

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Víctor Bazán\* (Argentina)

## **Derechos económicos, sociales y culturales: su fundamentalidad, exigibilidad y otras cuestiones en los ámbitos jurídicos internos y el desafío de su justiciabilidad directa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

### **RESUMEN**

Este artículo, primero, formula ciertas consideraciones en torno a la fundamentalidad, la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; continúa con reflexiones sobre la progresividad y la prohibición de regresividad injustificada de tales derechos, y, finalmente, comenta sobre la dignidad humana y su vinculación con el contenido esencial de aquellos derechos. Además, este ensayo plantea uno de los retos principales que asoma en la prospectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: la procedencia de la justiciabilidad directa de estos por conducto del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a partir de una interpretación evolutiva y dinámica de dicho precepto convencional.

**Palabras clave:** derechos económicos, sociales y culturales; dignidad humana; Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículo 26; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina); profesor de posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA) y de otras universidades argentinas y extranjeras. Autor, coordinador y/o coautor de más de 100 libros y autor de alrededor de 230 artículos en materia de derecho constitucional, derecho procesal constitucional, derechos humanos y derecho internacional publicados en Argentina y el exterior. [vba\\_mart9@yahoo.com.ar](mailto:vba_mart9@yahoo.com.ar).

Der Artikel stellt zunächst einige Überlegungen zur grundsätzlichen Bedeutung sowie zur Geltendmachung und Justiziabilität von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten an. Daran anschließend befasst er sich mit dem progressiven Charakter dieser Rechte und dem Verbot einer ungerechtfertigten Regression und schließt mit einem Kommentar zur Menschenwürde und ihrer Verknüpfung mit dem Wesensgehalt der genannten Rechte. Daneben befasst sich der Beitrag auch mit einer der wichtigsten Herausforderungen an die künftige Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf dem Gebiet der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte: die Statthaftigkeit ihrer direkten Geltendmachung nach Artikel 26 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention auf der Grundlage einer evolutiven, dynamischen Auslegung der genannten Konventionsvorschrift.

**Schlagwörter:** Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Menschenwürde; Amerikanische Menschenrechtskonvention: Artikel 26; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte.

## ABSTRACT

This paper begins by making some considerations about the fundamental nature, the enforceability and the justiciability of economic, social and cultural rights; it continues with reflections on the progressiveness of these rights and the prohibition of unjustified regressivity and concludes with some remarks on human dignity and its relation to the essential contents of those rights. This essay also sets out one of the main challenges raised in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights with respect to economic, social and cultural rights: whether these rights are directly justiciable under article 26 of the Inter-American Convention on Human Rights, based on an evolving and dynamic interpretation of that conventional provision.

**Keywords:** Economic, social and cultural rights; human dignity; Inter-American Convention on Human Rights, article 26; Inter-American Court of Human Rights.

## El recorrido propuesto

El núcleo del trabajo presenta dos bloques temáticos claramente marcados. El primero mostrará ciertas consideraciones en torno a la fundamentalidad, la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), unas notas sobre la progresividad y la prohibición de regresividad injustificada de tales derechos, e, *inter alia*, determinados apuntes acerca de la dignidad humana y el contenido esencial de los DESC. Semejante acercamiento analítico enfocará diversas cuestiones ligadas a estos derechos en el ámbito interno, sin omitir aspectos del problema anclados en la dimensión internacional.

Por su parte, el segundo bloque se focalizará en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la materia, para pasar a

plantear y argumentar por qué la justiciabilidad directa de los DESC por vía del tan potencialmente rico como subutilizado artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es un reto perentorio que el tribunal interamericano debería enfrentar para expandir cualitativamente el radio protectorio de los DESC. Además, no faltarán sucintas apreciaciones subsidiarias acerca de estrategias indirectas de acceso al sistema interamericano para la tutela de tales derechos, que podrían resultar útiles si en el corto o el mediano plazo no se generan cambios en la percepción de la Corte para viabilizar dicha justiciabilidad frontal que postulamos.

A su tiempo, unas sumarias valoraciones marcarán el cierre del trabajo, acoplándose a otras observaciones conclusivas intercaladas en el nudo del mismo.

## 1. Primer nudo temático: tomando en serio los derechos económicos, sociales y culturales<sup>1</sup>

### 1.1. Los DESC como derechos exigibles

Aunque obvio, vale subrayar que *los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los civiles y políticos*. Por supuesto, no han faltado voces que catalogan a los primeros como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo. Por ende, la necesidad de *corregir su presunta imperfección* representa todo un desafío para la imaginación de los operadores del sistema jurídico, tanto al formular planteos a su respecto como al ser estos resueltos por los órganos públicos competentes.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos<sup>2</sup> (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Algunos de los temas que se referirán aquí fueron analizados por Víctor Bazán, por ejemplo, en: “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor Bazán (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009, pp. 257-300; y *Vías de maximización protectoria de los derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, La Ley, T° 2007-D, pp. 1135-1149.

<sup>2</sup> A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

<sup>3</sup> Declaración y el Programa de Acción de Viena, Parte II, párr. 98.

Además, vale mencionar lo que embrionariamente se planteara en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como aproximación a lo que hoy se conoce como indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces

Es también imprescindible tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real. Como hipótesis de mínima, debe admitirse que los derechos sociales *presentan alguna veta de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto que se perfila como un peculiar desafío para el Estado constitucional y convencional y un bien entendido activismo judicial.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación general (OG) 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a “La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.<sup>4</sup>

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que este es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instrumento internacional que no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la Resolución 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Acerca del papel que ha jugado tal Comité, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquel,<sup>5</sup> que se reunió por primera vez en 1987.

Respecto de la protección de los DESC en el ámbito universal, debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado en la imposibilidad de presentar *comunicaciones individuales* ante el Comité de DESC de la ONU. Sin embargo, ello ha tenido comienzo de solución (al menos en su prefiguración normativa) con la adopción del Protocolo Adicional al PIDESC, que adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Se-

---

“Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

<sup>4</sup> Nos referimos a lo sostenido en el punto 10 *in fine* de tal OG, bajo el epígrafe de “Justiciabilidad”.

<sup>5</sup> Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1998, p. 352.

cretaría General de la ONU. Esto ocurrió el 5 de mayo de 2013, con la ratificación correspondiente a Uruguay, plasmada el 3 de febrero de ese año.

## 1.2. Los DESC como precondiciones para el ejercicio de ciertos derechos civiles y políticos

La importancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión (al menos en América Latina). De hecho, muchos de ellos (el derecho a la salud, a la alimentación, etc.) son *prerrequisitos* para el ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos.

Como *mutatis mutandis* puntualiza Ferrajoli,

los derechos de libertad [...] son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. *Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información.*<sup>6</sup> (Énfasis agregado)

Desde otro ángulo (aunque con convergencias respecto de lo dicho en el párrafo anterior), Nino explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”<sup>7</sup>

Por lo demás, coincidimos con Prieto Sanchís cuando se opone a la consistencia de la llamada *teoría de los “dos mundos”* con que a veces se ha querido describir el modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado, se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir.<sup>8</sup> Añade que no es precisamente esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución co-

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, trad. de Alí Lozada, 2006, p. 19.

<sup>7</sup> Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 301.

<sup>8</sup> Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., México, D. F., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 66-67.

mo marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que *la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social.<sup>9</sup>

### 1.3. Un sucinto acercamiento al principio de progresividad y a la pauta de no regresividad injustificada de los DESC

1.3.1. En tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia este epígrafe, vale insistir en que la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de los derechos llevan a dudar de la sustentabilidad semántica de la impropia expresión “generaciones de derechos humanos”.

Tampoco debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en su mentada *progresividad* y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos –civiles y políticos– no legitima la denegación de otros –económicos, sociales y culturales– (ver, v. g., la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo, de 1986), *pues la pauta de indivisibilidad justamente proscrib[e] de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros*.

1.3.2. Tomando tales insumos como plataforma de lanzamiento y pensando a la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) de que tal *progresividad es sólo simbólica*, para dar paso a una *progresividad efectiva y real* de los DESC.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad injustificada* por los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>10</sup> Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de re-*

Sin perjuicio de otras alusiones que se efectuarán a la OG 3 del Comité de DESC [“La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”], de 14 de diciembre de 1990, vale por ahora recordar que en ella este cuerpo ha puntualizado claramente que las *medidas de carácter deliberadamente regresivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del punto 9).

Respecto del tema se ha puntualizado que, en tiempos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que, por el contrario, tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*”<sup>11</sup> (énfasis agregado).

El tópico conecta entonces con la aludida tesis del *contenido esencial de los derechos fundamentales* (*Wesensgehalt*, según la terminología alemana) y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha mudado, pasando –en palabras de Zagrebelsky– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho*.<sup>12</sup>

Y es precisamente con el telón de fondo descrito que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el ámbito interno de los Estados deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales –mediante un prisma de inacción deferente– como *latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagratorias de los DESC*.

## 1.4. Dignidad humana, contenido esencial de los DESC y otras cuestiones

1.4.1. Como anunciábamos, los DESC son precondiciones para el disfrute de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos. Pensemos, por ejemplo, en

---

*gresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, 2006, p. 17.

<sup>11</sup> Jaume Saura Estapà, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, p. 14. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura\\_exigibilidad\\_DESC.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).

<sup>12</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, p. 147.

derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, sin los cuales aquellos serían poco más que simples palabras o solo “derechos de papel”.<sup>13</sup>

Dicho de otro modo, es por medio de hechos y no de fraseología vana como debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (“derecho a la supervivencia”,<sup>14</sup> en la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes desde que apuntan a los límites a los poderes públicos –incluidos los de la mayoría– respecto de los derechos, aunque también con diferencias,<sup>15</sup> Ferrajoli acuña el concepto de “esfera de lo no decidible”, Bobbio el de “territorio inviolable” y Garzón Valdés el de “coto vedado”.

---

<sup>13</sup> Sobre este tópico, y más allá de las referencias efectuadas por Luigi Ferrajoli (*op. cit.*, pp. 15-31), mencionaremos a continuación otras muestras meramente ejemplificativas. Así, Wellman distingue entre “derechos reales” y “derechos de papel”: “*real rights*” y “*paper rights*”. Así, sostiene: “I accepted the distinction between real rights, rights that are actually recognised and secured by the legal institutions of a society, and merely ‘paper rights’, rights proclaimed in legal documents that are ignored in the operations of the legal system” (Carl Wellman, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, por ejemplo, p. 42, correspondiente al capítulo 1: “Seeking a Theory of Rights”, específicamente en el punto 14: “A realistic description of rights”). A su tiempo, Guastini se refiere a “‘verdaderos’ derechos y derechos ‘sobre el papel’”. Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: i) son susceptibles de tutela jurisdiccional; ii) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; y iii) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos “sobre el papel”, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. El autor nombrado en último término sostiene que los derechos sociales (como los derechos morales) son “sobre el papel” porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, aunque este –si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados– no tiene ninguna obligación precisa en lo que respecta a los medios (un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines), lo que es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, o sea que la omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción (Riccardo Guastini, “Derechos: una contribución analítica”, en *Estudios de teoría constitucional*, trad. de Andrea Greppi, México, D. F., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, 2003, pp. 220-221 y 223-224). Discrepamos respetuosamente de la posición de Guastini en cuanto a la alegada imposibilidad de superar una omisión inconstitucional legislativa en la materia. Contrariamente a ello, pensamos que el órgano de justicia constitucional correspondiente y competente sí tiene a su alcance diversas herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconvencionales (ver al respecto Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2014, *passim*).

<sup>14</sup> Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 19, tal como anticipáramos en la nota 6 a pie de página.

<sup>15</sup> El propio Ferrajoli se encarga de marcar dichas diferencias en: “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, trad. de Miguel Carbonell, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008, pp. 337-343.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la “esfera de lo no decidible” demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador –*lo que no puede ser decidido por este*– en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestos al legislador –*lo que debe ser decidido por este*– en garantía de los derechos sociales.<sup>16</sup>

A su tiempo, Bobbio precisa:

Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de “inviolables”. Ahora bien, *lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria*. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría [...]. La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una *especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario*.<sup>17</sup> (Énfasis agregado)

Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio –o frontera– inviolable” deben incluirse ciertos derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*.<sup>18</sup>

En su matriz de análisis, Garzón Valdés se refiere al “coto vedado”<sup>19</sup> o conjunto de valores últimos. En el fondo, este exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades, debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios. Al respecto, Cruz Parceró señala que “ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga”.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Ver Perfecto Andrés Ibáñez, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, p. 209.

<sup>17</sup> Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2005, pp. 478-479.

<sup>18</sup> Michelangelo Bovero, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008, p. 222.

<sup>19</sup> Como se sabe, Garzón Valdez toma la expresión “coto vedado” del título de un libro autobiográfico del escritor Juan Goytisolo, *Coto vedado*, Barcelona, Seix Barral, Biblioteca Breve, 1985, publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

<sup>20</sup> Juan A. Cruz Parceró, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones (Derechos Sociales)*, año III, núm. 4, p. 87 (el

1.4.2. Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*<sup>21</sup> o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*. Al respecto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de importantes máximos órganos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia, CC, y el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bundesverfassungsgericht, BVerfGE*) en torno a aquel intenso vínculo al que referíamos.

En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992,<sup>22</sup> la CC señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El *derecho a un mínimo vital* –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– *es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho* que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución” (énfasis agregado).

El mínimo vital es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la CC, que exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora sobre el particular. Para dicho tribunal, el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario evaluar las circunstancias de cada caso concreto, *haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo* (v. g., Sentencia T-338 de 2001<sup>23</sup>), verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como *la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación*, como mecanismos para hacer realidad su *derecho a la dignidad humana* (por ejemplo, Sentencia T-581A de 2011<sup>24</sup>).

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza fundamental *relacionado con la dignidad humana*. Así, la CC ha mantenido que justamente *el principio constitucional de dignidad humana*, sobre el que se establece el Estado social de derecho, *sirve de fundamento al derecho al mínimo vital*, cuyo objeto no es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997<sup>25</sup>).

---

trabajo fue también publicado digitalmente en Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, pp. 71-98).

<sup>21</sup> Un interesante acercamiento a la cuestión puede verse en Encarna Carmona Cuenca, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012, pp. 1577-1616.

<sup>22</sup> De 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>23</sup> De 29 de marzo de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>24</sup> De 25 de julio de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>25</sup> De 24 de septiembre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por su lado, en un pronunciamiento relativamente cercano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el *BVerfGE* resolvió el caso llamado *Hartz IV*.<sup>26</sup> Esta denominación (que en menor medida es también conocida como *Arbeitslosengeld II*, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en 2005, que el *BVerfGE* entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un *mínimo de subsistencia digna*, vulnerando de tal modo el artículo 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en relación con el artículo 20.1, *ibid.*, o sea, respectivamente, la intangibilidad de la dignidad humana y el Estado social. El tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital* que esté en consonancia con la *dignidad humana* en conexión con el principio del *Estado social* garantiza a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la primera conceptualización por un tribunal constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales.<sup>27</sup>

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por parte de todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir.<sup>28</sup>

1.4.3. En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESC cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente*, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera *negativamente* como límite al legislador, en tanto este no puede dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral básico.

Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no es, preci-

---

<sup>26</sup> *BVerfGE* 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09. El texto de la sentencia en alemán e inglés puede verse en el sitio oficial del *Bundesverfassungsgericht*. Disponible en: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/l20100209\\_1bv1000109en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/l20100209_1bv1000109en.html).

<sup>27</sup> Ver Claudia Bittner, "Casenote - Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010", *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, pp. 1941-1942. Disponible en: [https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_1941-1960\\_Bittner%20FINAL.pdf](https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf).

<sup>28</sup> Néstor Osuna Patiño, "El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial", *Revista Derecho del Estado*, núm. 14, junio de 2003, p. 95.

samente, la más acertada.<sup>29</sup> Al respecto, consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar, y las características contextuales; y luego, a partir de la aplicación de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello,

los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión.<sup>30</sup>

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se ha advertido que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional al contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto por un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino solo una parte del mismo (ver Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 327-328).

<sup>30</sup> Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 85-86.

<sup>31</sup> Gavara de Cara, *op. cit.*, p. 142.

La tesis alemana del “límite a los límites” (“*Schranken-Schranke*”) se refiere por ejemplo (y valga la tautología) a las limitaciones que debe observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad.<sup>32</sup>

Tal como manifiesta Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el artículo 53.1 de la Constitución española),<sup>33</sup> para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo.<sup>34</sup>

En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta y relativa*. La primera imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y la sección circunferencial

---

<sup>32</sup> Específicamente sobre este principio, ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, *passim*.

Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta* y *ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, que en sentido *amplio* “consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución”. Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es adecuada a la finalidad perseguida), de *necesidad* (constatar que el perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible) y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende), de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado) y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) (Juan C. Gavara de Cara, *op. cit.*, pp. 332-334).

<sup>33</sup> Como puede suponerse, no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el artículo 18.3 de la Constitución de Portugal establece: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y *no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales*” (énfasis agregado). Por su parte, en el marco global europeo, el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades*. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (énfasis agregado).

<sup>34</sup> Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 111.

exterior como la parte accesorio o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita; mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas.<sup>35</sup>

La segunda teoría entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo sino determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.<sup>36</sup> El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa), al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos en pugna, oponiéndose a la teoría absoluta, que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación.<sup>37</sup>

Para ser lícita una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona al último. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad*, como una relación de concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar la interpretación constitucional.<sup>38</sup>

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy<sup>39</sup> o Hesse.<sup>40</sup>

1.4.4. A su tiempo, el Comité de DESC ha expresado: “Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese *Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado*”<sup>41</sup> (énfasis agregado).

El citado órgano de supervisión de los DESC ha referido también que *la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC*, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 111-112.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>39</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, CEPC, 2001, p. 288.

<sup>40</sup> Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, 1996, p. 110.

<sup>41</sup> Comité de DESC, OG 8, “Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales”, 17º período de sesiones (1997), punto 7 (U.N. Doc. E/C.12/1997/8).

debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.<sup>42</sup> Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser “*adecuados*” a la *dignidad*, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 del PIDESC.<sup>43</sup>

Para finalizar este tramo del trabajo focalizando el concepto de *dignidad humana*, es útil mencionar con Garzón Valdez que puede considerarse como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad.<sup>44</sup> Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante, cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes.<sup>45</sup>

Pero además, siempre en prosa garzoniana, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”<sup>46</sup> (énfasis agregado).

## **2. Segundo bloque de cuestiones: señalamiento de algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana en el campo de los DESC,<sup>47</sup> un reto básico que el tribunal afronta y un rápido repaso subsidiario de estrategias indirectas para ingresar al sistema interamericano**

### **2.1. Preliminar**

La Corte IDH ha elaborado algunos interesantes análisis sobre los DESC, al amparo de la CADH y aunque con mayor frecuencia se ha concentrado en derechos vinculados con la tutela de la vida, la integridad, la libertad y el acceso a la justicia, ha comenzado a examinar derechos de otro tenor (libertad de pensamiento y religión) e incluso ha incursionado en ámbitos donde entran en juego derechos

---

<sup>42</sup> Comité de DESC, OG 4, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, 6º período de sesiones, 1991, punto 7 (U.N. Doc. E/1991/23).

<sup>43</sup> Comité de DESC, OG 15, “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)”, 29º período de sesiones, 2002, punto 11 (U.N. Doc. E/C.12/2002/11).

<sup>44</sup> Ernesto Garzón Valdez, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, p. 100.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 101-102.

<sup>47</sup> Sobre este y otros aspectos de los DESC, y entre otros trabajos de Víctor Bazán sobre el tema, ver, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 1-167.

de contenido económico, social o cultural, o bien proyecciones de tal carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos.<sup>48</sup>

Como tendremos oportunidad de mostrar más adelante, debe advertirse que si bien ha existido un avance en la materia, por ejemplo, lo resuelto en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*, algunos fallos más recientes, fundamentalmente los casos *Furlan y Familiares vs. Argentina* y *Suárez Peralta vs. Ecuador*, parecieran empañar las esperanzas de consolidación que se aguardaba en torno a los aspectos positivos exhibidos en la primera de las sentencias nombradas.

## 2.2. Panorama enunciativo de casos conectados directa o indirectamente a los DESC

### 2.2.1. Casos Villagrán Morales y otros y Baena, Ricardo y otros

La Corte IDH ha interpretado ciertos derechos civiles y políticos en “clave social”<sup>49</sup> o utilizando derechos “conectores” o “puentes” entre los civiles y políticos y los DESC. Por ejemplo, en el aludido antecedente *Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la calle”) vs. Guatemala*,<sup>50</sup> donde coloca al lado del derecho a la vida, estricta o tradicionalmente, *un derecho que se relaciona con la calidad de la vida*<sup>51</sup> y, al aludir al artículo 19 de la CADH, justamente activa uno de los trascendentes “conectores” entre la mencionada Convención y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) o, como afirma García Ramírez, entre los derechos civiles y los derechos sociales, ejemplo de la proximidad e incluso identidad entre ellos.<sup>52</sup>

En *Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*<sup>53</sup> enfocó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, para lo cual invocó consideraciones atinentes a los instrumentos de la OIT y de resoluciones emanadas de ella, poniendo de manifiesto la correspondencia normativa entre los artículos 16, incisos 2° y 3°, de la CADH y 8.3. del Protocolo de San Salvador.

---

<sup>48</sup> Ver Sergio García Ramírez, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2003, México, D. F., IJ de la UNAM, p. 150.

<sup>49</sup> Ver Carlos R. Urquilla Bonilla, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núms. 30-31, edición especial, ‘Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos’, San José de Costa Rica, IIDH, 2001, p. 277.

<sup>50</sup> Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala*, Sentencia de Fondo, 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63.

<sup>51</sup> Sergio García Ramírez, *op. cit.*, p. 151.

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de febrero de 2001, Serie C, núm. 72.

### 2.2.2. Casos relativos a comunidades indígenas

En el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*,<sup>54</sup> la Corte ensayó diversas apreciaciones en torno al derecho indígena,<sup>55</sup> por ejemplo, la vinculada con la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así en determinadas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya abordada en otros asuntos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí a partir de la perspectiva social: *la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el artículo 21 de la CADH*.<sup>56</sup>

Otro tanto ocurrió en los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*<sup>57</sup> y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*.<sup>58</sup> En ellos remarcó que, para garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio y goce de los derechos de los miembros de una comunidad indígena y que están sujetos a su jurisdicción, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados *deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural*. Este razonamiento resulta idéntico al que el propio tribunal interamericano realizó en dichos casos para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión Interamericana y los representantes imputaban al Estado por no haber garantizado el derecho de *propiedad ancestral* de aquellas comunidades indígenas, ya que desde 1993 (para la Yakye Axa) y 1991 (acerca de la Sawhoyamaxa) se encontrarían en tramitación las respectivas solicitudes de reivindicación territorial, sin que hubieran sido resueltas satisfactoriamente. Todo ello significaba, en la percepción de los reclamantes, la imposibilidad de las comunidades y sus miembros de acceder a la propiedad y la posesión de sus territorios e implicaba mantenerlos en un estado de vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua su supervivencia e integridad.

---

<sup>54</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79.

<sup>55</sup> Sobre la temática indígena, ver Víctor Bazán, por ejemplo, en “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la cuestión. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, México, D. F., IJ de la UNAM, pp. 759-838.

<sup>56</sup> Sergio García Ramírez, *op. cit.*, p. 153.

<sup>57</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125.

<sup>58</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146.

### 2.2.3. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*

Es necesario efectuar siquiera una somera alusión al *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*,<sup>59</sup> donde la Corte abordó *algunas de las proyecciones económicas y sociales del derecho a la vida*, al entender disminuida la “calidad de vida” de los pensionistas, en tanto les fueron reducidas sustancial y arbitrariamente sus pensiones y se incumplieron las sentencias judiciales emitidas a su favor, motivos que llevaron a la Corte a estimar la viabilidad de la reparación del daño inmaterial que se les había ocasionado. Al margen de ello, no puede soslayarse que dedicó un breve espacio a interpretar el artículo 26 de la CADH, reenviando en cuanto a lo que debe entenderse por “desarrollo progresivo” de los DESC a lo determinado por el Comité específico de la ONU en la aludida OG 3, de lo que se sigue que la Corte concibe al artículo 26 de la CADH como consagratorio de verdaderas obligaciones jurídicas para los Estados.<sup>60</sup>

Sin embargo, con específica referencia al caso que resolvía, es imposible disimular que empleó una fórmula oscura y difusa al indicar que aquel desarrollo progresivo “*se debe medir* en función de la creciente cobertura de los derechos económicos,

---

<sup>59</sup> Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98.

<sup>60</sup> Nótese que la aludida OG 3, en su punto 1, expresa: “El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar* (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) *obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*” (énfasis agregado).

La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida OG se dirigió a su punto 9 (parte del cual ya fue mencionado en este ensayo), en el que puede leerse: “*La principal obligación de resultado* que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. [...] *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad *la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (énfasis agregado).

sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, *y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente*” (párr. 147), aun cuando al abrir este mismo segmento de la sentencia había afirmado contundentemente que “[l]os derechos económicos, sociales y culturales tienen una *dimensión tanto individual como colectiva*” (énfasis agregado).

Cabría, por tanto, inteligir que el criterio exegético del tribunal en torno al artículo 26 de la CADH circunscribe la operabilidad de la norma al caso de que exista una *situación general prevaleciente*. Esta conclusión hermenéutica, al mismo tiempo que es reduccionista, aparece desprovista de sustento frente a la configuración léxico-jurídica de dicho precepto convencional y a la propia competencia de la Corte que le permite entender en casos de vulneración de derechos humanos de personas determinadas, sin que la cantidad de víctimas constituya un recaudo exigido para viabilizar tal intervención jurisdiccional.

Precisamente este último punto fue expuesto con claridad en el voto razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, quien si bien compartió la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el artículo 26 de la CADH, lo hizo por razones distintas de las planteadas por esta. Así, aunque compartió la referencia en punto a que es pertinente considerar el hecho de que las cinco víctimas de este caso no son representativas del panorama que conforman los pensionistas del Perú,

el razonamiento según el cual sólo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, *no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija [que] éstas tengan que alcanzar determinado número.* (Énfasis agregado)

#### 2.2.4. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*<sup>61</sup>

En este asunto, la Corte IDH incursionó por vez primera en la situación de las personas con discapacidad mental, que se hallan bajo la garantía –preservación y relativo ejercicio de derechos inderogables– del Estado y, en un plano más general, declaró que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumpli-

<sup>61</sup> Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149.

miento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En este punto, el tribunal enfatizó que los Estados deben tomar en cuenta *que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, como quienes viven en condiciones de extrema pobreza, niños y adolescentes en situación de riesgo y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo de padecer discapacidades mentales.*

### 2.2.5. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú<sup>62</sup>

En el presente asunto, la Corte IDH consideró que el Estado peruano violó, en perjuicio de las 257 víctimas, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2, *ibid.*

El extenso párrafo 136 de la sentencia (que nos permitimos transcribir en tanto útil a los efectos del señalamiento que *infra* se realizará) dispone:

En el presente caso los intervinientes comunes alegaron que el Estado es responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, basándose en que el supuesto carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo y derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud. Sin embargo, el objeto de la presente Sentencia no ha sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que son las bases de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia [...]. La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral.

---

<sup>62</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.

En otras palabras, eludió referirse a la posible violación del artículo 26 de la CADH, aunque por su interés para el presente trabajo hemos creído conveniente reproducir aquí las elocuentes y acertadas apreciaciones de Cançado Trindade, quien en su voto razonado (párr. 7) no ocultó su disconformidad con aquel párrafo 136 de la sentencia del tribunal:

En cuanto al insatisfactorio párrafo 136 de la presente Sentencia, que se equipara a la insatisfactoria redacción dada al artículo 26 de la Convención Americana (producto de su tiempo), me limito (por absoluta falta de tiempo, dada la “metodología” acelerada de trabajo adoptada últimamente por la Corte, con mi objeción), a tan sólo reiterar mi entendimiento, expresado en numerosos escritos a lo largo de los años, en el sentido de que *todos* los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables, una vez que la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos se afirman en los planos no sólo doctrinal sino también operativo –o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos–.

#### 2.2.6. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*<sup>63</sup>

Como plataforma fáctica del caso puede rememorarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) demandó al Estado peruano por violación de los derechos reconocidos en los artículos 21 y 25 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de esta, por el incumplimiento de las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional de ese país de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, que ordenaban que la Contraloría General de la República cumpliera con abonar a los 273 integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de esa Contraloría General las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que percibían los servidores en actividad de tal organismo que desempeñaran cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados. Advirtió la Comisión que si bien el Estado había dado cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional al nivelar las pensiones de las víctimas a partir de noviembre de 2002, no había cumplido con restituir los montos pensionarios retenidos desde el mes de abril de 1993 hasta octubre de 2002.

Por su parte, el abogado encargado del Programa de Derechos Humanos del Centro de Asesoría Laboral (CEDAL), representante legal de los denunciantes ante la CIDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la citada Asociación de Cesantes y Jubilados, presentaron el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la

<sup>63</sup> Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros* (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, núm. 198.

Corte IDH, peticionándole que declarara que el Estado había cometido las mismas violaciones de derechos invocadas por la Comisión y, adicionalmente, alegaron que el Estado era responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la CADH, en relación con el artículo 1.1, *ibid*.

A su tiempo, el Estado dedujo una excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* de la Corte para pronunciarse sobre la supuesta violación del derecho a seguridad social, debiendo únicamente analizar y eventualmente declarar la responsabilidad internacional del Estado en relación con el derecho de protección judicial y el derecho de propiedad contemplados en la Convención, para añadir durante la audiencia pública que dicha excepción se refería a la pretensión que hiciera el representante en el sentido de que la Corte declarara el incumplimiento del artículo 26 de la CADH. Acerca del punto, el Estado alegó que el derecho a la seguridad social quedaba fuera del alcance competencial del tribunal, ya que este no está contemplado en la Convención ni es uno de los dos derechos (sindicales y a la educación) que excepcionalmente serían justiciables ante el sistema interamericano, de conformidad con lo señalado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

La Corte desestimó la mencionada excepción preliminar, basándose en los siguientes eslabones argumentales:

- que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, el tribunal tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); para ello se debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (CADH, artículo 62.1) presuponen que los Estados que la presentan admitan el *derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*<sup>64</sup> (párr. 16);
- que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que *la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*<sup>65</sup> (id. párr.), y para *analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en aquella* (párr. 97);
- que Perú es Estado parte de la CADH y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, por lo que esta es *competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o un incumplimiento de alguno de los derechos*

<sup>64</sup> Tal como lo había puntualizado en los casos *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia de Competencia, 24 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 54, párrs. 32 y 34; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186, párr. 23; y *García Prieto y otros vs. El Salvador*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 168, párr. 38.

<sup>65</sup> Ver Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de Excepciones Preliminares, 26 de junio de 1987, Serie C, núm. 1, párr. 29; y *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de Excepción Preliminar, 12 de junio de 2002, Serie C, núm. 93, párr. 27.

- reconocidos en la Convención, incluso en lo concerniente al artículo 26 de la misma* (párr. 17); y
- que en el caso en cuestión no se había alegado una violación del Protocolo de San Salvador, por lo que juzgó innecesario resolver si puede ejercer competencia sobre dicho instrumento (párr. 18).

En resumen, encontramos aquí un primer punto sustancial: la reafirmación del criterio amplio de la Corte al analizar su competencia *ratione materiae*, juzgando que está suficientemente investida de atribución competencial para examinar violaciones de todos los derechos reconocidos en la CADH, percepción en la que obviamente queda incluido su artículo 26. Ello así, aunque la CIDH no hubiera alegado el incumplimiento de esta cláusula, pues el tribunal tiene establecido que la presunta víctima, sus familiares<sup>66</sup> o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por esta.<sup>67</sup>

Retornando a la resolución de la Corte en el asunto puntual que se examina, y con valencia exógena (esto es, que excede el caso puntual), el planteo de la representante legal de los denunciados ante la CIDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la Asociación de Cesantes y Jubilados, suscitó en la Corte algunos avances argumentales en torno a la progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC, pese a concluir que el Estado no incumplió el artículo 26 de la CADH. Entre tales apreciaciones, constataciones y circunstancias resaltadas por el tribunal interamericano, pueden computarse las siguientes:

---

<sup>66</sup> En el Reglamento de la Corte actualmente vigente (aprobado en noviembre de 2009) prácticamente ha desaparecido toda alusión a los familiares de las presuntas víctimas. Sólo se los menciona tangencialmente en el artículo 53, que establece: “Los Estados no podrán enjuiciar a las presuntas víctimas, a los testigos y a los peritos, a sus representantes o asesores legales ni ejercer represalias contra ellos o sus *familiares*, a causa de sus declaraciones, dictámenes rendidos o su defensa legal ante la Corte” (énfasis agregado).

De hecho, se eliminó la referencia al término “familiares” que figuraba en la versión inmediatamente anterior a la hoy en vigor, es decir, el Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, desarrollado del 19 al 31 de enero de 2009. En ese esquema, el artículo 2.16 determinaba que la palabra “familiares” significaba los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso. Es probable que el temperamento que llevó a prescindir de tal término obedezca a que *los familiares de las presuntas víctimas pueden ser considerados ellos mismos como presuntas víctimas de alguna violación de los derechos reconocidos en la CADH*, como tales, resulten acreedores de las reparaciones que en su caso determine el tribunal.

<sup>67</sup> Ver Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, cit., párr. 155; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 32; y *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de abril de 2009, Serie C, núm. 196, párr. 127.

- el énfasis en la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante las autoridades competentes para ello (párr. 101);
- que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de DESC, en el sentido de que la plena efectividad de aquellos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”<sup>68</sup> (párr. 102);
- que en el marco de tal “flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido” (id. párr.);
- que la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones de los derechos humanos (id. párr.);
- que, como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no regresividad, “que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho” (párr. 103);
- que –como ya se adelantara en este trabajo– el Comité de DESC ha señalado que las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (id. párr.);
- que la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”<sup>69</sup> (id. párr.); y
- que de todo ello la Corte IDH concluye que *la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate* (id. párr.).

<sup>68</sup> OG 3, cit., punto 9.

<sup>69</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo 38/09, Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

### 2.2.7. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*

En este caso,<sup>70</sup> la Corte IDH condenó al Estado por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan (S.F.) de, entre otros, el plazo razonable en un proceso civil por daños, y los derechos a la protección judicial y a la propiedad privada, incumpliendo la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Paralelamente, el tribunal lo consideró internacionalmente responsable por la violación del derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de S.F., concretamente, su padre, madre, hermano y hermana.

Pese a no verbalizarlo, en el asunto que debía resolver la Corte IDH subyacía una importante cuestión vinculada *al derecho a la salud de un niño, y posteriormente adulto, con discapacidad*. Es que las autoridades judiciales argentinas no habían dado respuesta oportuna al proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuyo desenlace dependía el tratamiento médico de S.F. El tribunal interamericano constató el daño producido en perjuicio de este por la demora en el proceso que impidió que accediera a los tratamientos médicos y psicológicos que habrían podido tener un impacto positivo en su vida, así como en la afectación producida al núcleo familiar de S.F.

La Corte IDH hizo una copiosa referencia a diversos instrumentos internacionales conectados, por ejemplo, con la discapacidad y los derechos a la salud y a la rehabilitación. Entre otros puntos, aludió a los alcances del derecho a la rehabilitación en los términos del derecho internacional, mencionando el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en vigor desde el 3 de mayo de 2008, acerca del derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con esta. Hizo lo propio respecto del artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con las medidas que deben adoptar los Estados acerca de los niños y las niñas con discapacidad.

El tribunal interamericano evocó los siguientes principios rectores en la materia establecidos en el artículo 3 de la CDPD: i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad; vii) la igualdad entre el hombre

---

<sup>70</sup> Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246.

y la mujer, y viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (párr. 131).

En concreto, dispuso que el Estado debía: brindar a las víctimas que así lo solicitaran la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas; conformar un grupo interdisciplinario, que, teniendo en cuenta la opinión de S.F., determinara las medidas de protección y asistencia más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral; y adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona fuera diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionados con discapacidad, se entregara a ella o su grupo familiar una carta de derechos que resumiera en forma sintética, clara y accesible los beneficios contemplados en la normatividad argentina.<sup>71</sup>

No podemos finalizar el acercamiento a este asunto sin efectuar siquiera una mínima referencia al voto concurrente de la entonces jueza Margarette May Ma-caulay. Desde nuestra óptica planteó una cuestión de suma importancia y con la que no podemos sino coincidir, marcando una aguda línea interpretativa que la separa positivamente de la visión de la mayoría votante: *la justiciabilidad directa de los DESC por medio del artículo 26 de la CADH y, en particular, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social* (que estaban en juego en el caso), “con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párr. 1º de su voto). Finalmente, concluyó que el Estado argentino violó el artículo 26 de la CADH en relación con los artículos 5 y 1.1, *ibid.*, en perjuicio de S.F.

La perspectiva aportada es muy útil y adecuada a la total, directa y autónoma justiciabilidad de los DESC sobre la base del artículo 26 de la CADH, tomando como punto de enfoque una interpretación evolutiva y actualizada de dicha norma, y teniendo en cuenta la afirmación de la propia Corte IDH en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú* (y sus citas), en punto a que en función de los términos amplios en que está redactada la CADH *es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en esta* (párrs. 16 y 97), lo que obviamente comprende los económicos, sociales y culturales capturados por la normatividad del artículo 26.

En otras palabras, los DESC a que se refiere el multicitado artículo 26 de la CADH están sujetos a las obligaciones generales contenidas en sus artículos 1.1 y 2, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25, *ibid.*, tal como el propio tribunal interamericano razonó en el párrafo 100 del aludido *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*.

---

<sup>71</sup> Es preciso subrayar que por medio de la Ley 27.044 (publicada el 22 de diciembre de 2014), la República Argentina otorgó *jerarquía constitucional* a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### 2.2.8. Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*

Por lo que hace particularmente a la relación del deber de garantía (artículo 1.1 de la CADH) con el artículo 5.1, *ibid.*, la Corte IDH reiteró aquí<sup>72</sup> (párr. 130) que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana;<sup>73</sup> que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del citado artículo 5.1;<sup>74</sup> y que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación.<sup>75</sup>

Igualmente, recalcó la interdependencia y la indivisibilidad existentes entre los derechos civiles y políticos y los DESC (párr. 131), “que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.<sup>76</sup> Pasó a citar los artículos XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), 45 de la Carta de la OEA y 10 del Protocolo de San Salvador; además de los párrafos 66 y 67 de los Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo citado en último término, respecto de los cuales la Asamblea General de la OEA enfatizó, en julio de 2012, la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo que requiere la presencia de personal médico capacitado, así como condiciones sanitarias adecuadas.<sup>77</sup>

Del mismo modo, puntualizó:

[A] los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad per-

---

<sup>72</sup> Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261.

<sup>73</sup> Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 171, párr. 117; *Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de mayo de 2011, Serie C, núm. 226, párr. 43.

<sup>74</sup> Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 114, párr. 157; *Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 44.

<sup>75</sup> Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, cit., párrs. 89 y 90; *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 121.

<sup>76</sup> Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú*, cit., párr. 101.

<sup>77</sup> OEA, “Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev. 2, 16 de diciembre de 2011.

sonal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto.<sup>78</sup> (párr. 132)

En lo que atañe de manera específica al tema que analizamos, la Corte IDH declaró por unanimidad que el Estado era responsable por la violación del deber de garantía del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la Sra. Suárez Peralta.

Además de lo mencionado hasta aquí, es imprescindible poner de relieve el interesante y documentado voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, con el que coincidimos, como lo hicimos respecto del que redactara la exjueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Ferrer Mac-Gregor dejó a salvo su opinión en el sentido de que la Corte IDH pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que el caso llegara al sistema interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional: “las implicaciones al ‘derecho a la salud’ debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, lo que provocó distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana” (párr. 2°).

Desde su perspectiva, ello pudo haberse tomado explícitamente en cuenta para que dentro de las consideraciones de la sentencia *se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones en el caso del derecho a la salud de manera autónoma, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 de la CADH para pronunciarse sobre tal derecho y entendiendo la justiciabilidad directa del mismo, y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles*, “lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el art. 1.1 del Pacto de San José” (párr. 3°).

### 2.3. El desafío esencial que afronta la Corte IDH en el campo de los DESC

2.3.1. El *reto principal* que en la materia se posa sobre el tribunal interamericano radica en definir si avanza o no hacia la justiciabilidad directa de los DESC sobre la base de una interpretación dinámica y actualizada del artículo 26 de la CADH, en conexión con otras disposiciones de la Carta de la OEA, la DADDH y el Protocolo de San Salvador. De hacerlo, produciría una importante expansión de

<sup>78</sup> Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, cit., párrs. 89 y 99.

la superficie protectoria de dichos derechos, inescindiblemente consustanciados con la dignidad humana.

La cuestión no es menor, sino compleja<sup>79</sup> y de relevante magnitud jurídica y axiológica. Como puede suponerse a partir de varias consideraciones aquí vertidas, nuestra posición personal se inclina por la conveniencia de que la Corte IDH asuma el desafío y le dé respuesta positiva, pues aquella justiciabilidad directa de los DESC no solamente es posible sino también necesaria para poner derechos absolutamente básicos en su justo valor operativo.

2.3.2. Intentaremos sintetizar algunas razones que nos mueven a pensar de ese modo.

2.3.2.1. Un asunto que en primera lectura parecería de textura sólo formal o meramente lingüística aporta mucho más que eso. La Parte I de la CADH tiene el siguiente título: “Deberes de los Estados y *derechos protegidos*” (énfasis agregado). Dentro de esa Parte, el Capítulo I se refiere a los *deberes de los Estados*, el Capítulo II se centra en los *derechos civiles y políticos*, y el Capítulo III, contenido del artículo 26, focaliza los *derechos económicos, sociales y culturales*.<sup>80</sup>

De ello se desprende que los DESC a que alude el artículo 26 están incluidos en la categoría de *derechos protegidos* por la CADH y naturalmente quedan encapsulados en el *acervo competencial por razón de la materia* de los órganos estatuidos por la Convención para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos tomados por los Estados partes al respecto, o sea, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (cf. artículo 33, *ibid.*).

A su tiempo y como vimos, al resolver el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte IDH interpretó ese artículo 26, en lo que hace al alcance del entendimiento del “desarrollo progresivo” de los DESC, remitiendo a lo establecido por el Comité específico de la ONU en la citada OG 3, de lo que cabe desprender –*mutatis mutandis*– que el tribunal interamericano califica aquel precepto como consagratorio de *claras obligaciones jurídicas para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos que al respecto aborda la citada Convención*.<sup>81</sup>

Lo anterior, específicamente acerca del alcance operativo del conglomerado obligatorio contraído por los Estados partes de la CADH en el contexto del artículo

---

<sup>79</sup> De hecho, existe doctrina refractaria a la justiciabilidad directa de los DESC por conducto del artículo 26 de la CADH. En ese sentido pueden verse, por ejemplo, James L. Cavallaro y Stephanie E. Brewer, “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 5, núm. 8, junio de 2008, pp. 84-99; y Oswaldo R. Ruiz-Chiriboga, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 159-186.

<sup>80</sup> Además de esa tríada de segmentos, la Parte I también está integrada por los capítulos IV, denominado “Suspensión de garantías, interpretación y aplicación”, y V, rotulado “Deberes de las personas”.

<sup>81</sup> Recuérdese que sobre el punto reenvió a la OG 3 del Comité de DESC de la ONU.

26 de la CADH, se torna más diáfano con sólo reparar en que la fuente de la que abrevó dicho precepto es ni más ni menos que el artículo 2.1 del PIDESC, respecto del cual la apuntada OG 3 del Comité de DESC ha sido contundente al determinar la fuerza vinculante de los deberes que depara.

Ambas disposiciones confluyen en un punto de gran relevancia: la consecución progresiva de *la plena efectividad de los derechos* englobados en aquellas. No parece la mejor de las interpretaciones predicar que semejante mandato de *plena efectividad* contenga sólo fraseología despojada de preceptividad jurídica.

Es que el principio internacional cardinal de buena fe, la necesaria hermenéutica conforme al objeto y el fin del instrumento internacional, la especial naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el principio *pro persona*, las obligaciones estatales de respetar y garantizar los DESC y de adecuar su derecho interno a las premisas del convenio internacional, sumados a los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales), rápidamente harían desvanecer un aserto de tal tenor.

2.3.2.2. Es también decisivo que la Corte IDH haya reiterado sin ambages en *Acevedo Buendía vs. Perú* que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (CADH, artículo 62.1) *presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho del tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*.<sup>82</sup> Partiendo de tal superficie de apoyo, es igualmente categórico que haya enfatizado nuevamente que *ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la CADH y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ella*.<sup>83</sup>

Aunque obvio, debe recalcar que el artículo 26 queda decididamente incluido en ese amplio espectro de cobertura que deja al descubierto la taxativa aseveración de la Corte. Correlativamente, los derechos encapsulados en tal precepto están sometidos a las obligaciones generales prefiguradas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, de igual modo que los derechos civiles y políticos desplegados en los artículos 3 a 25 del mismo instrumento internacional.

2.3.2.3. Por su parte, atinadamente se ha sostenido que el multicitado artículo 26 de la CADH reconoce todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la DADDH, y los que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.<sup>84</sup>

Por ello, en el supuesto de concurrir ambos textos se habrán de armonizar los dos estándares de protección, que pueden ser aplicados de modo acumulativo. Además y como advirtiéramos, todos estos derechos se insertan en la competencia en

<sup>82</sup> Cuestión sobre la que ya se había pronunciado en los casos citados *supra*, específicamente en la nota 64 a pie de página.

<sup>83</sup> Tal como lo había anticipado en los asuntos identificados en la nota 65 a pie de página.

<sup>84</sup> Rolando E. Gialdino, *Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, La Ley, T° 2013-E, pp. 924-925.

razón de la materia tanto de la CIDH como de la Corte IDH, habilitando el sistema de peticiones individuales previsto en la CADH; competencias y habilitación que según apunta Gialdino no han sufrido mengua alguna a consecuencia del Protocolo de San Salvador.<sup>85</sup>

Por su parte, Urquilla Bonilla explora el artículo 26 de la CADH y opina que más allá de su texto inmediato, en el sentido de que obliga a adoptar medidas de desarrollo progresivo, se trata de un *auténtico texto de reconocimiento genérico de DESC*. Añade que en el marco de su proceso de creación queda demostrado que la referencia a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA fue una *manera para referir a los derechos económicos, sociales y culturales*.<sup>86</sup>

Entre otras consideraciones, agrega que el multinombrado artículo 26 de la CADH, junto con todo su amplio contenido, forma parte de las normas que regulan la competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano, lo que permite que *la Comisión y la Corte interamericanas puedan garantizar su contenido, haciendo de esta manera que los DESC sean exigibles en el ámbito del sistema interamericano*<sup>87</sup> (énfasis agregado).

Convergentemente, una de las vías que identifica Melish para que el sistema interamericano y sus usuarios logren consolidar la jurisprudencia socioeconómica regional, radica en reconocer el pleno alcance del artículo 26 de la CADH en su protección a los derechos *autónomos* a la salud, educación, vivienda, seguridad social, condiciones de empleo justas, la sindicalización y la cultura. Añade que *“la jurisprudencia internacional y la legislación nacional deben ser usadas para dar contenido autónomo y significativo, en contextos específicos y concretos, a estos derechos fundamentales. No deberían estar empotrados al interior de otras normas que las amparen, en donde vayan a perder su contorno y especificidad”*<sup>88</sup> (énfasis agregado).

Cerramos este tramo del trabajo expresando que, para abonar la línea de justiciabilidad directa anunciada, se conjugan los artículos 26 y 29 de la CADH bajo la iluminación axiológica y jurídica del principio *pro persona*.

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 925.

<sup>86</sup> Carlos R. Urquilla Bonilla, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José de Costa Rica, IIDH, 2009, p. 197.

<sup>87</sup> *Idem*.

<sup>88</sup> Tara J. Melish, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, en AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, D. F., Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, p. 218 (el trabajo figura entre pp. 173-219).

## 2.4. Ciertos caminos protectorios alternativos o indirectos

Como quedara debidamente explicitado, si bien como primera opción reivindicamos la justiciabilidad directa de los DESC, principalmente utilizando el muy relevante artículo 26 de la CADH (mediante su interpretación dinámica y actualizada), somos conscientes de que la posición mayoritaria de la Corte IDH no exhibe una apertura hermenéutica que permita en el corto plazo ser muy optimistas al respecto, por lo que paralelamente es útil continuar pensando en caminos indirectos para resguardar tales derechos.

Desde esta perspectiva, pueden contabilizarse –entre otras vías– los *principios de igualdad y de debido proceso y el derecho fundamental de acceso a la información pública*.

En cuanto al primero de ellos, nadie podría válidamente dudar –al menos desde el ‘deber ser’– que de la *universalidad* de los derechos humanos se deriva la *exigencia de igualdad*, y de esta la *prohibición de discriminación*, lo que precisamente da cuerpo a una provechosa herramienta para estimular la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC.

Con referencia al abastecimiento del *debido proceso* (algunas de cuyas irradiaciones están ordenadas a evitar demoras procesales irrazonables, cercenamientos de la defensa en juicio, etc., en litigios vinculados a DESC), es dable exigir complementariamente una actitud no reduccionista en punto a la legitimación, entendida como llave de acceso a la jurisdicción (interna e internacional), desechando posiciones excesivamente formalistas que impongan arbitrarias cortapisas a la apertura procesal.

Para cerrar este punto y dar paso a las observaciones finales de este ensayo, debe tenerse en cuenta que la eventual imposibilidad de ejercer apropiada y razonablemente el derecho de *acceso a la información pública* que lleve a obturar o desnaturalizar la participación de la ciudadanía en la formación, materialización normativa y/o ejecución de políticas públicas en el área de los derechos sociales, ofrece sustento suficiente para generar rutas de ingreso a la jurisdicción interna y en su caso a la interamericana.

## 3. Apreciaciones finales

De lo adelantado en los dos bloques centrales que dan cuerpo a este ensayo pueden entresacarse las consideraciones de cierre que pasamos a presentar y que vienen a unirse a otras consideraciones conclusivas intercaladas en el nudo del trabajo.

1. Como reflejo del carácter unitario de la dignidad humana, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales media unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y, en modo alguno, separación antinómica.

Esa y no otra es la lectura razonable que suscita uno de los logros fundamentales de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos: promover y movilizar la doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos. No menos importante es que aquella Conferencia Mundial constituyó un punto nuclear para que se conociera y difundiera la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en especial, de sus segmentos más vulnerables.<sup>89</sup>

2. Los derechos económicos, sociales y culturales *no son menos derechos que los civiles y políticos*, ya que el carácter interdependiente de los derechos humanos lleva a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles ante las respectivas autoridades estatales competentes.
3. Hoy es indiscutible la fundamentalidad de los DESC (al menos en el espacio latinoamericano). De hecho, algunos funcionan como *precondiciones* para el ejercicio de no pocos ni insignificantes derechos civiles y políticos. En ese entendimiento, la garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado constitucional y convencional como al sistema protectorio interamericano.
4. En punto al alcance y al grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”.<sup>90</sup> La *progresividad* debe ser *efectiva y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y consistente con la encumbrada pauta axiológica *pro persona*. Ese mandato de *desarrollo progresivo* se debe combinar con la *prohibición de regresividad injustificada* y, en cualquier caso, si existieran medidas involutivas, ellas serían revisables judicialmente.
5. Existe un nexo muy intenso entre los DESC, sus contenidos esenciales y la dignidad ingénita a la persona humana. Los elementos que componen los contenidos esenciales de cada derecho económico, social o cultural no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en

---

<sup>89</sup> Ver, en ese sentido, Antônio A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, *inter alia*, p. 39; cit. en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte IDH en el aludido caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (párr. 42).

<sup>90</sup> Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver ap. 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*.

consideración las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las peculiaridades contextuales.

Y en tal escenario la labor jurisdiccional deberá, en particular, orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis de mínima, cuidar que no se disuelvan al calor de involuciones injustificadas.

6. Si bien algunos acercamientos de la Corte IDH a la protección de DESC han sido interesantes, ella no ha abandonado una actitud cautelosa en la materia y ha priorizado la resolución de casos atinentes a tal tipología de derechos vinculándolos con derechos civiles y/o políticos. Uno de los precedentes principales que exhibe el acervo jurisprudencial del Tribunal es el *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, que entre otros aspectos positivos muestra cómo incursionó en la citada problemática de la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad incausada por parte de los Estados en el campo de los DESC, además de declarar la justiciabilidad de las medidas infundadamente regresivas.
7. Sin embargo, aparece como discutible que aún no se haya aventurado a enfocar frontalmente las cuestiones atinentes a los DESC a partir de la aplicación directa y autónoma del artículo 26 de la CADH. Esta disposición convencional reconoce todos los DESC expuestos en la DADDH, y los emergentes de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura inmersas en la Carta de la OEA, motivo por el cual en caso de concurrencia de ambos textos debe procederse a una armonización de ese tándem de estándares tuitivos cuya aplicación puede ser acumulativa.

No es un dato precisamente insignificante que todos los derechos anunciados estén acogidos en el reservorio competencial *ratione materiae* de los órganos del sistema regional: Comisión y Corte interamericanas, por lo que su violación puede abrir paso al sistema de peticiones individuales prefigurado por la CADH, que en el particular no ha experimentado mutilación alguna a causa del Protocolo de San Salvador.

8. En el multicitado *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*, entre otros asuntos, la Corte IDH ha defendido que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria *presuponen la admisión por los Estados que la presentan del derecho del tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*. No menos importante es que haya concluido que *ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la CADH y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ella*, aseveración que indudablemente envuelve al artículo 26 de tal instrumento internacional.

9. Pese a lo expuesto, en la anunciada línea de preocupación aparecen dos casos relativamente recientes asociados a algunos aspectos de los DESC en los que no ha existido mención alguna al artículo 26 de la CADH por parte de las respectivas mayorías votantes de la Corte IDH. Aludimos a los asuntos *Furlan y Familiares vs. Argentina* (sobre los derechos a la salud y a la seguridad social) y *Suárez Peralta vs. Ecuador* (acerca del derecho a la salud), aunque pueden rescatarse los respectivos y acertados votos concurrentes de la exjueza Margarette May Macaulay, en el primero de ellos, y del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el segundo.

Ambos magistrados plantearon la posibilidad de resolver –en lo pertinente– los conflictos llevados al seno de la Corte IDH contemplando la justiciabilidad directa de los DESC bajo el alcance del artículo 26 de la CADH (y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles), en una perspectiva que nos parece auspiciosa. Más allá de estas posiciones refrescantes (aunque minoritarias), se abre un signo de interrogación en torno a la prospectiva de la jurisprudencia del tribunal en la materia, pues pareciera gestarse (al menos en la posición mayoritaria) una retracción *vis-à-vis* el avance que intentó producir la sentencia recaída en *Acevedo Buendía vs. Perú*.

Sea como fuera, creemos que la Corte no podría despojarse válidamente de la premisa axiológica que muestra que *los derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*, ni prescindir de la sensibilidad especial que demanda dirimir casos en que estén en juego ciertos DESC intensamente ligados a los *sectores poblacionales más desvalidos y excluidos* de los Estados partes del sistema.

10. No obstante insistir en que nuestra posición se decanta por la búsqueda de la justiciabilidad franca de los DESC por medio del significativo artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica, recurriendo a una interpretación dinámica y actualizada de tal instrumento internacional, en puridad no existe certeza alguna de que ello efectivamente llegue a plasmarse en la praxis del tribunal interamericano. Por tanto, sin cejar en la búsqueda del propósito central indicado, no conviene descartar ciertos caminos indirectos para resguardar tales derechos, tomando como útiles instrumentos para ese fin, por ejemplo, a los *principios de igualdad y de debido proceso y al derecho fundamental de acceso a la información pública*.
11. Recurriendo a una combinación de deseo y esperanza en dosis similares y desde un plano genérico de discusión, lo ideal sería encaminarse hacia *un estándar común interamericano en materia de DESC*, para lo cual es imprescindible superar lo meramente declamatorio y dar paso a efectivos y consistentes cursos de acción orientados pragmáticamente en aquel sentido, tanto en sede interna como en el campo internacional. En suma, hechos, no palabras.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, CEPC, 2001.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 207-213.
- BAZÁN, Víctor, “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la cuestión. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, pp. 759-838.
- \_\_\_\_\_, *Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, La Ley, 2007-D, pp. 1135-1149.
- \_\_\_\_\_, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor BAZÁN (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2014a.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor BAZÁN y Luis JIMENA QUESADA, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014b.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005.
- BITTNER, Claudia, “Casenote - Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, pp. 1941-1942. Disponible en: [https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_1941-1960\\_Bittner%20FINAL.pdf](https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf).
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, en Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO (ed.), Madrid, Trotta, 2005.
- BOVERO, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, 2008, pp. 217-225.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003.
- CARMONA CUENCA, Encarna, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.

- CAVALLARO, James L. y Stephanie E. BREWER, “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 5, núm. 8, junio de 2008, pp. 84-99.
- COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, 2006.
- CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1998.
- CRUZ PARCERO, Juan A., “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones (Derechos Sociales)*, año III, núm. 4, 2004, pp. 71-98 (publicado también digitalmente en Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005).
- FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, trad. de Alí Lozada, 2006, pp. 15-31.
- \_\_\_\_\_, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, trad. de Miguel Carbonell, 2008, pp. 337-343.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2003, pp. 127-157.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en Ernesto Garzón Valdez, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.
- GAVARA DE CARA, Juan C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994.
- GIALDINO, Rolando E., *Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, La Ley, 2013-E, pp. 909-925.
- GUASTINI, Riccardo, “Derechos: una contribución analítica”, en Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, trad. de Andrea Greppi, México, D. F., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, 2003.
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, 1996.
- MELISH, Tara J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, en AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, D. F., Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.
- NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- OSUNA PATIÑO, Néstor, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 14, junio de 2003, pp. 95-110.

- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel CARBONELL, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., México, D. F., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R., “The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 159-186.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, D. F., IJ de la UNAM, 2007.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011, *Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010*, p. 14. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura\\_exigibilidad\\_DESC.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).
- URQUILLA BONILLA, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núms. 30-31, edición especial: ‘Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos’, 2001, pp. 259-281.
- \_\_\_\_\_, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José de Costa Rica, IIDH, 2009.
- WELLMAN, Carl, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999.