

Miguel Carbonell
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Los Derechos Sociales y su Justiciabilidad Directa



Los derechos sociales y su justiciabilidad directa

MIGUEL CARBONELL

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Los derechos sociales y su justiciabilidad directa



Copy Right © 2014
Derechos Reservados:
Miguel Carbonell
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.
Editorial Flores
Calle Cuauhtémoc No. 1405, Col. Del Gas
C.P. 02950, Azcapotzalco, México, D.F.
Tels.: (55) 5556-0590 / 5556-7020

floreseditor@prodigy.net.mx
floreseditor@hotmail.com
www.floreseditor.com

ISBN 978-607-610-133-9

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico o por fotocopia, por registro u otros medios, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión o uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copy Right.

Copy Right ©:
Miguel Carbonell
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.
Editorial Flores

*A la memoria de JORGE CARPIZO,
que tanta falta nos hace...*

Presentación

El presente libro surge por la preocupación que los autores compartimos acerca de las posibilidades que tenemos en América Latina para hacer que los derechos sociales (también llamados derechos económicos, sociales y culturales; a lo largo del libro se utilizarán de forma indistinta ambas denominaciones), sean efectivos en la práctica .

Estamos convencidos de que si somos capaces de hacer de tales derechos una realidad para todos los habitantes de nuestra región, la calidad de vida de las personas se elevará notablemente. Los derechos sociales son una especie de condición necesaria para que se realice plenamente el principio de dignidad humana, pues a partir de ellos cada persona cuenta con una esfera de protección que le permite tomar las mejores decisiones sobre el sentido y significado de su existencia.

Ahora bien, partimos de la idea de que la realidad parece todavía apuntar en un sentido contrario: no desconocemos el hecho de que hay clamorosas violaciones de los derechos sociales en muchos países de nuestra América Latina. Pero pensamos que desde la razón jurídica esas violaciones pueden ser remediadas, para lograr un respeto universal de los derechos de todas las personas. No es algo novedoso

ni aventurado: es lo que señalan las normas internacionales y nacionales de derechos humanos vigentes desde hace décadas en nuestros países, pero todavía hoy en gran medida inactuadas por una serie de limitantes que son puestos en evidencia a lo largo del presente texto.

La responsabilidad de ir construyendo estándares de mayor respeto y de plena garantía de los derechos corresponde a una pluralidad de actores políticos y sociales. Desde el terreno académico se tiene mucho por aportar, ya que la primera condición para que un derecho humano sea respetado es que se le conozca. Infortunadamente todavía existe un alto grado de desconocimiento de los textos constitucionales y de los textos de los tratados internacionales de derechos humanos por parte de sus destinatarios. Por eso es que el esfuerzo de difusión de los derechos y de los sistemas que los tutelan es una tarea civilizatoria en la que estamos empeñados desde hace ya varios años.¹

También pueden contribuir decididamente a hacer realidad los derechos sociales los legisladores, pues a ellos corresponde reformar los ordenamientos jurídicos para que existan reglas claras para ponerlos en funcionamiento y hacerlos universalmente accesibles a todos sus destinatarios. Además, desde los poderes legislativos se pueden determinar

1 Ver, por citar solamente un ejemplo, FERRER MACGREGOR POISOT, EDUARDO y CARBONELL, MIGUEL, *Compendio de Derechos Humanos, textos, prontuario y bibliografía*, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 2012.

VIII

los presupuestos necesarios para garantizar que la implementación de los derechos sociales no chocará de frente con la falta de recursos económicos, tema sobre el que se señalan varias cuestiones a lo largo de los capítulos y apartados que componen la obra que el lector tiene entre las manos.

De la misma forma, también los tribunales tienen una gran capacidad para hacer plenamente normativos (y, por tanto, más eficaces) los derechos sociales. Los jueces tienen a su alcance un arsenal de normas jurídicas para defender y tutelar la dignidad de los seres humanos. Esa es, de hecho, su tarea principal.

Por fortuna, hoy existe una pluralidad de niveles jurisdiccionales que pueden ir dando pasos decididos en la defensa de los derechos sociales. Queremos descatar, en concreto, el papel que ha jugado y puede seguir jugando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya ha afirmado algunos principios de alto valor sobre el tema que nos ocupa, tal como se explica en la segunda parte de este libro.

La Corte Interamericana deberá, en el futuro inmediato, seguir explorando las posibilidades que contempla el sistema interamericano de derechos humanos para afirmar incluso con mayor contundencia la plena normatividad de los derechos sociales. Existen precedentes judiciales que permitirán avanzar por esa ruta con plena certeza jurídica, los cuales además deben ser tomados en cuenta por los tribunales nacionales de los países que han suscrito la Convención Americana sobre de Derechos Hu-

manos, a efecto de ir aplicando a nivel interno los estándares del tribunal interamericano o bien para desarrollar esquemas de protección más amplia, de acuerdo a sus propios ordenamientos jurídicos. En este tema, como en tantos otros, será muy interesante y útil seguir fomentando el “diálogo jurisprudencial” entre las cortes y tribunales, pues el derecho es un fenómeno social y científico que siempre puede ser mejorado entre todos.

Además de los actores institucionales a los que nos hemos referido (y a muchos otros que también tienen responsabilidades y deberes sobre el tema), es necesario poner en evidencia la necesidad de que todos los ciudadanos aquilaten debidamente y, en su caso, defiendan con todas las herramientas que les permite el ordenamiento jurídico, sus propios derechos. No hay mejor sistema de garantía de los derechos que una sociedad alerta y vigilante, que esté decidida a exigir los derechos frente a los poderes públicos y privados.

De la misma forma, una sociedad adormecida, ausente, incapaz de articular mecanismos de defensa jurídica de sus derechos, estará condenada a verlos postergados o negados, con lo cual estará de hecho renunciando a sus posibilidades de desarrollo. Por eso es que, para terminar con esta breve introducción, queremos hacer un llamado a todas las personas para que nos ayuden a difundir una cultura de los derechos humanos, puesto que es esa cultura la que podrá suponer la mejor línea de defensa de la dignidad humana, que es el valor más alto al que pueden y deben aspirar las sociedades de nuestro mundo.

X

Contenido

Primera Parte

Los derechos sociales y sus posibilidades normativas.....	1
1. Fundamento, justificación y antecedentes históricos de los derechos sociales: el modelo del Estado social	1
2. El individuo indefenso.....	5
3. Los nuevos riesgos sociales	8
4. El papel del Estado	12
5. El Estado social como Estado constitucional.....	16
6. Hacia una visión normativa de los derechos sociales	20
6.1 El contenido de los derechos sociales .	21
6.2 La exigibilidad procesal	24
7. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales	26
7.1 El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles	27
7.2 Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales.....	34
7.2.1 Obligaciones generales.....	34
7.2.2 Tomar medidas adecuadas.....	37
7.2.3 Creación de recursos legales para defender los derechos sociales.....	41

	Pág.
7.2.4 Obligación de progresividad y prohibición de regresividad....	46
7.2.5 Destinar el máximo de recursos disponibles	48
7.2.6 Periodos de crisis y niveles mínimos de los derechos sociales.....	49
Resumen.....	53
Segunda parte	
Los derechos sociales en la jurisprudencia interamericana ..	55
II. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos	65
A) Precedentes y estado del debate	65
III. Crónica de un debate abierto: el artículo 26 de la Convención Americana y la aparente tensión con el protocolo de San Salvador.....	80
A) Planteamiento	81
IV. Vías interpretativas del artículo 26 de la Convención Americana.....	110
V. Los artículos 26 y 29 del Pacto de San José a luz del principio pro persona	116
VI. La interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana conforme la normativa constitucional y las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales	122

XII

Contenido

	Pág.
VII. El principio <i>iura novit curia</i> y la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el Caso Suárez Peralta	133
VIII. A manera de conclusión: hacia la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano	141
Bibliografía.....	151

Primera Parte

Los derechos sociales y sus posibilidades normativas

Desde hace décadas, la teoría constitucional tiene entre sus problemas más importantes el tema de la eficacia de sus normas. Aunque se trata de una cuestión que afecta, en general, a todas las normas constitucionales, el problema se hace más agudo tratándose de los derechos sociales.

En las páginas que integran la primera parte de este libro se ofrece una explicación de las dificultades que enfrentamos al intentar hacer eficaces las normas constitucionales a partir de una lectura histórica y conceptual de los derechos sociales y del modelo de Estado que los puede hacer realidad: el Estado social.

1. FUNDAMENTO, JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL MODELO DEL ESTADO SOCIAL

Cualquier análisis sobre los derechos sociales debe tomar en cuenta o partir de la base de que, para poder ser realizados en la práctica, tales derechos

requieren de un cierto modelo de organización estatal,² de una serie de precondiciones de carácter psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás. Ninguna de las tres cuestiones mencionadas se encontraba presente en el primer constitucionalismo, en parte debido a que no lo permitían sus antecedentes históricos más inmediatos. El surgimiento y consolidación de los derechos sociales, con todos los problemas y limitaciones que se quiera, es un aspecto propio de los ordenamientos jurídicos desarrollados, aquellos que han acogido —al menos como ideal— al paradigma del neoconstitucionalismo.³

Los presupuestos necesarios para dotar de eficacia práctica a los derechos sociales y a las normas constitucionales que los contienen se pueden agrupar conceptualmente en la noción de “Estado social”, dado que su nacimiento, desarrollo y expansión es una condición esencial para la existencia de los propios derechos sociales.⁴

2 GERARDO PISARELLO señala, con razón, que: “Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado”, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales” en CARBONELL, MIGUEL (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 115.

3 CARBONELL, MIGUEL (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009; id., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

4 Hay que señalar, sin embargo, que la idea de los “derechos sociales” como derechos de rango constitucional es

Para explicar el surgimiento y la crisis del Estado social hay muchas teorías, cada una de las cuales emplea un diferente método de análisis y encuentra una determinada forma de justificación.⁵ Es muy posible que a varias les asista parte de razón, pero que ninguna pueda reclamar para sí el monopolio de la verdad en esta materia; en el estudio de procesos históricos marcados por una gran complejidad, que se desarrollan de forma desigual en cada país y que están sujetos a avances y retrocesos, quizá sea más útil tomar perspectivas de varias aproximaciones teóricas, más que centrarse en algún punto de vista; esto es lo que se hará en las páginas siguientes.

Las principales justificaciones del surgimiento del Estado social pueden dividirse, siguiendo a CONTRERAS PELÁEZ, en pluralistas y marxistas.⁶

previa al surgimiento del Estado social. Lo que sucede es que dicha idea no puede ser llevada a la práctica de forma completa y coherente justamente por la falta de las estructuras estatales que lo permitan; el surgimiento del Estado social vendrá a significar, entonces, la posibilidad de realizar en la práctica esa idea de los derechos sociales como derechos que deben ser tutelados por el sistema constitucional. Al respecto, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 72 y ss.

- 5 Además de las obras que se mencionan en las siguientes notas, un buen panorama introductorio puede ver en ESPING-ANDERSEN, GOSTA, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- 6 CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

Las justificaciones pluralistas pueden ser divididas, a su vez, en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social surge como respuesta a necesidades objetivas suscitadas por la modernización socio-económica; es decir, en la medida en que el sistema económico va evolucionando y los trabajadores se especializan y emigran a las ciudades, el sistema político debe responder a través de la generación de los contenidos característicos del Estado social. El punto de vista conflictualista defiende que el Estado social es el producto de la presión política de los sectores más desfavorecidos, que a su vez es generada por la ampliación del sufragio y por el ejercicio del derecho de asociación, que permite una acción más eficaz de la clase obrera a través de los sindicatos.

Por su lado, las justificaciones marxistas también pueden ser divididas en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social es la respuesta a ciertas exigencias estructurales del capitalismo maduro;⁷ entre esas exigencias se encontraba, por ejemplo, la necesidad de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo, la necesidad de integrar al movimiento obrero dentro del sistema, abortando cualquier intento de acudir a la vía revolucionaria, etcétera. Para las visiones marxistas conflictualistas el Estado social sería el resultado de una serie de conquistas del proletariado y constituiría un episodio intermedio en la lucha de clases.

7 Sobre este tema había insistido, desde sus primeros trabajos, JÜRGEN HABERMAS; por ejemplo en su libro *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1975.

Como quiera que sea, el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones:⁸

- A) El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas;
- B) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual;
- C) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.

Al tratarse de condiciones, por decirlo de alguna manera, *estructurales* para el desarrollo del Estado social, conviene detenernos brevemente en cada una de los tres incisos que se acaban de enunciar.

2. EL INDIVIDUO INDEFENSO

En las sociedades primitivas, y aun en las sociedades rurales premodernas, los individuos seguramente estaban tanto o más indefensos que los habitantes de nuestras sociedades contemporáneas. En los tiempos recientes esa indefensión ha tomado relevancia debido a:

8 CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

- a) El cambio en las condiciones físicas o biológicas de nuestra vida social;
- b) La modificación de la estructura económica relacionada con las condiciones de trabajo; y
- c) Un replanteamiento de las redes de asistencia social. Vamos por partes.

Respecto a las condiciones biológicas, hay que constatar que las personas hoy en día pueden vivir muchos más años que hace unos siglos; esto constituye un avance en toda regla y es uno de los signos más positivos de la modernidad, logrado en buena medida por el desarrollo de las ciencias médicas. Sin embargo, ocurre que al vivir más tiempo, se multiplican las “situaciones de dependencia” y aumenta el porcentaje de individuos que se encuentran en tales situaciones.⁹ La vejez, la invalidez y las enfermedades crónicas son fenómenos de nuestro tiempo, que no existían prácticamente en las sociedades antiguas.

Además de eso, el desarrollo de las formas de trabajo y el propio desarrollo tecnológico han propiciado el surgimiento de situaciones “artificiales” de dependencia, como el desempleo, la jubilación obligatoria o el alargamiento de los periodos de formación antes de acceder al mercado de trabajo.¹⁰

9 CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

10 CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, cit., p. 14.

Conforme avanza el proceso de urbanización de las sociedades, las personas se vuelven más indefensas, ya que son incapaces de proveerse por sí mismas de los bienes básicos. Mientras que en las sociedades rurales abundaban los esquemas de auto-abastecimiento en el seno de las familias o de comunidades un poco más amplias, en la vida urbana es casi imposible que una familia pueda auto-generar su propia comida, su ropa, su vivienda y así por el estilo. Se requiere de la ayuda exterior, ya que el habitante de las ciudades es “un ser del todo desamparado”.¹¹

Hay una gran diferencia en el sujeto de los derechos sociales propio del siglo xx y la imagen del trabajador del siglo xix, que tenía una escasa o nula cualificación, que recién había emigrado del campo a la ciudad, que tenía una familia numerosa al no haberse desarrollado los métodos de control de la natalidad y que carecía de la protección de las reglas que luego iban a desarrollarse en materia de ingreso y estabilidad laboral.¹²

Bajo el nuevo esquema al que me estoy refiriendo, las personas ya no dominan su espacio vital, aunque gozan de una mayor amplitud para realizar sus planes de vida; una amplitud propiciada en primer lugar por el alargamiento de los años de vida, y en segundo término por los desarrollos tecnológicos que han puesto a su disposición una serie de comodida-

11 CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, cit., p. 15-16.

12 CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, cit., p. 18.

des que hasta hace poco eran impensables. Pero ese nuevo entorno no es un entorno que dominen, sino que está determinado por la concurrencia de otras personas y por la prestación de un sinnúmero de servicios esenciales para la sociedad en su conjunto. Hoy como nunca los unos dependemos de los otros y no solamente de nuestro entorno más inmediato como lo era antes la familia o la gente de nuestra comunidad más inmediata.

Tanto las nuevas condiciones biológicas como las que tienen que ver con la forma de organización laboral desbordan las rutas tradicionales de asistencia social, basadas en la caridad o en el apoyo de la familia, y requieren necesariamente de apoyos exteriores; estos apoyos, a su vez, deben ser institucionalizados para operar eficientemente y gozar de la amplitud necesaria que les permita abarcar a grandes grupos sociales. Es entonces cuando el Estado comienza a hacerse cargo, desplazando de esa forma a las anteriormente conocidas formas de compasión y socorro cristianos, y creando lo que se ha llamado la “burocratización de la compasión”.¹³

3. LOS NUEVOS RIESGOS SOCIALES

En las sociedades contemporáneas nos enfrentamos a riesgos que o no estaban presentes en las sociedades premodernas o bien no se consideraban relevantes para el ordenamiento jurídico, de forma que se dejaba a las personas libradas a su propia suerte.

13 CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, cit., p. 14.

CONTRERAS PELÁEZ recuerda al menos cuatro *factores de vulnerabilidad* que han generado respuestas jurídicas más o menos contundentes durante el siglo xx:

- a) El *desempleo*, que ha producido el surgimiento de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso de pensiones desligadas del carácter de trabajador que pueda o no tener el beneficiario, etcétera;
- b) La *crisis de la familia*; el modelo actual de familia presenta muchas diferencias con respecto al modelo anterior; su nueva organización requiere de formas de auxilio externo, que permitan que se haga frente a los riesgos sociales colectivamente, sobre todo en el caso de familias monoparentales (un adulto viviendo con menores de edad), familias de ancianos, familias que tienen a su cargo personas con discapacidad, etcétera;¹⁴
- c) El *factor del sexo*, que ha generado procesos de “feminización de la pobreza”, que afecta principalmente a madres solteras, madres con familia numerosa y bajos ingresos y a ancianas que viven solas; y

14 BECK-GERNSHEIM, ELISABETH, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003; CARBONELL, JOSÉ, CARBONELL, MIGUEL y GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el Derecho*, México, IIJ-UNAM, 2012.

- d) La *inmigración*; en la actualidad, son los inmigrantes uno de los eslabones más débiles de las sociedades desarrolladas, pues en ellos se presentan, acentuadas, varias de las anteriores características: desempleo, desintegración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades de integración social, etcétera.¹⁵

Aparte de lo anterior, algunos desarrollos tecnológicos han contribuido también a generar nuevos riesgos sociales; esto se percibe claramente al analizar el aumento de los accidentes de trabajo o las enfermedades derivadas de riesgos laborales. La tecnología incide, a veces negativamente, en el disfrute de los derechos fundamentales.¹⁶

Tradicionalmente, la responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual; es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo: se trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del

15 Ver sobre el tema de la migración y los derechos fundamentales, CARBONELL, MIGUEL, “Libertad de tránsito y fronteras: la gran cuestión del siglo XXI” en VALADÉS, DIEGO y CARBONELL, MIGUEL (coordinadores), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 103-124. Sobre la migración y las fronteras, puede verse el excelente ensayo de KYMLICKA, WILL, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

16 DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, CEPC, 2006.

individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para avanzar hacia una “socialización del riesgo”, es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran capaces de responder frente a los riesgos sociales.

Para tal efecto, el Estado debe actuar en dos frentes: la promoción del bienestar y la atenuación o compensación del sufrimiento.¹⁷ Lo anterior conlleva la necesidad de que el Estado actúe frente al infortunio (accidentes de trabajo) y frente a la necesidad (seguro de desempleo, pensiones de viudedad, por jubilación, por incapacidad, etcétera). De esta manera, surgen lo que hoy conocemos como los modernos sistemas de seguridad social, que encuentran sus antecedentes en las *Leyes de Bismarck*, dictadas a partir de 1883; entre ellas se encuentran la *Ley de seguro de enfermedad y maternidad de 1883*, la *Ley de accidentes de trabajo de 1884* y la *Ley de seguro de enfermedad, jubilación y defunción de 1889*.¹⁸

La seguridad social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o la cobertura de riesgos (accidentes laborales, acceso a medicinas, etcétera), o bien a través de la cobertura de situaciones de necesidad (vejez, invalidez, etcétera) es una de las claves y de los signos distintivos del Estado social; quizá sea su nota más presente y representativa, pues a pesar de los varios modelos que existen de Estado

17 CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, cit., p. 22.

18 OCHENDO CLARAMUNT, CARLOS, *El Estado del bienestar. Objetivos, métodos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 28.

social y de las diferentes configuraciones que cada uno de ellos puede tener en un contexto histórico o geográfico, lo que es obvio es que no puede hablarse de Estado social si no se cuenta con un sistema de seguridad social. Como lo señala BENDA, la “Seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”.¹⁹

4. EL PAPEL DEL ESTADO

Los dos factores que se acaban de analizar (la mayor vulnerabilidad del individuo y la necesidad de hacer frente *socialmente* a los riesgos) exigen que se asuma un nuevo papel por parte del Estado. Ésta es una de las transformaciones que en mayor medida van a afectar a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.

Hay que recordar que, para el primer constitucionalismo, los derechos tenían que imponerse *frente* al Estado; es decir, los derechos se consideraban como una especie de valladar frente a las intromisiones de una estructura estatal que, antes de los movimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos, se conducía de manera despótica y no estaba sujeto a más límites que la voluntad del emperador, del rey o del caudillo.²⁰

19 BENDA, ERNESTO, “El Estado social de derecho” en VV.AA., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

20 CARBONELL, MIGUEL, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2011.

Sin embargo, en el modelo del Estado social, los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social. Se entiende ahora que también la concentración de la riqueza y el avance tecnológico no sujetos a reglas pueden vulnerar los derechos fundamentales.²¹

De esta manera, la legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan* o *limiten* el disfrute de los derechos, sino también de que los *promuevan* eficazmente. Como lo señala LUIGI FERRAJOLI, en el Estado social se genera un cambio en los factores de legitimidad del Estado, pues “mientras el Estado de Derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de Derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones *naturales* o prepolíticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender

21 En este sentido, FORSTHOFF, ERNST, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

o adquirir condiciones *sociales* de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador”.²²

Como ya se ha mencionado, los primeros derechos sociales —que todavía no alcanzan el rango de derechos fundamentales— surgen como formas de protección a los obreros, tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo, como frente a los patrones para regular las condiciones laborales de forma que no se permita el menoscabo de la dignidad humana.

Las reivindicaciones sociales se trasladan al Estado, que comienza a incorporar entre sus funciones la de asistencia social. Sin embargo, los movimientos obreros insisten en que no se trata de sustituir la caridad privada por una caridad pública, sino de generar un conjunto de *derechos* que protejan a los trabajadores y a sus familias. La responsabilidad del Estado debe ser entendida, en consecuencia, como una responsabilidad *jurídica*, garantizada incluso a nivel constitucional, de forma que la persona *necesitada* deje de ser *objeto* de la relación asistencial y se convierta en un *sujeto* portador de derechos.²³

Se puede afirmar, intentando hacer una síntesis de algunas cuestiones que ya se han mencionado,

22 *Derecho y razón*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 862.

23 CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, cit., p. 41.

que el Estado social se caracteriza por las siguientes notas:²⁴

- a) Se constituye como un amplio pacto social, cuyos principales actores son el Estado, los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios;
- b) Busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación;
- c) Cumple un papel estabilizar de la demanda interna mediante el impulso del consumo gubernamental;
- d) Procura la paz social al institucionalizar vías reformistas, que sustituyen a las vías revolucionarias;
- e) Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado;
- f) Crea un régimen fiscal redistributivo; y
- g) Constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos (de forma subsidiaria), directamente productivas.

24 CARBONELL, JOSÉ, “Estado de bienestar” en VV.AA., *Diccionario de Derecho Constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, Ed. Porrúa, 2005, p. 229.

5. EL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO CONSTITUCIONAL

Aunque cronológicamente las primeras disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales se encuentran en las Constituciones de Querétaro en 1917 y de Weimar en 1919,²⁵ no es sino hasta la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, cuando la fórmula del “Estado social de derecho” adquiere reconocimiento constitucional.²⁶

En las primeras fórmulas de consagración de derechos sociales (así por ejemplo, en el caso de la Constitución mexicana),²⁷ más que el reconocimiento constitucional de una nueva forma de Estado, lo que se hacía era dar cobertura en el texto de la Carta Magna a los derechos de grupos sociales tradicionalmente marginados; así por ejemplo, trabajadores y campesinos, que eran grupos que habían alimentado los movimientos revolucionarios de las primeras décadas del siglo xx y que constituían la base social indispensable para la legitimación de los poderes públicos.

En cambio, en los textos de la segunda posguerra, dictados después de 1945, lo que se observa es

25 Para una primera aproximación al surgimiento del constitucionalismo social en la Constitución de Weimar, ver CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., pp. 43 y ss.

26 CARMONA CUENCA, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., pp. 57 y ss.

27 CARBONELL, MIGUEL, *Los derechos fundamentales en México*, 5a. ed., México, Ed. Porrúa, UNAM, CNDH, 2012, Capítulo Cinco.

la consagración constitucional de todo un entramado jurídico, un verdadero cambio de paradigma constitucional. Es entonces cuando podemos decir que el Estado social se consolida y, a partir de ese momento, comienza un importante proceso de expansión, tanto desde el punto de vista de sus contenidos como desde una perspectiva geográfica al incrementarse el número de países que intentan adaptarse a sus principios.²⁸

No se trata solamente de que las Constituciones contengan solemnes manifestaciones de principio (“La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”, dispuso el conocido artículo 20.1. de la *Ley Fundamental de Bonn*;²⁹ “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, señala

28 Cfr. OCHANDO CLARAMUNT, CARLOS, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., pp. 32-33.

29 De la misma Constitución es interesante también ver el artículo 28. La importancia dada a la forma del Estado social recogida en el artículo 20 se refleja en la prohibición de que sea reformada, tal como lo dispone el artículo 79; estamos en presencia de lo que la teoría de la reforma constitucional denominada una “cláusula pétrea”. Para una introducción al estudio de los derechos sociales en Alemania, de entre lo mucho que se ha escrito, puede verse WEBER, ALBRECHT, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania” en MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000, pp. 569 y ss.

el artículo 1.1. de la Constitución española de 1978), sino que a ellas se les acompaña un conjunto de preceptos para hacer posible la intervención del Estado en la sociedad y para asignar a los poderes públicos las responsabilidades concretas que se derivan de la idea general según la cual deben tutelar la “procura existencial”.

¿Qué cuadro del ordenamiento jurídico en general tenemos luego de la constitucionalización del Estado social? Siguiendo a ABRAMOVICH y COURTIS, podemos sostener lo siguiente:³⁰

- A) Se introducen dimensiones colectivas en el Derecho, lo que ocurre a través de la construcción de sujetos de derecho colectivos (sindicatos, grupos de consumidores, etcétera), a través de la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas y con la construcción de categorías colectivas o grupales (la noción de medio ambiente, de grupo vulnerable o de salud pública).
- B) Se toman en cuenta las desigualdades reales y no simplemente las formales; esto genera a su vez nuevas pautas interpretativas (como las que se expresan en las conocidas fórmulas *favor operatori* o *favor consumatoris*) y nuevas reglas procesales (por ejemplo en materia de carga probatoria, de presunciones en favor de partes procesalmente débiles, etcétera).

30 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 54-56.

- C) Se establecen límites a la autonomía de la voluntad; en áreas tradicionalmente dejadas al libre acuerdo de las partes entran en funcionamiento conceptos de orden público y de protección a la dignidad de las personas que pueden generar nulidades contractuales y un importante control estatal de la oferta de bienes públicos y servicios.
- D) En relación con el inciso anterior, se limita el ámbito de actuación sujeto a mecanismos contractuales, regulados ahora —con las reglas del Estado social— por medio de leyes; esto produce un efecto de desmercantilización de algunos sectores como resultado del avance del derecho público sobre el Derecho Privado.
- E) Se modifican los criterios de asignación de responsabilidades civiles, como consecuencia del cambio de óptica en materia de generación de riesgos (varios de los cuales se “socializan”, para efecto de proteger a las personas más indefensas) y de distribución de costos.
- F) Se amplían las funciones estatales; al asumir el Estado las tareas relacionadas con la realización efectiva de los derechos sociales, los órganos públicos se multiplican y la burocracia crece de forma sensible. El Estado no se limita a ejercer funciones regulatorias, sino que se reserva para sí ciertas áreas que se consideran estratégicas, lo que conlleva una ampliación de funciones y del gasto público.

- G) Se incorporan al ordenamiento acciones procesales de carácter colectivo, a través de la ampliación en las posibilidades de acceso a los tribunales (acciones de cumplimiento, acciones de tutela, acciones de clase, etcétera) y por medio de la tutela de bienes colectivos.

En todo caso, importa en este momento subrayar que la constitucionalización del Estado social es una tendencia firme del constitucionalismo contemporáneo, que ha conllevado un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, quizá el más importante en el desarrollo del Estado constitucional en el siglo xx,³¹ con el objetivo de proteger de mejor manera valores esenciales de las sociedades modernas; tales valores, bajo ese nuevo paradigma, adquieren una protección inédita en otros tiempos al ser reconocidos como derechos fundamentales.

6. HACIA UNA VISIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales tienen que ser entendidos —dejando atrás las concepciones tradicionales de signo fuertemente conservador— como derechos ple-

31 Como afirma JOSÉ CARBONELL, “Sin duda, puede afirmarse que el resultado más importante del proceso de modernización de la segunda mitad del siglo xx fue la irrupción del componente social dentro de los principios organizativos y rectores de las democracias contemporáneas”, “Estado de bienestar”, cit., p. 231.

namente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno. La plena exigibilidad requiere de la creación de una sólida teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes.

Lo anterior significa que, por poner un ejemplo, el derecho a la vivienda genera obligaciones lo mismo para las administraciones públicas, que para los Congresos o Parlamentos, o que el derecho a la salud debe ser también y en primer término resguardado por el legislador,³² de forma que en la ley se definan concretamente las obligaciones del Estado en la materia, así como las prerrogativas de los particulares frente a los órganos públicos para poder hacer efectivas dichas obligaciones. En idéntica situación se encuentran el resto de derechos sociales, los cuales despliegan posiciones subjetivas en favor de todas las personas, a la vez que generan obligaciones para los poderes públicos, en todos sus niveles.

Para poder desarrollar plenamente la normatividad de los derechos sociales hace falta trabajar —entre otras— en dos cuestiones concretas:

6.1 El contenido de los derechos sociales

La primera es la que consiste en determinar el contenido semántico y los alcances concretos de cada

32 En particular sobre el derecho a la salud y sus muchas implicaciones normativas para hacerlo realidad, CARBONELL, JOSÉ y CARBONELL, MIGUEL, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, IIJ-UNAM, 2013.

derecho social; así por ejemplo, se debe estar en capacidad de determinar qué significa específicamente que la Constitución mexicana establezca el derecho a una vivienda “digna y decorosa”; ¿en qué consiste y qué alcances tiene la “dignidad” y el “decoro” de la vivienda?, ¿cuándo se viola ese mandato constitucional?, ¿qué debe hacer el Estado para darle cumplimiento?, ¿qué significa que la misma Constitución reconozca el derecho a un medio ambiente “adecuado”?, ¿cuándo el medio ambiente deja de ser adecuado?, ¿qué corresponde hacer a los particulares y qué a las autoridades para preservar el medio ambiente? Y así por el estilo para todos los derechos sociales.

Las dificultades de determinación del contenido de los derechos sociales sin duda que existen y sin duda que son un obstáculo que hay que superar para poder hacer plenamente normativos esos derechos, pero no hay que ver en ello un problema insuperable; puede decirse que lo mismo sucede con los derechos de libertad; ¿cómo entender los alcances del derecho a la intimidad?, ¿qué significa el concreto la libertad de procreación?, ¿cuáles son los límites de la libertad de expresión y cuáles las obligaciones del Estado para protegerla? La apertura semántica no puede significar, por sí sola, una pérdida de los efectos normativos que pueden derivar de los derechos sociales.

La determinación del campo semántico de los derechos sirve, entre otras cuestiones, para poder determinar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social.³³ Rea-

33 Para ABRAMOVICH y COURTIS, la determinación de esas obligaciones mínimas es quizás “el principal déficit del

lizar dicha determinación es una tarea que corresponde desarrollar, en primer término, al legislador, que a través de las leyes debe determinar contenidos concretos para cada derecho.³⁴ También es una fun-

derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 38-39.

- 34 Al respecto LUIGI FERRAJOLI, en una observación que se dirige también al tema de la exigibilidad procesal de los derechos sociales, señala que “... sería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos”, *Derecho y razón*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 918.

ción de la ciencia jurídica, pues en la medida en que se avance en el plano teórico se podrá avanzar en el plano práctico.

De forma preliminar, hay que mencionar que el surgimiento de los derechos sociales representa un cambio profundo respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo y que supone también una modificación sustancial en relación al entendimiento del papel del Estado en materia de derechos fundamentales.

De ser entendidos como *derechos de defensa*, en la actualidad los derechos fundamentales pasan a ser *derechos de participación democrática* y también, como sucede con algunos aspectos de los derechos sociales, *derechos a prestaciones* suministradas por el Estado.³⁵ No es posible plantear, en la materia que nos ocupa, puntos de vista ingenuos: los derechos sociales, para ser realizados, requieren de una cierta organización estatal, necesitan de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y un compromiso democrático serio.

6.2 La exigibilidad procesal

La segunda cuestión en la que se tiene que trabajar en materia de derechos sociales es en la denuncia

35 GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19-20; sobre el concepto de los “derechos a prestaciones”, ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Madrid, CEPC, 2000 (3a. reimpresión), pp. 419 y ss.

de la inexistencia, dentro de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, de vías procesales idóneas para hacerlos exigibles, así como en la necesidad de crear esos medios de defensa, de forma que sus violaciones puedan ser llevadas ante los tribunales o ante otros órganos protectores de los derechos fundamentales.

Que esas vías no existan, como ya se ha dicho, no significa que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; implica simplemente, lo cual no es poco desde luego, que sus violaciones no podrán ser reparadas por medio de juicios llevados ante los tribunales nacionales. En este contexto, a la ciencia jurídica le corresponde el deber de sugerir vías alternativas a la de los tribunales para exigir los derechos sociales, así como proponer la creación de procedimientos de carácter judicial para subsanar la laguna que se genera a partir de su inexistencia.

Hay que señalar, sin embargo, que las vías procesales no agotan los medios de exigibilidad de los derechos fundamentales; aunque los expertos indican que el reconocimiento universal de los derechos sociales, económicos y culturales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho, no hay que pensar que el poder judicial es la única vía para hacer exigibles esos derechos; hay otros meca-

nismos que pueden ser tanto o más eficaces.³⁶ Es importante considerar lo que se acaba de decir, sobre todo en el caso de México y de otros países de América Latina, puesto que de lo contrario se podría llegar a concluir —erróneamente— que la imposibilidad de plantear la violación de un derecho social ante un juez equivaldría a la imposibilidad de hacerlo exigible, lo que no me parece exacto.

7. ESTRATEGIAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Dicho lo anterior, corresponde ahora considerar algunas posibles líneas estratégicas para hacer exigibles los derechos sociales; es decir, si se acepta en primer lugar que los derechos sociales no son puras quimeras, y si se acepta también, en segundo término, que del hecho de que algunos de ellos actualmente no se puedan demandar ante un juez por todos sus destinatarios no se desprende la imposibilidad de crear esas vías jurisdiccionales hoy inexistentes, se hace entonces necesario explicitar con cierto grado de detalle todos los argumentos que nos permitan sostener, al contrario de lo que hace la teoría tradicional, una visión normativa plena de los derechos sociales. A ello se dedican las páginas siguientes.

36 PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 111 y siguientes.

7.1 El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar la exigibilidad plena de los derechos sociales, es que no existen diferencias estructurales de tal magnitud que hagan completamente diferentes a estos derechos de los derechos civiles y políticos (también llamados derechos de libertad o sencillamente libertades públicas).³⁷

De hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tiene un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes (por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la información que la libertad de expresión; de igual manera, no tienen contenidos idénticos la libertad de industria y la libertad de tránsito), no puede decirse que exista algo así como una *diferencia genética o estructural* entre los derechos sociales y los derechos de libertad.

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de *no hacer* y obligaciones de *hacer* para las

37 PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., pp. 59 y siguientes.

autoridades.³⁸ Lo mismo sucede con los derechos sociales, que generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de *realización*, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos.

Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para poder ser realizados, como el derecho a un

38 ABRAMOVICH y COURTIS lo explican con las siguientes palabras: "... el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etcétera)... (los derechos de libertad) conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una intervención indebida, de modo que tal contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado", *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 23-24.

día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.

No hay, por tanto, “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. Podríamos decir, en consecuencia, que un análisis detenido de las categorías “derechos civiles” y “derechos sociales” nos permitiría concluir que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre ellas, y que las diferencias que pueden existir son más de grado de que sustancia; a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos. GERARDO PISARELLO ejemplifica parte de lo que se acaba de decir con las siguientes palabras:³⁹

... todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación

39 PISARELLO, GERARDO, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 29-30.

general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone... la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios.

Para fundamentar lo dicho en los párrafos anteriores hay que considerar también que, en el caso de algunos derechos sociales, existen derechos de libertad tendientes a proteger bienes jurídicos prácticamente idénticos a los que tutelan aquéllos; así por ejemplo, existe una libertad de trabajo, antecedente del derecho *social* al trabajo; de la misma forma, existe una *libertad de educación*, indisolublemente vinculada con el derecho *social* a la educación.

Una vez que se tiene claro lo anterior, no deben existir reticencias hacia el despliegue de efectos normativos plenos y directos de los derechos sociales; estos efectos deben ser exigibles incluso en sede judicial. La teoría constitucional tiene, en este punto, la tarea de pensar en vías idóneas de exigencia de los derechos sociales, sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos (vivienda, educación, salud) quizá no pueda darse de forma completa en un plazo corto de tiempo, como es obvio. Pero lo anterior no obsta para señalar con rotundidad que los derechos sociales *obligan*, que no son *buenos deseos* o *programas políticos*, sino simplemente normas jurídicas y que como tales deben ser vistos, analizados y aplicados.

A partir de relativizar las diferencias entre derechos civiles y derechos sociales, como ya se apuntaba, se puede desarrollar el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, que fue plenamente reconocido por la Declaración y Programa de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial

que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993; en el punto I.5 de dicho documento se afirma que:

“Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Todo lo anterior no obsta para reconocer que los derechos sociales tienen un indudable componente prestacional, pues suponen la necesidad de que el Estado lleve a cabo un despliegue importante de actuaciones, muchas de ellas de carácter administrativo, para hacer efectivos los mandamientos relacionados con esos derechos.

¿Qué significa que los derechos sociales sean, en parte, *derechos a prestaciones*? ROBERT ALEXY lo explica de la siguiente manera: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría

obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”.⁴⁰

Las prestaciones a las que hace referencia ALEXY no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios) constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera.

Se podría decir, en otras palabras, que los derechos sociales se regulan constitucionalmente como *mandatos de optimización*, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abiertas las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas redactadas en forma de principios, los cuales, según ALEXY, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”; los principios, en opinión de este autor, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.⁴¹

40 ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 482.

41 ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86.

La obligación de suministrar prestaciones vincula a todos los poderes, no simplemente a las autoridades de carácter administrativo. Desde luego, obligan también al legislador, como lo veremos enseguida.

7.2 Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales

En virtud de que aspectos sustanciales de los derechos sociales se satisfacen a través de prestaciones a cargo del Estado, es necesario examinar cuáles son en concreto las obligaciones por medio de las cuales se cumple con esas prestaciones y si existen o no parámetros normativos que las enmarquen. Esto es importante porque nos ayuda a definir el alcance semántico de los derechos sociales, lo cual es una condición para poder desarrollar la plena exigibilidad de los mismos.

7.2.1 Obligaciones generales

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (o incluso, en términos más generales, en relación a todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar.⁴²

42 EIDE, ABSJORN, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, número 43, Ginebra, diciembre de 1989, p. 48.

La obligación de respetar significa que el Estado —lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten— debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la

ONU en su Observación General número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su Quinto Periodo de Sesiones, en el año de 1990.⁴³

La mencionada Observación toma como punto de partida el texto del artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece lo siguiente: “Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Aunque en su conjunto es del máximo interés, del artículo transcrito conviene preliminarmente subrayar tres expresiones:

- a) Todo Estado Parte “se compromete a tomar medidas... por todos los medios apropiados”;
- b) “Hasta el máximo de los recursos de que disponga”; y
- c) “Para lograr progresivamente”.

43 Consultable en CARBONELL, MIGUEL, MOGUEL, SANDRA y PÉREZ PORTILLA, KARLA (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, 2a. ed., México, CNDH, Ed. Porrúa, 2003, tomo I, pp. 497 y ss.

A partir del texto del artículo 2.1. el Comité afirma que el Pacto genera para los Estados Partes tanto obligaciones de *comportamiento* como obligaciones de *resultado*; es decir, no se trata de que los Estados deban solamente conducirse de cierta manera, sino también de que logren ciertos objetivos, que se propongan metas y las realicen.⁴⁴

7.2.2 Tomar medidas adecuadas

En primer lugar, los Estados deben garantizar el goce de los derechos establecidos en el Pacto sin discriminación alguna, como lo reitera el mismo artículo 2 del Pacto, en su apartado 2. Esta obligación es inmediata y no puede estar sujeta a ningún tipo de limitación u obstáculo (párrafo 1 de la Observación General número 3).

En segundo término, los Estados deben “adoptar medidas apropiadas”; esta obligación debe ser cumplida dentro de un plazo razonablemente corto tras la suscripción del Pacto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos pueda llevar un tiempo más prolongado (párrafo 2). Sobre esta obligación COURTIS y ABRAMOVICH señalan que no es declamativa: “significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar

44 EIDE, ABSJORN, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 48.

por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido”.⁴⁵

Entre las primeras medidas a tomar se encuentran las de carácter legislativo, lo cual supone fundamentalmente dos cuestiones: la primera consiste en recoger en el ordenamiento jurídico interno todos los derechos que establece el Pacto, de forma que no quede duda sobre su vigencia dentro del territorio del Estado Parte; la segunda consiste en adecuar el ordenamiento interno para el efecto de eliminar cualquier norma que sea contraria a esos derechos o que pueda suponer un obstáculo para su completa realización.

Hay que enfatizar el hecho de que la legislación nacional no solo debe ser *no contradictoria* con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de ellos normas completamente aplicables por las autoridades locales.

El Comité subraya el hecho de que, en el caso de varios derechos, la existencia de legislación interna es indispensable (párrafo 3). En otra de sus Observaciones Generales, el Comité señala que “los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte”.⁴⁶

45 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 79-80.

46 Se trata de la Observación General número 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, dictada durante el 19

Otra medida que los Estados parte pueden acometer de inmediato es la realizar un “diagnóstico” de la situación que guardan cada uno de los derechos protegidos por el Pacto. A partir de ese diagnóstico, los Estados deben elaborar una estrategia nacional para el desarrollo, promoción y protección de los derechos. Entre los objetivos del diagnóstico deben estar el de determinar la proporción de ciudadanos que no disfrutaban de un derecho específico y la identificación de los sectores de la población que podrían ser vulnerables o desaventajados para su disfrute.⁴⁷

El diagnóstico debe poder ofrecer una serie de instrumentos de med. que sirvan tanto al Estado como al Comité para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho determinado. Los instrumentos de med. son determinados sobre una base y unos criterios nacionales, lo cual sirve para poner a salvo la gran variedad de contextos económicos y sociales existentes, objetivo que no se lograría bajo un sólo nivel de med. determinado internacionalmente. En contra de esta

periodo de sesiones, en el año de 1998; la cita está en el párrafo 3; esta Observación General es importante porque viene a complementar y, en ciertos aspectos, incluso a detallar el contenido de la Observación General número 3. La número 9 es consultable en CARBONELL, MIGUEL, MOGUEL, SANDRA y PÉREZ PORTILLA, KARLA (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, tomo I, cit., pp. 550 y ss.

- 47 En este sentido, CRAVEN, MATTHEW, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 117.

consideración se ha dicho que con ella se podrían vaciar el significado de muchos contenidos sustantivos del Pacto.⁴⁸ En realidad quizá lo mejor sería que la determinación nacional se mueva dentro de ciertos parámetros, de manera que no se deje una completa discrecionalidad a los Estados. Como quiera que sea, el Comité ha sostenido que: “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”.⁴⁹

Junto a las medidas legislativas y de diagnóstico deben adoptarse también, en virtud del mandato de utilizar “todos los medios apropiados”, previsiones de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo. En este sentido, hay que decir que en algunas disposiciones del Pacto pueden encontrarse medidas concretas que los Estados deben tomar para implementarlo. Por ejemplo, en el artículo 13.2 se establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos como medida para realizar el derecho a la educación. El Comité ha recalcado que aunque en el texto del Pacto se utilicen supuestos ejemplificativos o ilustrativos (como en los artículos 6.2, 11.2, 12.2, 13.2 ó 15.2), no por ello dejan de ser obligatorios.⁵⁰

48 CRAVEN, MATTHEW, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 119.

49 Observación General número 9, párrafo 5.

50 CRAVEN, MATTHEW, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 116.

En principio, cada Estado Parte debe determinar por sí mismo cuáles son las medidas más apropiadas que debe tomar para cumplir con las obligaciones del Pacto, considerando sus propias circunstancias y la relación de todos los derechos protegidos. Sin embargo, la “propiedad” de las medidas puede no resultar evidente a primera vista, por lo cual los Estados deben informar claramente al Comité, en términos del artículo 16 del propio Pacto, por qué consideran que las medidas adoptadas son las más pertinentes en vista de las circunstancias (párrafo 4).

7.2.3 Creación de recursos legales para defender los derechos sociales

Aparte de las medidas que ya se han comentado, el Comité considera concretamente que una medida apropiada consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger los derechos, de forma que todos ellos puedan considerarse justiciables (párrafo 5). En la Observación General número 9 el Comité ha explorado con mayor detenimiento esta obligación de los Estados Parte.

En esta Observación el Comité reconoce que no se trata solamente de crear recursos judiciales, sino de implementar un concepto más amplio al que denomina “recursos legales”. Dentro de esos recursos se encuentran también los judiciales, pero no son los únicos ya que el Comité reconoce que los recursos administrativos “en muchos casos son adecuados”, ya que “quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado

Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”. Los recursos administrativos, no obstante, deben reunir ciertas características, como por ejemplo ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces; en cualquier caso, debe existir la posibilidad de plantear una apelación judicial contra todo proceso administrativo (OG número 9, párrafo 9).

El Comité distingue entre el concepto de justiciabilidad de los derechos sociales y el concepto de “aplicabilidad inmediata”. El primero se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales; a lo anterior hay que agregar que la justiciabilidad también significa que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de acudir ante esos mismos tribunales, lo cual es una precondition para luego estar en aptitud de determinar el ámbito en el que la decisión judicial es pertinente. Para el Comité la aplicabilidad inmediata de un derecho significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición. El Comité señala que todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, al menos en algún aspecto, dimensiones significativas que puedan ser llevadas ante los tribunales, es decir, dimensiones de justiciabilidad (OG número 9, párrafo 10).

Respecto de la aplicabilidad inmediata el Comité realiza una consideración importante en los siguientes términos:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (OG número 9, párrafo 10).

Sobre el tema de la existencia de recursos judiciales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, ABRAMOVICH y COURTIS señalan que los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos; es decir, “no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso”.⁵¹ Es muy relevante enfatizar la idoneidad de

51 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 87.

los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida por los Estados Parte la obligación de brindar esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos; hay que considerar que en la enorme mayoría de países los recursos judiciales existentes fueron diseñados para proteger derechos civiles y políticos, por lo que tienen enormes problemas al momento en que se les pide que sirvan para proteger derechos sociales.

El Comité señala que para la mejor aplicación del Pacto a nivel interno es importante informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del propio Pacto, así como explicarles la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación (OG número 9, párrafo 11). Esto es muy importante, sobre todo porque en muchos países los tribunales en términos generales desconocen los contenidos del Pacto (lo mismo sucede, por otro lado, con los abogados), lo que genera que en la práctica se aplique escasamente. Reconociendo esa situación el Comité afirma que “En la mayoría de países, los tribunales todavía están lejos de recurrir suficientemente a las disposiciones del Pacto” (OG número 9, párrafo 13).

El texto del Pacto, reconoce el Comité, puede aplicarse dentro de una amplia variedad de sistemas políticos y económicos, de forma que no está condicionada la protección de los derechos a la adopción de uno de ellos, siempre que queden adecuadamente reconocidos y estén reflejados en el sistema de que se trate (OG 3, párrafo 8).

Para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o “intereses colectivos”.⁵² A partir del reconocimiento de dicha sustantividad procesal (pues es obvio que derechos como el medio ambiente o en ciertos aspectos el derecho a la educación y a la salud son materialmente difusos y protegen intereses colectivos), habría que ir modelando las estrategias de defensa procesal necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales. Este aspecto es especialmente importante en México, ya que el principal instrumento de defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, que es el juicio de amparo, se ha mostrado insuficiente para proteger derechos sociales justamente en virtud de la estrecha legitimación activa que tanto la Constitución como la ley y la jurisprudencia reconocieron por décadas para promoverlo, misma que ha sido ampliada por la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.⁵³

52 Para una introducción al tema ver GIDI, ANTONIO y FERRER MACGREGOR, EDUARDO (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Ed. Porrúa, 2003.

53 Ver las reflexiones en el mismo sentido de FERRER MACGREGOR, EDUARDO, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Ed. Porrúa, 2003; un estudio actualizado del tema se encuentra en FERRER MACGREGOR, EDUARDO y SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, *El nuevo juicio de amparo*, México, Ed. Porrúa, UNAM, 2013.

7.2.4 Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La obligación de “lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos” implica el reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no podrá lograrse en un periodo breve de tiempo (OG número 3, párrafo 9).

Pero lo anterior no significa que se prive a la obligación contenida en el artículo 2.1 de todo contenido significativo. Por el contrario, la obligación de progresividad significa antes que nada que los esfuerzos en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continúa de las condiciones de existencia”, como lo ordena el artículo 11 del Pacto.

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados Parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados Parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio, “de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”.⁵⁴

54 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 94. Ver también PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., pp. 64-66.

Sobre este punto el Comité señala que “todas las medidas de carácter deliberadamente restrictivo en este aspecto 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” (OG número 3, párrafo 9).

ABRAMOVICH y COURTIS han señalado que la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo en relación con los derechos sociales, es decir, se trata de una forma de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales pueden llegar a determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas (o al menos su ilegitimidad a la luz del Pacto).⁵⁵

Toda medida regresiva se presume violatoria del Pacto y al Estado corresponde la carga de la prueba para demostrar que no lo es o que, siendo regresiva, está justificada.⁵⁶ Para poder justificar una medida regresiva el Estado tendrá que demostrar:⁵⁷

- a) La existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela;
- b) El carácter imperioso de la medida; y

55 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 95.

56 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 105.

57 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 109.

- c) La inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva.

Desde luego, si la medida regresiva está dirigida a excluir de los niveles mínimo de protección a ciertas personas, entonces se considera que viola el Pacto, sin que el Estado pueda justificar en forma alguna esa medida.⁵⁸

7.2.5 Destinar el máximo de recursos disponibles

La obligación establecida en el artículo 2.1. del Pacto, consistente en destinar “el máximo de los recursos de que disponga” a la realización de los derechos establecidos en el propio Pacto, significa que los recursos del Estado, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento al contenido del Pacto.

La misma obligación genera para los Estados Parte la carga de la prueba a fin de demostrar que en efecto se han empleado “todos los recursos disponibles” para cumplir con los objetivos del Pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado.

58 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 110.

La obligación de informar y de transparentar la gestión pública es muy importante para el caso de todos los derechos sociales, especialmente en derechos como la salud o la vivienda que involucran un monto considerable de recursos y que suponen grandes zonas de opacidad en el funcionamiento de la administración pública.

7.2.6 Periodos de crisis y niveles mínimos de los derechos sociales

Para efecto de cumplir con la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no obsta el hecho de que un país se encuentre en periodo de “ajuste estructural” o pasando por una crisis económica, pues aparte de que los derechos fundamentales están vigentes en todo tiempo, el Comité se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor relieve toman las obligaciones estatales para satisfacer los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles.

En periodos de crisis los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para los grupos más desaventajados.⁵⁹ “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos —afirma el Comité— causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulne-

59 CRAVEN, MATTHEW, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 139.

rables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OG número 3, párrafo 12).

Junto a lo anterior, los Estados Parte deben también estar en condiciones de ofrecer unos *niveles mínimos* de satisfacción de los derechos. El Comité ha señalado que: “Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser.” (OG número 3, párrafo 10).

Si en un Estado Parte no se pudieran satisfacer esos niveles mínimos se estaría frente a una “presunción de culpabilidad” del Estado en el incumplimiento de las disposiciones del Pacto; esta presunción puede ser derrotada si el Estado en cuestión demuestra que la situación de crisis ha sido de tal magnitud que ha estado fuera de su control y de sus posibilidades la satisfacción de los niveles mínimos en materia de derechos sociales.

En palabras del Comité: “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párrafo 10).

CRAVEN señala, sin embargo, que dichos niveles mínimos no han sido determinados por el Comité, por lo cual no se tienen los instrumentos que permitan medir con precisión pero con flexibilidad los

eventuales incumplimientos de los Estados parte.⁶⁰
Al respecto, ABRAMOVICH y COURTIS señalan que:

Si bien la tarea del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan medibles, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la mortalidad infantil o la siniestralidad laboral. En los últimos años, además, se ha comenzado a trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particularmente en

60 CRAVEN, MATTHEW, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 143.

relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado.⁶¹

En relación al contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo en relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales; por ejemplo en materia de derecho a la vivienda se considera como grupo vulnerable a los ancianos sin recursos y a las personas con discapacidad; en relación a ellos el Estado debe suministrar una protección especial.⁶²

Como señala EIDE: “El umbral mínimo para enfocar el problema sostiene que el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. La justicia distributiva de largo curso para realizar las normas completas de los derechos humanos requiere la justicia inmediata para aquellos grupos de personas más desfavorecidos.”⁶³

61 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 91-92.

62 ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 92.

63 EIDE, ABSJORN, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 54.

RESUMEN

Si quisiéramos intentar resumir las principales ideas que tendría que incorporar una teoría constitucional comprometida con la eficacia de los derechos sociales, quizá tendríamos que subrayar las siguientes obligaciones a cargo de los poderes públicos (las cuales, por otro lado, sintetizan lo que se ha dicho en los apartados anteriores):

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.
- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con los derechos sociales fundamentales.

- h)* Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i)* En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y
- j)* Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

Segunda parte

Los derechos sociales en la jurisprudencia interamericana

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

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

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

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

- 65 Sobre este punto véase GARGARELLA, ROBERTO, “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, FLACSO, México, núm. 28, 2006, pp. 29-30.
- 66 Cfr., entre otros, ABRAMOVICH, VÍCTOR y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit.; PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007; ACUÑA, JUAN MANUEL, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, México, Ed. Porrúa-IMDPC, núm. 61, 2012; REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *La dignidad humana en serio*, México, Ed. Porrúa-IMDPC, núm. 74, 2013, p. 13 y ss.; CARBONELL, MIGUEL, *Los derechos fundamentales en México*, 5a. ed., México, Ed. Porrúa-UNAM-CNDH, 2012, pp. 782 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

72 Por ejemplo, el artículo 28 de la Convención sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias. En general, véanse los instrumentos que se mencionan en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, párr. 2.

73 Como pueden ser las recomendaciones y observaciones generales de distintos Comités. Especialmente resulta relevante para el derecho a la salud, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que interpreta el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Así como los Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señalan en su párrafo 25: “Se obliga a los Estados Partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”. Asimismo, también resulta de interés los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012.

74 Convención Americana: “Artículo 29 b. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada

Convención Americana—. ⁷⁵ Y lo anterior sin que sea obstáculo el artículo 19.6⁷⁶ del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad, como veremos más adelante.

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

- 75 La mayoría de las Constituciones nacionales de los países que han suscrito el Pacto de San José regulan de manera explícita, implícita con otros preceptos o a través de la incorporación de tratados internacionales, la protección del derecho a la salud. Asimismo, conviene tener presente que la Corte IDH, ha utilizado los contenidos de las Constituciones nacionales para otorgar distintos alcances a los derechos civiles, por ejemplo “en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia” (derechos fundamentales de los niños). *Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra*, párr. 153.
- 76 Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Artículo 19. *Medios de Protección*. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

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

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

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

A) Precedentes y estado del debate

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Unos meses después, en el caso *de las Niñas Yean y Bosico* el Tribunal Interamericano determinó que: “de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el *deber* de desarrollo progresivo en el artículo 26 de la Convención Americana, el Estado debe proveer educación primaria

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

90 *Cfr.* párr. 131 de la Sentencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

104 Párr. 131 de la Sentencia.

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

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

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

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

Desde mi perspectiva, estos alcances implican:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

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

A) Planteamiento

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

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

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

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

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

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

113 *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

121 *Ibidem*, p. 61.

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

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

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

123 *Ibidem*, p. 141.

124 *Idem*.

125 *Ibidem*, p. 171.

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

127 *Ibidem*, p. 235.

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

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

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

129 *Ibidem*, p. 239.

130 *Ibidem*, p. 225, 268.

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

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

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

132 *Ibidem*, p. 254 y ss.

133 *Ibidem*, p. 270.

134 *Ibidem*, p. 281.

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

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

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

136 *Ibidem*, pp. 4 y 5.

137 *Ibidem*, p. 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

144 *Ibidem*, p. 23.

145 *Ibidem*, pp. 16-17.

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

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

146 *Ibidem*, pp. 18-19.

147 *Ibidem*, p. 24.

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

149 *Ibidem*, p. 367.

150 *Ibidem*, p. 353.

151 *Ibidem*, p. 369.

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

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

152 *Ibidem*, pp. 355-357.

153 *Ibidem*, pp. 370- 371.

154 *Ibidem*, p. 371.

155 *Ibidem*, p. 363.

156 *Ibidem*, p. 368.

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

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

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

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

158 *Ibidem*, p. 389.

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

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

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

160 *Ibidem*, pp. 390-393.

161 *Ibidem*, p. 396-397.

162 *Ibidem*, p. 399.

163 *Ibidem*, pp. 40-402.

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

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

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

164 *Ibidem*, p. 400.

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

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

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

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

167 *Ibidem*, p. 171.

168 *Ibidem*, p. 172.

169 *Ibidem*, p. 173.

170 *Ibidem*, p. 164.

171 *Ibidem*, p. 166.

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

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

172 *Idem.*

173 *Ibidem*, pp. 172-179.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. VÍAS INTERPRETATIVAS DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

196 *Ibidem*, p. 169.

197 *Ibidem*, p. 170, 174.

198 *Idem*.

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

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

Sobre la posible integración de la Carta de la OEA con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es pertinente tener en cuenta la Opinión Consultiva OC-10/89 “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 14 de julio de 1989, en especial, sus párrafos 43 y 45:

200 *Ibidem*, p. 48.

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

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

[...]

45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

207 Incluso la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda vez que el artículo 29.d) de la Convención Americana establece que ninguna disposición de ese Pacto puede ser interpretado en el sentido de: “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”; y la Declaración Universal, por su esencia, tiene la naturaleza de la Convención Americana.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

230 *Idem.*

231 *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004.

_____, y PAUTASSI, LAURA (comps.), *La med. de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

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

ACUÑA, JUAN MANUEL, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, México, Ed. Porrúa-IMDPC, núm. 61, 2012.

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Madrid, CEPC, 2000 (3a. reimpresión).

_____, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

ALTERIO, MICAELA y NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un

modelo deliberativo de justicia constitucional: El caso vacantes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 16, julio-diciembre de 2011.

ARANGO, RODOLFO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, pról. de ROBERT ALEXY, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

AYALA CORAO, CARLOS, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Ed. Porrúa-IMDPC, núm. 72, 2013.

BECK-GERNSHEIM, ELISABETH, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.

BENDA, ERNESTO, “El Estado social de derecho” en VV.AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, “La transfiguración del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los avances del asunto Acevedo Buendía vs. Perú”, en la obra de la autora *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Ed. Porrúa-IMDPC, núm. 77, 2013.

_____, y ÚBEDA DE TORRES, AMAYA, “Economic and social rights”, *The Inter-American Court*

Bibliografía

- of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011.
- CARBONELL, JOSÉ y CARBONELL, MIGUEL, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, IIJ-UNAM, 2013.
- _____, “Estado de bienestar” en VV.AA., *Diccionario de Derecho Constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, Ed. Porrúa, 2005.
- _____, CARBONELL, MIGUEL y GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, IIJ-UNAM, 2012.
- CARBONELL, MIGUEL (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.
- _____, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- _____, “Libertad de tránsito y fronteras: la gran cuestión del siglo XXI” en VALADÉS, DIEGO y CARBONELL, MIGUEL (coordinadores), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, IIJ-UNAM, 2007.
- _____, *Los derechos fundamentales en México*, 5a. ed., México, Ed. Porrúa, UNAM, CNDH, 2012.
- _____, MOGUEL, SANDRA y PÉREZ PORTILLA, KARLA (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, 2a. ed., México, CNDH, Ed. Porrúa, 2003, tomo I.
- _____, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Ed. Porrúa, UNAM, CNDH, 2011.

CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN, *El Estado Social de Derecho en la Constitución, España*, Consejo económico y social, 2000.

CASTELL, RAÚL (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CELS, 2006.

CAVALLARO, JAMES L., y BREWER, STEPHANIE ERIN “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008.

_____, y SCHAFFER, EMILY, “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, No. 56, núm. 2, 2004.

_____, y SCHAFFER, EMILY, “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006.

CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO JOSÉ, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

COURTIS, CHRISTIAN *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.

_____, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, No. 6, ITAM, Departamento de Derecho, México, 2004.

Bibliografía

- CRAVEN, MATTHEW, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- DE VERGOTTINNI, GIUSEPPE, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, pról. Javier García Roca, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2010.
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, CEPC, 2006.
- EIDE, ABSJORN, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, número 43, Ginebra, diciembre de 1989.
- ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS, *Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica*, Santiago de Chile, Oxfam, Universidad Diego Portales, 2009.
- ESPING-ANDERSEN, GOSTA, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- FERRAJOLI LUIGI, *Derecho y razón*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2000.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “La garantía interamericana directa de los derechos económicos, sociales y culturales: un debate abierto”, en *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”. Ponencias y Comunicaciones*, Instituto Iberoamericano de Derechos

Constitucional/Universidad de Tucumán/Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

_____, y CARBONELL, MIGUEL, *Compendio de derechos humanos. Textos, prontuario y bibliografía*, 3a. ed., México, Ed. Porrúa, 2012.

_____, y SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, 3a. ed., México, Ed. Porrúa, UNAM, 2013.

_____, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Ed. Porrúa, 2003.

_____, y HERRERA GARCÍA, ALFONSO (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo*, pról. de Diego Valadés, estudio introductorio de Lucio Pegoraro, Valencia, Tirant lo Blanc, 2013.

FORSTHOFF, ERNST, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

GARGARELLA, ROBERTO, “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales”, *Perfiles Latinoamericanos*, FLACSO, México, núm. 28, 2006.

_____, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en ALICIA ELY YAMIN y SIRI GLOPPEN (coords.), *La lucha por los derechos de salud*.

Bibliografía

- ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- GIDI, ANTONIO y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Ed. Porrúa, 2003.
- GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1975.
- HOLMES, STEPHEN y SUNSTEIN, CASS, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.
- KYMLICKA, WILL, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.
- MELISH, TARA J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.
- _____, “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006.
- _____, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Langford,

Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2008.

_____, “Counter-Rejoinder. Justice vs. justiciability?: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006.

MEZZETTI, LUCA, “Constitución e igualdad. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)”, *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ponencias y comunicaciones*, Tucumán, IIDC, Universidad Nacional de Tucumán, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2013.

OCHENDO CLARAMUNT, CARLOS, *El Estado del bienestar. Objetivos, métodos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999.

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

PELAYO MOLLER, CARLOS MARÍA, “El “mínimo vital” como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Methodhos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, No. 3, 2012.

PISARELLO GERARDO “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales” en CARBONELL,

Bibliografía

- Miguel (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- _____, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- _____, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *La dignidad humana en serio*, México, Ed. Porrúa-IMDPC, núm. 74, 2013.
- RUIZ-CHIRIBOGA, OSWALDO, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31/2, 2013.
- SANTOLAYA MACHETTI, PABLO, y DÍAZ RICCI, SERGIO M., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2012.
- SILVA GARCÍA, FERNANDO (coord.), *Derecho a la salud*, México, Ed. Porrúa, 2011.
- UPRIMNY, RODRIGO, y DIANA GUARNIZO, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

(coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, tomo IV: “Derechos fundamentales y tutela constitucional”.

URQUILLA, CARLOS, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, IIDH, 2009.

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

VON BOGDANDY, ARMIN, FIX-FIERRO, HÉCTOR, MORALES ANTONIAZZI, MARIELA y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011.

_____, MORALES ANTONIAZZI, MARIELA y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coords.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*. México, Ed. Porrúa-IMDPC-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, núm. 90, 2013.

Bibliografía

- _____, MORALES ANTONIAZZI, MARIELA y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, pról. de Jorge Carpizo, México, UNAM-IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, 2 tomos.
- WEBER, ALBRECHT, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania” en MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000
- YAMIN, ALICIA ELY y GLOPPEN, SIRI (coords.) *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

Esta obra se terminó de imprimir
en abril de 2014, la edición consta
de 1,000 ejemplares más sobrantes
para reposición.