clara la diferencia entre “faceta”, “componente” y “los elementos esenciales”. Los elementos esenciales son aquellos que el Comité DESC ha desarrollado en sus observaciones generales y que sirven para evaluar si se ha garantizado el derecho (por ejemplo, accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad, disponibilidad en el caso del derecho a la salud o a la salud sexual y reproductiva).

Esta diferenciación resulta crucial, ya que, de manera reciente, en el caso *Brítez Arce y otros*, el tribunal refirió que se pronunciaría sobre el componente de “accesibilidad de la información”⁹⁵ del derecho a la salud sexual y reproductiva cuando, de manera correcta, en el caso *Cuscul Pivaral y otros* lo había identificado “como elementos esenciales”.⁹⁶ Otra forma adecuada de llamar a estos elementos es como lo hizo la Corte IDH en el caso *Valencia Campos y otros*, denominándolos: “principios”.⁹⁷

Entonces, en el caso *Brítez Arce y otros* no se está ante un componente del derecho a la salud sexual y reproductiva,⁹⁸ sino frente

⁹⁴ Comité DESC, Observación General 23, *Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*, párrs. 25, 4 de marzo de 2016.

⁹⁵ *Caso Brítez Arce y otros vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2022, serie C, núm. 474, párr. 72.

⁹⁶ *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, párr. 106.

⁹⁷ *Caso Valencia Campos y otros vs. Bolivia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 18 de octubre de 2022, serie C, núm. 469, párr. 234.

⁹⁸ De hecho, la Observación General 23 indica que “el derecho a la salud sexual y reproductiva es parte del derecho a la salud (es decir, el primero es una faceta del segundo). Los componentes de derecho a la salud sexual y reproductiva son:

a un elemento esencial del derecho que sirve como parámetro para evaluar si se ha cumplido o no con la garantía del derecho. La importancia de distinguirlos radica en que un componente o faceta de un derecho se evalúa conforme a los elementos esenciales.

Por otro lado, también se puede dar el supuesto en donde se conjugan dos derechos para mostrar la forma en la que se deberá analizar un caso. Por ejemplo, en el caso del Comité DESC, en la Observación General 25, desplegó el contenido del derecho humano a los avances científicos, que se relacionan tanto con el derecho a la salud como con el derecho a la cultura. La Corte Interamericana no ha tenido la oportunidad de analizar este supuesto en su jurisprudencia reciente,⁹⁹ pero deberá tener presente las facetas, los componentes y los elementos esenciales que deberá evaluar.

6. Los resolutivos: un enredo innecesario

Una de las cuestiones que ha estado constantemente en los debates, y que ha variado en los últimos seis años, es la forma en la que se integran los resolutivos. Desde el caso *Lagos del Campo* (2017) hasta el caso *Muelle Flores* (2019), cuando la Corte IDH declaraba la vulneración a un derecho social lo hacía en un resolutivo diferenciado de otros derechos. No obstante, a partir del caso *Hernández y otros* y *ANCEJUB-SUNAT* (ambos de 2019), la Corte IDH comenzó a integrar en un solo resolutivo todas las violaciones que estaban conexas con los derechos sociales (ya sea vida, integridad, o bien relacionadas con el acceso a la justicia).

Esta creación artificial de resolutivos llevó a que jueces como Sierra Porto y Vio Grossi externaran su inconformidad,¹⁰⁰ pues, a su

a) la salud sexual y b) la salud reproductiva. Estos dos componentes son los que se avalúan con los elementos esenciales de: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad". Cfr. Comité DESC, Observación General 22, *Derecho a la salud sexual y reproductiva*, E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016, párrs. 1, 6 y 11-21.

⁹⁹ Por ejemplo, en el caso *Artavia Murillo* (fecundación *in vitro*) estaba presente el análisis del derecho a la salud y cultura: por la negación de los avances científicos en materia de reproducción.

¹⁰⁰ Véase la postura asumida por los jueces Sierra Porto y Vio Grossi en sus votos del caso *Ancejub Sunat vs. Perú* y el caso *Hernández vs. Argentina*.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES...

criterio, esta integración de todas las violaciones en un solo resolutivo impedía que pudieran externar de manera plena su disidencia. De hecho, esta situación generó que el juez Sierra votara a favor de resolutivos donde se incluía la violación al artículo 26, pero en su voto separado expresaba que la votación únicamente obedecía a que no se le permitía votar en disidencia frente al artículo 26.¹⁰¹

Esta práctica quizá se vio influenciada con la entrada al tribunal del juez Pérez Manrique, quien mantuvo la postura de que la única forma de declarar la vulneración del artículo 26 era necesariamente si dicho artículo venía acompañado de la vulneración de derechos contemplados en los artículos 3o. al 25 de la CADH. Esta posición puede corroborarse en el caso *Lakha Honhat*, en el cual el juez votó en contra del artículo 26,¹⁰² pese a que había votado a favor en los casos Hernández y ANCEJUB-SUNAT. La única diferencia entre el primer caso y los últimos dos es que en el primero la Corte IDH retomó su práctica de declarar violado el artículo 26 de forma aislada y no en conjunto con derechos contemplados en los artículos 3o. al 25 del Pacto de San José.

Recientemente, la Corte IDH ha retomado su práctica de separar los resolutivos relativos a los derechos contemplados en los artículos 3o. a 25 y el de la vulneración del artículo 26.¹⁰³

En todo caso, la práctica de integrar en un solo resolutivo todos los derechos fue innecesaria, ya que sólo generó traslapes interpretativos en los fallos que fueron decididos con este esquema, en donde se generó la sensación de que los derechos sociales seguían siendo justiciables de manera indirecta.¹⁰⁴

¹⁰¹ Véase el párrafo 7 del voto del juez Sierra, en el caso *Guachalá Chimbó y otros vs. Ecuador*.

¹⁰² Véase el voto razonado del juez Pérez Manrique al caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*.

¹⁰³ Véase la nueva postura asumida recién en 2020 en los casos *Mina Cuero y Benites Cabrera*.

¹⁰⁴ Participación de Silvia Serrano en el X Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. La protección de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en México y en la experiencia comparada, Universidad Iberoamericana, México, 2022.