

Antônio Augusto Cançado Trindade y César Barros Leal
Coordinadores

**EL DESAFÍO DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y
CULTURALES**

**Fortaleza-CE
FB Editora
2019**

COMISSÃO EDITORIAL

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Barros Leal

Bleine Queiroz Caúla

Catherine Maria

Juana María Ibañez Rivas

Julieta Morales Sánchez

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Sílvia Maria da Silva Loureiro

Valter Moura do Carmo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

El desafío de los derechos económicos, sociales y culturales / Coordinadores

Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal. – Fortaleza:

FB Editora, 2019.

281 p. il.

ISBN 978-85-8420-142-6

1. Direitos econômicos. 2. Direitos sociais. 3. Direitos culturais.

I. Trindade, Antônio Augusto Cançado. II. Leal, César Barros. III. Título.

CDD 323.46

Elaborado por Ana Waleska Ferreira de Lima – CRB3/715

CONTEÚDO

PRÓLOGO.....	5
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: RECAPITULACIÓN DE FRAGMENTOS DE MEMORIAS	
Antônio Augusto Cançado Trindade.....	9
LOS DERECHOS SOCIALES INTRAMUROS. SU PRECARIZACIÓN. EL MENSAJE DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	
César Barros Leal	25
LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. APUNTES SOBRE UNA RELACIÓN CLAVE	
Christian Courtis	45
ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	
Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio.....	73
LA REVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN CONTEXTOS DE CRISIS	
Felipe Gómez Isa.....	125
LA NUEVA ERA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA: LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES Y SU JUSTICIABILIDAD DIRECTA	
Juan Jesús Góngora Maas.....	149
LA OBLIGACIÓN DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA	
Julián Daniel López-Murcia y Lina María García-Daza.....	181

**APROXIMACIONES CONCEPTUALES AL PRINCIPIO DE
PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES**

Néstor Javier Calvo 209

ANEXOS

**PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES 237**

**LOS PRINCIPIOS DE LIMBURG SOBRE LA APLICACIÓN
DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES..... 251**

**PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA
DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES,
“PROTOCOLO DE SAN SALVADOR” 269**

PRÓLOGO

A cada edición del Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, organizado en Fortaleza, Ceará, Brasil, por el Instituto Brasileño de Derechos Humanos (IBDH), el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), el Centro de Estudios y Entrenamiento de la Procuraduría General del Estado de Ceará y el Centro Universitario Farias Brito, un inmenso desafío tenemos adelante: el de componer los diversos libros que integran la colección de textos, distribuidos a los profesores, alumnos y observadores, de diversos países, los cuales versan, en cuatro lenguas distintas (portugués, español, inglés y francés) sobre la temática del evento.

No es una tarea fácil, que decidimos asumir desde el primer Curso y se justifica por el enorme interés despertado por esta actividad académica en Brasil y en el exterior. Contando con una red de amigos, esparcidos por numerosos países, buscamos, ahora de dos en dos años, reunir textos de excelencia que tratan de asuntos vinculados al eje central, que, en este año de 2019, es el desafío de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La elección de la temática es un homenaje a la profesora Soledad García Muñoz, hispano-argentina, quien estuvo coordinando, en el período de 2009 a 2017, la Oficina Regional para América del Sur del IIDH, en Montevideo, y, en esta condición, participó durante cinco años en la organización del Curso, teniendo, en 2017, asumido la Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por un mandato de tres años, renovable solamente una vez.

El tema fue objeto, anteriormente, de una publicación, en dos volúmenes, en conmemoración al Cincuentenario de los Dos Pactos de Derechos Humanos de la ONU (el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), bajo la coordinación de Antônio Augusto Cançado Trindade, César Barros Leal y Renato Zerbini Ribeiro Leão. Fueron quince los artículos, en portugués, español, francés e inglés, acerca de los antecedentes históricos de los Pactos, su contenido, su importancia y su alcance transcendental, en la construcción de una cultura de respeto a los derechos humanos, vistos en su universalidad e interdependencia.

Conteniendo como apéndice el texto de los dos Pactos, en cuatro lenguas, la colección fue un marco histórico en las festividades del Cincuentenario. En la dicción de Virginia Brás Gomes, Miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en un artículo presente en el segundo volume, “Celebrar el 50º aniversario del PIDESC significa reconocer su validez y relevancia en tiempos de constreñimientos económicos y sociales en los que la realización de las *core obligations* es una garantía esencial para los que más necesitan la protección del Estado. Significa también reconocer que la realización progresiva de todos los derechos ofrece oportunidades para la mejoría de las condiciones de vida, tornándose, así, un antídoto eficaz contra la violencia y el extremismo que se alimentan de la pobreza, de la miseria y de la desesperación de hombres y mujeres que no encuentran razones para creer en un mundo mejor para sí y sus hijos. Significa, todavía, reconocer que aquello que verdaderamente cuenta es la igualdad de derechos, condiciones y oportunidades, para que todos sin excepción puedan participar plenamente en la vida económica, social y cultural de las sociedades en que viven. Por fin, significa no bajar los brazos en condiciones adversas, para que aspiraciones legítimas puedan transformarse en realidad vivida.”¹

Los libros de esta nueva colección se suman a otras publicaciones ofrecidas en el citado curso, a saber: el Manual de Orientación a los Participantes, el séptimo volumen de la *Serie Estudios de Ciencias Penales y Derechos Humanos* (en tributo a Antonio Sánchez Galindo, organizado por César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez), el libro de autoría de Antônio Augusto Cançado Trindade bajo el título *Derecho a la Reparación – Origen y Evolución en el Derecho Internacional* y el número 19 de la Revista del Instituto Brasileño de Derechos Humanos. Con la salvedad de que ese precioso acervo puede ser encontrado en los sitios web del IBDH y en el portal de la Revista, pudiéndose hacer *download* de cualquier texto editado.

Estamos seguros de que, con la realización de los Cursos Interdisciplinarios (indudablemente uno de los más importantes

1 BRÁS GOMES, Virginia, “Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais: 50º Aniversário entre Aspirações e Realidade, en CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, BARROS LEAL, César y ZEBINI RIBEIRO LEÃO, Renato, *O Cinquentenário dos dois Pactos de Direitos da ONU*, vol. 2, V Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, Expressão Gráfica, Fortaleza, 2016, pp. 125-126.

eventos en el ámbito de los derechos humanos, en América del Sur), estamos contribuyendo a la sedimentación de una cultura vigorosa de derechos humanos en nuestro continente, sea en el área de los derechos civiles y políticos, sea en el área de los derechos económicos, sociales y culturales, estos últimos objeto de nuestra atención prioritaria en el VII Curso, en el que buscamos enfatizar la necesidad de acciones positivas del Estado (con el empleo de recursos, de inversiones, en grados diversos), en el contexto de políticas públicas, lo que torna a veces compleja (o inviable) su implementación, pero jamás debe estimular ideas negativas que se opongan a su exigibilidad, su justiciabilidad.

En ese sentido, conviene recordar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), reproducido en los apéndices (Artículo I: Los Estados Partes en este Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias, tanto de orden interna como por medio de la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de conseguir, progresivamente y de acuerdo con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos en este Protocolo), como también los Principios de Limburgo (redactado por un grupo de especialistas en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht, Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, EUA) y reunidos en Maastricht en el período del 2 al 6 de junio de 1986 “con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, donde se lee: 8. Aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo Es más: (21) La obligación de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que

los Estados tengan el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad.

Nos corresponde señalar, en conclusión, que los derechos económicos, sociales y culturales se exigen también como instrumentos indispensables a la plena vigencia del principio de dignidad (objeto de estudio del IV Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, en el año 2015), indisociable de la percepción de calidad de vida, de bienestar (físico y mental) y de acceso a la justicia, incluso la social.

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Barros Leal

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: RECAPITULACIÓN DE FRAGMENTOS DE MEMORIAS

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia; Doctor *Honoris Causa* en diversas Universidades en América Latina, Europa y Asia; Miembro Titular del *Institut de Droit International*, y del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

No es mi propósito reiterar todo el análisis que he hecho, a lo largo de los años, de la evolución doctrinal y jurisprudencial, en las décadas pasadas, en materia de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, en los distintos sistemas –a niveles universal y regional– de protección internacional de los derechos humanos. Lo he hecho en ocasiones distintas, y aquí me limito a referirme a algunos de mis numerosos estudios al respecto¹, y a resumir los puntos examinados sobre la materia a lo largo de los años, a título de recapitulación.

En mis anteriores estudios, examiné los aspectos doctrinales y jurisprudenciales de aquella evolución, que buscó superar la dicotomía anacrónica consagrada en los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1966, y la enteramente concepción superada

1. A.A. Cançado Trindade, *La Cuestión de la Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Evolución y Tendencias Actuales*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Série para ONGs, vol. 6), 1992, pp. 1-61; A.A. Cançado Trindade, "La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles", 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13-41; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2a. ed., tomo I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, cap. IX, pp. 445-503; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, cap. III, pp. 93-144; entre otros.

del “desarrollo progresivo” de los derechos económicos, sociales y culturales (que encontró expresión en la redacción desafortunada y enteramente insatisfactoria del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969). La gradual superación de la vieja dicotomía se inauguró en la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teheran, 1968), con la afirmación de la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

Más tarde, la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), en cuyos trabajos participé activamente², en su Comité de Redacción, dio otro paso adelante, al buscar la pronta exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, instando a los Estados miembros de Naciones Unidas a que adoptaran un Protocolo, con este fin, al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³. Los trabajos preparatorios del referido Proyecto de Protocolo prosiguen hasta la fecha, y parecen no tener fin, por falta de real voluntad (*animus*), de parte de los Estados, de dar expresión concreta a dicha exigibilidad inmediata. Sin embargo, avances sensibles se lograron en los planos doctrinal y jurisprudencial, tal como examiné en mis escritos, y un aporte significativo fue dado por los sucesivos comentarios generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Por ejemplo, se pasó a distinguir, en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, no sólo *obligaciones mínimas*, sino también *obligaciones distintas*: la de *promover* (la única que es “programática”), la de *respetar*, la de *proteger* (mediante medidas positivas, imponibles inclusive a terceros), y la de *asegurar* (mediante medidas más amplias para la pronta y eficaz vindicación de aquellos derechos). Se pasó a identificar los derechos económicos, sociales y culturales de *aplicabilidad inmediata* (v.gr., determinados derechos

2. Cf. A.A. Cançado Trindade, “O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993”, 17 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1993-1994) pp. 47-85; A.A. Cançado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57.

3. La idea de dotar este Pacto, mediante el proyectado Protocolo, de un sistema de peticiones, se fundamentaba en la necesidad de buscar la superación de la “disparidad” de procedimientos para “distintas categorías” (dando así expresión concreta a la exigibilidad de todos los derechos humanos); la necesidad de presentar cuestiones más “tangibles” en relación con tales derechos; la necesidad de estimular los Estados a proveer recursos más eficaces para la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales; y la necesidad de dar mayor visibilidad a la reivindicación de tales derechos.

sindicales, la igualdad de remuneración por trabajo igual, el derecho a la educación primaria obligatoria gratuita, entre otros). Se enfatizó la importancia fundamental del *principio de la no-discriminación* también en el presente contexto, así como del *derecho de acceso a la justicia*.

Se pasó a identificar “componentes justiciables” de los derechos económicos, sociales y culturales (v.gr., los derechos a la educación, a la salud, a una vivienda adecuada, sobre todo en sus aspectos referentes a la no-discriminación). Como ya advertí, no es mi propósito, en esta ocasión, volver sobre todo lo que ya he escrito al respecto, que ha, además, sido objeto de numerosos seminarios, y que se han repetido a lo largo de los últimos años. Lo que sigue se circunscribe tan sólo a algunos de mis recuerdos seleccionados del ejercicio de la función judicial internacional, a servicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), que considero de relevancia para la temática en aprecio. Lo que sigue es, pues, como ya señalado, un relato resumido de dichos fragmentos de memorias.

A pesar de que los derechos económicos, sociales y culturales, protegidos por el Protocolo de San Salvador de 1988 sobre la materia (para suplir una lamentable laguna en la Convención Americana sobre Derechos Humanos), no hayan constituido la cuestión central de ninguno de los casos resueltos por la CtIADH hasta el final de la década pasada, sin embargo han sido mencionados *incidenter tantum* en algunas de las Sentencias de la CtIADH, y, más que esto, han estado subyacentes –aunque no mencionados expresamente– en algunos de los casos decididos por la CtIADH en los últimos años. La marginación y exclusión sociales forman el contexto de casos que, aunque hayan terminado en la determinación de la violación de derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (otros que los derechos económicos, sociales y culturales), revelan dos puntos importantes, a saber, primero, la dimensión también económica, social y cultural de derechos que no son “clasificados” como tales, y segundo, el imperativo de la protección concomitante de dichos derechos así como los derechos económicos, sociales y culturales.

II. EL CONTENIDO MATERIAL Y EL AMPLIO ALCANCE DEL DERECHO A LA VIDA

La CtIADH ha sostenido una concepción del derecho fundamental a la vida que abarca las condiciones de una vida digna

(artículo 4(1) de la CADH). Al respecto, en un célebre *obiter dictum* en el caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (caso de los “Niños de la Calle” (fondo, Sentencia del 19.11.1999), la Corte, al establecer una violación del derecho a la vida bajo el artículo 4 de la CADH, en detrimento de los cinco adolescentes asesinados a quemarropa, ponderó significativamente que

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él (párr. 144).

En el seno de la CtIADH, defendí esta posición, adoptada en la Sentencia del 19.11.1999, con firmeza, una vez que, en el presente caso de *Villagrán Morales y Otros*, el de “niños de la calle” por agentes policiales del Estado se hizo acompañar de la *circunstancia agravante* de que la vida de las víctimas tan jóvenes ya carecía de cualquier sentido, por cuanto ya se encontraban privadas de crear y desarrollar un proyecto de vida y aún de buscar un sentido para su propia existencia. El Estado tenía la obligación de haber evitado tanto el homicidio de los cinco adolescentes, como las circunstancias –de exclusión o marginación social– que condujeron al mismo. Al respecto, se ponderó, en un Voto Concurrente Conjunto en la Sentencia del 19.11.1999, que

El deber del Estado de tomar medidas positivas *se acentúa* precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. (...)

Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un

estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano”.

A partir del *leading case* de los “Niños de la Calle” (caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999 - *supra*), la CtIADH viene reiterando, en su *jurisprudence constante* (v.g., casos *Bulacio versus Argentina*, 2003; *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, 2003; *Instituto de Reeducción del Menor versus Paraguay*, 2004; *Huilca Tecse versus Perú*, 2005), que el derecho a la vida (cuyo pleno goce es un prerequisite para el disfrute de los demás derechos) tiene un carácter fundamental y requiere de los Estados medidas positivas para asegurar las condiciones de una vida digna. En el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (2004), la CtIADH advirtió que el deber de los Estados de respetar el derecho a la vida “presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad”, dadas su vulnerabilidad y la protección especial que estos requieren para “prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión”, a la violación de aquel derecho básico (párr. 124).

Y, en los casos de *Juan Humberto Sánchez versus Honduras* (2003, párr. 110) y de los *19 Comerciantes versus Colombia* (2004, párr. 153), la Corte advirtió expresamente que

El derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable (...).

E insistió la CtIADH en el deber estatal de tomar *medidas positivas* para proteger y preservar el derecho a la vida.

Siete años después de la primera Sentencia de la CtIADH en el histórico y paradigmático caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, fondo, 1999, y reparaciones, 2001), – que equiparó el derecho a la vida como el derecho a vivir con dignidad, situándolo en su más amplia dimensión económica, social y cultural, en una clara demostración de la indivisibilidad de los derechos humanos, – la temática de la violencia contra jóvenes marginados volvió a ocupar posición central en la Sentencia de la Corte, del

21.09.2006, en el caso *Servellón García y Otros versus Honduras*. En mi Voto Razonado en esta última Sentencia, advertí que

El cuadro que se desprende de los hechos del presente caso es, a mi modo de ver, el de una clara descomposición del tejido social, de un medio social indiferente a la suerte de sus miembros marginados, y partidario de políticas represivas, - como hoy día se constata en la virtual totalidad de América Latina y en casi todo el mundo, sobre todo en relación con los jóvenes (que viven en un presente fugaz, sin futuro) y los migrantes indocumentados (párr. 17).

En el caso *Servellón y Otros*, como en el anterior caso de los "*Niños de la Calle*", el propio derecho fundamental a la vida, violado en ambos los casos, reveló una vez más su ineludible dimensión económica, social y cultural. Y demostró la artificialidad de la dicotomía anacrónica y superada entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales.

III. DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

Recientemente, en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (Sentencia de la CtIADH del 01.03.2005), volvió a evidenciarse que el derecho fundamental a la vida asume una amplia dimensión al tomarse en consideración el derecho a la identidad cultural; este último no puede ser dissociado de la propia personalidad jurídica del individuo como sujeto del Derecho Internacional. Otros ejemplos pueden ser citados, afectando a miembros de colectividades humanas enteras, como, v.gr., los casos de las *Comunidades Indígenas Yakye Axa* (2005-2006) y *Sawhoyamaxa* (2006), atinentes al Paraguay. Privados de sus tierras tradicionales y desplazados forzosamente a sobrevivir en la vera de una carretera, los miembros de dichas Comunidades (algunos murieron en una situación de pobreza extrema) sobreviven en medio a la más dramática marginación o exclusión social.

En mi Voto Razonado en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, destacué la amplia dimensión del derecho a la vida, a abarcar en el *cas d'espèce* la propia identidad cultural (párrs. 2-7 y 28-34). El desplazamiento forzado interno se muestra claramente como un grave problema de derechos humanos (párrs. 14-19). Me permití agregar que

Transcurridos siete años desde la Sentencia de fondo de esta Corte en el caso paradigmático de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia del 19.11.1999)⁴, los abandonados y olvidados del mundo vuelven a alcanzar un tribunal internacional de derechos humanos en búsqueda de justicia, en los casos de los miembros de las *Comunidades Yakye Axa* (Sentencia del 17.06.2005) y *Sawhoyamaxa* (la presente Sentencia. En el *cas d’espèce*, los forzosamente desplazados de sus hogares y tierras ancestrales, y socialmente marginados y excluidos, ha efectivamente alcanzado una jurisdicción internacional, ante la cual han en fin encontrado justicia (párr. 37).

Ponderé, además, en el mismo Voto Razonado, que

No podría dejar de rendir, en este Voto Razonado un reconocimiento al sufrimiento de las víctimas silenciosas del presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, –así como del anterior caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa*– y evocar, en particular, la memoria de los inocentes que perdieron su vida en la vera de una carretera, y al dolor de sus familiares que sobreviven, en la vera de la misma carretera, en la miseria impuesta a ellos por la codicia y avaricia humanas. Como advertí en mi Voto Razonado en la Sentencia sobre reparaciones en el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia del 26.05.2001), la tríada formada por la *victimización*, el *sufrimiento humano* y la *rehabilitación de las víctimas*, no ha sido suficientemente tratada por la jurisprudencia y la doctrina jurídica internacionales contemporáneas, y urge que lo sea, necesariamente a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas (párrs. 2-3 y 23 del Voto), tomando en cuenta inclusive su identidad cultural.

En el mismo Voto Razonado en el caso de los “Niños de la Calle” (reparaciones), me permití advertir asimismo que

(...) Aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social (...). El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño

4. Y cf. también la Sentencia sobre reparaciones del mismo caso, del 26.05.2001.

causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás (párr. 22).

Gracias a la existencia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, el silencio de los inocentes, en el presente caso, ha, sin embargo, resonado en el plano internacional. El presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* demuestra que su personalidad y capacidad jurídicas internacionales se afirmaron y ejercieron de modo incuestionable. Esto es particularmente significativo por las circunstancias del caso, tratándose de miembros de una comunidad indígena” (párrs. 57-59).

El derecho a la identidad otra vez se desprendió claramente de las circunstancias del caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay* (Sentencia del 17.06.2005), revelando aspectos tan variados como el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, social y familiar de una persona. Así, en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, al lesionarse la identidad cultural de la referida Comunidad también se lesionó la identidad personal de cada uno de los miembros que la integran.

En este caso, quedó patente que la identidad cultural, con sus raíces históricas, encontrábase vinculada a la tierra ancestral, y el desplazamiento forzado de ésta última, de los miembros de la mencionada Comunidad, afectaba seriamente su *identidad cultural*, y, en última instancia, el propio derecho a la vida de sus miembros. El caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, sumado al caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay* (Sentencia del 29.03.2006), han efectivamente demostrado que la identidad cultural es un componente o agregado del propio derecho a la vida *lato sensu*, y que, si se afecta la identidad cultural, se afecta inevitablemente el propio derecho a la vida de los miembros de la referida comunidad indígena.

IV. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA *LATO SENSU*

Aunque no se haya valido de todo el potencial de aplicación del Protocolo de San Salvador ante la CtIADH durante el período en

que en ella actué (hasta 2008), los derechos económicos, sociales y culturales han sido sin embargo protegidos mediante la salvaguardia del derecho de acceso a la justicia *lato sensu* (artículos 8 y 25 de la Convención Americana, tomados conjuntamente). Dos ilustraciones en este sentido se encuentran en los casos *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá* (2001-2003) y *Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú* (2006). Aunque la solución encontrada por la Corte en ambos casos (un *renvoi* al derecho interno para las reparaciones) no haya sido hasta la fecha enteramente satisfactoria, en estos casos los derechos laborales han sido protegidos mediante la garantía del acceso a la justicia.

En su sentencia de 1999 en el caso *Baena Ricardo y Otros*, contra Panamá, el Tribunal desestimó una excepción preliminar de supuesta litispendencia (con un procedimiento de la OIT), y continuó con el conocimiento del caso. La sentencia de fondo del 02.02.2001 en el caso *Baena Ricardo y Otros* condenó a Panamá por haber destituido a los 270 trabajadores por aplicación retroactiva de una ley (contra huelga).

La sentencia de fondo del 28.02.2003, en el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú*, amparó los pensionistas por denegación de justicia (las sentencias de los tribunales de derecho interno, en su favor, no habían sido ejecutadas). Así, los casos de *Baena Ricardo y Otros* y de los *Cinco Pensionistas* revelan que los derechos económicos, sociales y culturales (derechos laborales) pueden ser protegidos por las garantías del debido proceso y el acceso a la justicia, que cubren *todos* los derechos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, se suma el Voto Disidente que emití en la Interpretación de Sentencia (del 30.11.2007) en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú*.

En resumen, todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son exigibles, y, hasta el presente, lo han sido en el sistema interamericano mediante el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* y las garantías del debido proceso, tomados conjuntamente. Pasando de la función contenciosa a la función consultiva de la CtIADH, se constata, en la misma línea conceptual, que en materia de Opiniones Consultivas, son de relevancia para todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, la Opinión Consultiva n. 16 sobre el *Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías*

del Debido Proceso Legal (1999), y la Opinión Consultiva n. 18 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003), ambas de trascendental relevancia histórica.

En fin, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales ha marcado presencia – sin expresamente decirlo – en algunas de las Medidas Provisionales de Protección ordenadas por la CtIADH. Claros ejemplos en este sentido se encuentran en las Resoluciones sobre dichas Medidas de Protección adoptadas por la CtIADH en los casos, v.g., de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua* (2003-2004, sobre demarcación de tierras), del *Pueblo Indígena de Sarayaku versus Ecuador* (2004-2005, sobre explotación de recursos naturales), de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó versus Colombia* (2003-2006, sobre incursiones de terceros particulares afectando el *modus vivendi* de miembros de las comunidades), del *Pueblo Indígena Kankuamo versus Colombia* (2004, sobre reconstrucción cultural), todas buscando, en última instancia, salvaguardar el *modus vivendi* de los miembros de las respectivas comunidades⁵.

V. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS MIGRANTES

En mi Voto Razonado en el caso de la masacre de la *Comunidad Moiwana Suriname*, decidido por la CtIADH (Sentencia del 15.06.2005), me concentré precisamente en la proyección del sufrimiento humano en el tiempo de los migrantes de aquella Comunidad (algunos de los cuales se habían refugiado en la Guyana Francesa) que sobrevivieron una masacre (perpetrada el 29.11.1986 en la aldea Maroon N'djuka de Moiwana, en Suriname). Caractericé el daño que sufrieron como “a spiritual one. Under their culture, they remain still tormented by the circumstances of the violent deaths of their beloved ones, and the fact that the deceased did not have a proper burial. This privation, generating spiritual suffering, has lasted for almost twenty years, from the moment of the perpetration of the 1986 massacre engaging the responsibility of the State until now. The N'djukas have not forgotten their dead” (párr. 29).

Solamente mediante la mencionada Sentencia de 2005, proferida por la CtIADH casi dos décadas después, encontraron ellos en fin

5. Para el texto mis Votos Concurrentes en estos casos, cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/ Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 891-983.

reparación, con el reconocimiento judicial de su sufrimiento y las reparaciones ordenadas por la CtIADH. En el ámbito de éstas últimas encuéntrase la orden de la Corte de que el Estado demandado debe asegurar su retorno voluntario y seguro a sus tierras ancestrales⁶. No fue esta la primera vez en que abordé el tema de la proyección del sufrimiento humano en el tiempo y la tragedia creciente del desarraigo; anteriormente, lo hice en mi Voto Concurrente (párrs. 1-25) en la Resolución de la Corte sobre Medidas Provisionales de Protección (del 18.08.2000) en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana*, así como en mi Voto Razonado (párrs. 10-14) en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala case* (reparaciones, Sentencia del 22.02.2002)⁷, y retomé la cuestión en aprecio en el más reciente caso de la *Comunidad Moiwana*⁸.

En efecto, la Sentencia de la CtIADH en este último caso, del 15.06.2005, fue seguida por una Interpretación de Sentencia (del 08.02.2006), en el mismo caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname*, a la cual anexé un Voto Razonado, en el cual abordé los puntos siguientes: a) la delimitación, demarcación y titulación y retorno de tierras (a los miembros sobrevivientes de la Comunidad Moiwana y sus parientes) como formar de reparación; b) el deber del Estado de garantizar el retorno voluntario y sostenible; y c) la necesidad de reconstrucción y preservación de la identidad cultural de los miembros de la Comunidad Moiwana⁹.

6. Para el texto completo de mi Voto Razonado en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname*, cf. A.A. Cañado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 539-567.

7. Para el texto completo de mis supracitados Votos Concurrentes y Razonados, cf. *ibid.*, pp. 876-883 y 321-330, respectivamente.

8. Es significativo que, en su Sentencia en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname*, la CtIADH, con base en la Convención Americana y a la luz del principio *jura novit curia*, dedicó toda una sección de su Sentencia al desplazamiento forzado –una *malaise* de nuestros tiempos– y estableció una violación por el Estado demandado del artículo 22 de la Convención Americana (sobre libertad de movimiento y residencia) en combinación con el deber general del artículo 1(1) de la Convención (párrs. 101-119).

9. Para el texto completo de mi Voto Razonado en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (Interpretación of Sentencia, del 08.02.2006), cf. A.A. Cañado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 683-693.

Anteriormente, en mi Voto Concurrente en la supracitada Resolución de la CtIADH sobre Medidas Provisionales de Protección (del 18.08.2000) en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana*, me permití advertir sobre la necesidad apremiante de enfrentar la tragedia contemporánea del desarraigo, y agregué que

el principio del *non-refoulement*, piedra angular de la protección de los refugiados (como principio del derecho consuetudinario e inclusive del *jus cogens*), puede invocarse inclusive en contextos distintos, como el de la expulsión colectiva de migrantes ilegales o de otros grupos. Dicho principio ha sido recogido también por los tratados de derechos humanos, como lo ilustra el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰.

La relevancia de este enfoque para la cuestión en aprecio, en relación con las Medidas Provisionales de Protección ordenadas por la CtIADH en el caso supracitado de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana*, ha sido prontamente reconocida en la bibliografía especializada¹¹.

La protección de los migrantes también ha marcado presencia en la jurisprudencia de la Corte en materia consultiva. La gran adversidad sufrida por los migrantes fue debidamente señalada, y enfatizada, en el curso de todos los procedimientos consultivos ante la CtIADH conducente a la adopción de sus históricas Opiniones Consultivas n. 16, del 01.10.1999, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Ámbito de las Garantías del Debido Proceso Legal*, y n. 18, del 17.09.2003, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, respectivamente, - que considero las dos más importantes Opiniones Consultivas de toda la historia de la CtIADH. Ambas son verdaderamente pioneras en la jurisprudencia internacional contemporánea, y representan la reacción del Derecho a situaciones de violaciones de derechos humanos en amplia escala, de personas que se encuentran

10. Párr. 7 n. 5 de mi Voto Concurrente, texto *in*: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, p. 878.

11. Cf., v.g., Jaime Ruiz de Santiago, *El Problema de las Migraciones Forzosas en Nuestro Tiempo*, Mexico, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, 2003, pp. 27-30.

muchas veces en total indefensión. Es apropiado, pues, recordar muy brevemente, en esta conferencia de clausura de tan sólo 30 minutos que aquí nos reúne, la contribución de estas dos Opiniones Consultivas para la salvaguardia de los derechos humanos de migrantes indocumentados.

Las dos Opiniones Consultivas de la CtIADH, que contaron, en los respectivos procedimientos consultivos, con considerable participación pública (Estados intervinientes, organizaciones no-gubernamentales, entidades académicas e individuos), han tenido, no sorprendentemente, la más amplia difusión. Ambas resultaron de consultas formuladas por México, generaron notable movilización en las memorables audiencias públicas ante la Corte, y han tenido gran impacto en numerosos países, inclusive por el número considerable de personas por ambas amparadas.

En la Opinión Consultiva n. 16, la CtIADH vinculó el derecho a la información sobre la asistencia consular (consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963) a las garantías del debido proceso legal bajo el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La CtIADH agregó que aquel derecho subjetivo se ha cristalizado a lo largo de los años, siendo titular de él todo ser humano privado de su libertad en otro país. En virtud de aquel derecho, toda persona debe ser *inmediatamente* informada por el Estado receptor de que puede contar con la asistencia del cónsul del país de origen, antes de prestar cualquier declaración (autoincriminándose) ante la autoridad policial local¹².

En otras palabras, encuéntrase hoy indisolublemente ligados el derecho a la información sobre asistencia consular y las garantías del debido proceso legal¹³. Mediante esta Opinión Consultiva, la Corte dio una considerable contribución a la propia evolución del Derecho en este particular, para ponerse fin a los abusos policiales y a las discriminaciones (inclusive *de jure*) contra extranjeros pobres

12. En lo que concierne a los detenidos extranjeros condenados a la muerte, advirtió la Corte que, en caso de imposición y ejecución de la pena de muerte, sin la observancia previa del derecho a la información sobre la asistencia consular, esta inobservancia afecta las garantías del debido proceso legal, y *a fortiori* viola el propio derecho a no ser privado de la vida *arbitrariamente* (en los términos del artículo 4 de la Convención Americana y del artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas).

13. Y, en casos de pena de muerte, el propio derecho a la vida.

e iletrados, victimados por la marginación o exclusión sociales. A la referida Opinión Consultiva me permití agregar un largo Voto Concurrente, de respaldo a las consideraciones de la CtIADH.

La importancia histórica de la Opinión Consultiva n. 16 ha sido ampliamente reconocida, sobre todo en relación con los que no tienen cómo defenderse, los más débiles y vulnerables, y que, precisamente por esto, más necesitan de la protección del Derecho. Su influencia ha sido considerable, habiéndose incorporado a ediciones actualizadas de los *Guías de Práctica Consular* de las Cancillerías de diversos países del continente americano, y a nuevas prácticas de protección (más que asistencia) consular por éstos inauguradas¹⁴.

El 17 de septiembre de 2003 la CtIADH emitió su Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, en la cual sostuvo que los Estados deben respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no-discriminación, y que cualquier tratamiento discriminatorio en relación con la protección y el ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados. En el entendimiento de la CtIADH, el principio fundamental de igualdad y no-discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

La Corte agregó que los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en detrimento de los migrantes, y deben asegurar el debido proceso legal a cualquier persona, independientemente de su estatuto migratorio. Este último no puede ser una justificativa para privar a una persona del goce y ejercicio de sus derechos humanos, inclusive sus derechos laborales. Los trabajadores migrantes indocumentados tienen los mismos derechos laborales que otros trabajadores del Estado de empleo, y este último debe asegurar el respeto por estos derechos en la práctica.

Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y no-discriminación a los objetivos de sus políticas migratorias u otras. En mi extenso Voto Concurrente en esta Opinión Consultiva n. 18, como Presidente de la Corte, abordé los nueve puntos siguientes: a) la *civitas maxima gentium* y la universalidad del género humano; b) las disparidades

14. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice", 4 *Chinese Journal of International Law* (2007) pp. 1-16.

del mundo contemporáneo y la vulnerabilidad de los migrantes; c) la reacción de la conciencia jurídica universal; d) la construcción del derecho individual subjetivo del asilo; e) la posición y el papel de los principios generales del Derecho; f) los principios fundamentales como *substratum* del propio ordenamiento jurídico; g) el principio de la igualdad y no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; h) la emergencia, el contenido material y el ámbito del *jus cogens*; y i) la emergencia y el alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección (sus dimensiones horizontal y vertical). La Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, ya ha tenido, por todas sus implicaciones, un impacto considerable en el continente americano, y su influencia ya se extiende a otras latitudes, dada la importancia de la materia en aprecio.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Ya es tiempo de dejar de “categorizar” los derechos humanos en derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, una artificialidad propia de otra época, de una época pasada que ya no más existe. La organización temática de este Seminario internacional no ha escapado de esta artificialidad, que lamentablemente sigue repitiéndose *ad nauseam* en el tiempo. Hay que abordar los llamados derechos económicos, sociales y culturales en el marco de la indivisibilidad - en la teoría y en la práctica - de todos los derechos humanos, igualmente exigibles.

Hay que parar de buscar en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos algo que él no puede proveer, por ser un lamentable anacronismo histórico, una disposición de pésimas concepción y formulación, fruto del antagonismo ideológico del tiempo de su perezosa redacción. La CtIADH ha buscado trascender el letargo mental reflejado en la redacción del artículo 26 de la Convención Americana mediante una construcción jurisprudencial creativa, cuyo alcance debía ser examinado con el debido cuidado que requiere y amerita.

No hay cómo negar que el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* –*el derecho al Derecho*, comprendiendo las garantías judiciales, el derecho a la prestación jurisdiccional y, cuando debidas, a las reparaciones,– abarca todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales. El principio básico de la

igualdad y no-discriminación, que la CtIADH situó en el dominio del *jus cogens*, informa y conforma y ampara todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales.

Aún antes del día en que el Protocolo de San Salvador de 1988 sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que entró en vigor el 16.11.1999) viniera a constituir el tema central de un caso contencioso ante la CtIADH, logró ésta dar sus aportes en su construcción jurisprudencial en materia de protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo hizo, como visto, al seguir avanzando la construcción en que pronto se comprometió, a la luz de una visión holística o integral de los derechos humanos en la teoría y en la práctica, y dentro de los límites materiales y de tiempo ya aludidos.

LOS DERECHOS SOCIALES INTRAMUROS. SU PRECARIZACIÓN. EL MENSAJE DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

César Barros Leal

Procurador del Estado de Ceará; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Posdoctor en Estudios Latinoamericanos por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM; Posdoctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina.

1. INTRODUCCIÓN

Le hago a usted una confidencia: llegué a pensar, mientras mentalmente redactaba estas notas, en proceder a una revisión de los derechos humanos, desde sus primeros pasos hasta la época actual, señalando, incluso, la diferencia entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Sería la oportunidad de reafirmar mi postura en cuanto a la necesidad de mostrar al respecto una visión universal, pluralista e integral de esos derechos humanos que son inherentes a nuestra condición y que anteceden al propio Estado, siendo, incluso, superiores. Sólo después de esta introducción proyectaría una imagen sin retoques del cosmos prisional, visto en el ámbito normativo y fáctico, esclareciendo enseguida la relación entre sobrepoblación y derechos humanos, centrándome en los sociales. No es éste, empero, el camino que recorreré.

Notoriamente, muchas son las violaciones de derechos humanos en esos espacios ultrajantes donde se rescatan las mazmorras medievales, esto porque, bajo la mirada indiferente y cómplice de la sociedad, el Estado fomenta un irrespeto sistemático de derechos, máxime de los que no son alcanzados por la ley o la sentencia, como el de la seguridad, privacidad y autoestima, además del derecho al trabajo, la educación y una asistencia médica adecuada (es común la incidencia de infecciones respiratorias, dermatológicas, venéreas,

gástricas, urológicas, entre tantas otras de igual monta), en una práctica de envilecimiento que se ha agigantado con la desventura progresiva del crimen organizado.

2. LOS DERECHOS DE LOS PRESOS

En una conquista histórica gradual los presos fueron adquiriendo derechos (correlativamente a sus deberes), que conformaron su *status* jurídico. El recorrido no les ha sido fácil, dado que esos derechos continúan siendo ignorados, con mayor o menor graduación, en el cotidiano carcelario, a despecho de su construcción legal.

En la gran mayoría de las prisiones los presos viven situaciones que niegan los ideales de humanidad de aquellos que se dispusieron a crear mecanismos de salvaguardia, reproducidos en decenas de documentos.

De cierta forma, ellos, los presos, viven al margen de las normativas en esta sede, como si buscaran legitimar lo ilegítimo, intentando diseñar un proyecto que para muchos se corporificaría solamente en el mundo onírico de sus defensores.

No pocos indagan sobre la utilidad de esos instrumentos, vistos como meras declaraciones programáticas, ante la distancia que los separa de la realidad factual de las cárceles por lo general atiborradas. Les doy a continuación la respuesta: ellos son imperiosos, esenciales, pues apuntan, en primer plan, para la decencia de quien, por múltiples razones, está cumpliendo una pena o espera ser juzgado y, por este motivo, no se le puede negar la condición de humano y el respeto a su integridad física, psíquica y moral. ¿Cómo dejar de perseguir esos fines? Son guías y como tales nos cabe preservarlos.

Andrew Coyle, Profesor del Centro de Estudios sobre Prisiones, de la Universidad de Londres y ex director de la Brixton Prison en el período de 1991 a 1997, amonesta: “El tema de los derechos humanos y los presos tienen una carga emotiva. ¿Por qué alguien que ha sido acusado o sentenciado por un delito es merecedor de sus derechos fundamentales? La explicación es que resulta relativamente fácil para los seres humanos mostrar respeto y humanidad hacia aquellos que merecen ese respeto o hacia quienes lo muestran a los demás. Pero, lo que nos diferencia como seres humanos es nuestra habilidad para distinguir entre quien es una persona y lo que ella hace; en consecuencia, la capacidad para reconocer que es necesario mostrar

respeto y humanidad aun hacia aquellas personas que estimamos que no lo merecen.”¹

La Constitución española estatuye que el condenado a la pena privativa de libertad gozará de sus derechos fundamentales, salvo los que estén expresamente limitados por el contenido de la sentencia condenatoria, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, afirmándose, por otra parte, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que el penado conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas vigentes, excepto aquellos cuya privación o limitación corresponda precisamente al contenido de la pena que se ha impuesto.

A su vez, la Sala Constitucional de Costa Rica proclama que los privados de libertad: gozan de todos los derechos y garantías contados en la Constitución Política, con excepción de aquellos que sean incompatibles con su estado. En otras palabras, a pesar de que la pérdida de la libertad ambulatoria constituye la consecuencia principal de la sentencia impuesta, aún conservan los derechos inherentes a su condición de seres humanos; por esa razón, la Administración Penitenciaria tiene el deber de respetar y garantizar esos derechos, finalidad que sólo puede plasmarse de manera efectiva si se establecen las condiciones necesarias a fin de que su disfrute se adecue al estado de reclusión en que se encuentran estas personas.²

1. COYLE, Andrew, “La Sobrepoblación en las Prisiones. La Prisión y la Comunidad”, en CARRANZA, Elías (coordinador), *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria: Respuestas Posibles*, Naciones Unidas/Ilanud y Siglo Veintiuno, San José, Costa Rica, 2001, p. 119.

2. MORA, Luis Paulino Mora, “Sobrepoblación Penitenciaria y Derechos Humanos: La Experiencia Constitucional”, en CARRANZA, Elías (coordinador), *Idem*, p. 70. El ejercicio de esos derechos fundamentales, “junto a la determinación de las garantías que los aseguren, encuentra su límite en el contenido de la sentencia condenatoria, el sentido de la pena es la ley penitenciaria. La mayor o menor amplitud de estas restricciones supondrá, a su vez, un mayor o menor reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los reclusos. Analizar y determinar claramente en qué consiste esta margen de restricción de los derechos fundamentales ha de ser, necesariamente, una tarea esencial que habrá de cumplir la jurisdicción. De lo contrario se caería en el riesgo de que la interpretación y aplicación prácticas del régimen penitenciario –dominado por sus constantes ‘necesidades disciplinarias’– acabasen por vaciar de contenido los principios garantistas que se esbozaron.” (BEIRAS, Iñaki Rivera, coordinador. *Cárcel y Derechos Humanos: Un Enfoque Relativo a la Defensa de los Derechos Fundamentales de los Reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 26-27)

En la Exposición de Motivos de la Ley de Ejecución Penal de mi país, el entonces Ministro de Justicia Ibrahim Abi-Ackel señaló, como premisa básica, que sería inútil la lucha contra los efectos nocivos de la prisionalización si no se estableciera la garantía jurídica de los derechos del condenado. El artículo 3º de la ley explicita que a éste y al internado serán asegurados todos los derechos no alcanzados por la ley o la sentencia y el artículo 40 afirma que se impone a todas las autoridades el respeto a la integridad física y moral de los condenados y los presos provisionales. Muchos de esos derechos, previstos en los instrumentos internacionales pertinentes, están relacionados en el artículo 41 de la citada ley: alimentación suficiente y vestuario; atribución del trabajo y su remuneración; Previsión Social; constitución de peculio; proporcionalidad en la distribución del tiempo para el trabajo, el descanso y la recreación; ejercicio de las actividades profesionales, intelectuales, artísticas y deportivas anteriores, desde que compatibles con la ejecución de la pena; asistencia material, a la salud, jurídica, educacional, social y religiosa; protección contra cualquier forma de sensacionalismo; entrevista personal y reservada con el abogado; visita del cónyuge, de compañera, de parientes y amigos en días determinados; llamada nominal; igualdad de tratamiento salvo en cuanto a las exigencias de la individualización de la pena; audiencia especial con el director; representación y petición a cualquier autoridad, en defensa del derecho; contacto con el mundo exterior por medio de correspondencia escrita, la lectura y otros medios de información que no comprometan la moral y las buenas costumbres; atestado de pena a cumplir, emitido cada año, so pena de responsabilidad de la autoridad judicial competente. Otros derechos, como visita íntima y redención a través de la educación, la lectura, el estudio de música y la participación en el grupo de coro, gradualmente fueron o están siendo incorporados a la nómina de los derechos y garantías de la masa carcelaria.

3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LOS PRESOS

La idea de que los derechos económicos, sociales y culturales no serían derechos exigibles/demandables/justiciables³ fue alejada,

3. La realización de los derechos humanos económicos, sociales y culturales “exige aporte de recursos y una acción positiva del Estado en el sentido de implantar políticas

en el paso de los años, por innúmeros autores, quienes refieren con el énfasis necesario que éstos deben ser observados y cobrados como derechos fundamentales que son, aplicables y obligatorios. Y eso alcanza a todos, no importa su condición de encarcelados o no.

En la introducción al (programa del) XXI Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca – La Segunda Generación de Derechos Humanos, del 12 al 14 de julio de 2018, en la Facultad de Derecho y el Colegio Mayor Arzobispo Fonseca (en el que impartí una ponencia sobre el tema de este artículo), sus organizadores afirmaron textualmente:

En 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (DUDH) incluyó una amplia lista de derechos individuales de primera generación (civiles y políticos) a los que añadió, tras no pocos debates y negociaciones, derechos también individuales, convencionalmente calificados de “segunda generación” (económicos, sociales y culturales), a menudo llamados, por reducción, “derechos sociales”, que son, sobre todo, los comprendidos en el bloque de los artículos 22 al 27 de la DUDH, entre los que se enumeraban el derecho de toda persona a la educación, al trabajo y al descanso, a un salario equitativo y no discriminatorio, a sindicarse, a un nivel de vida adecuado que le asegurara, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica, los servicios sociales necesarios, la seguridad social y, dentro de ella, de seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de “pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. A ellos se añaden los derechos de toda persona (en cuanto sea madre o niño) a la protección especial de la maternidad y la infancia, (anticipándose además en el artículo 16 el derecho de la familia a la protección), así como el derecho a gozar de la cultura y las artes y a la propiedad intelectual y moral de su producción científica literaria o artística. La distinción entre los derechos “de segunda generación”, que acabamos de enumerar someramente, y los denominados “de primera

sociales y sus respectivos proyectos y programas, lo que demanda inversión de recursos financieros que son, sabidamente, escasos. En esa línea, no se puede querer soluciones milagrosas de garantía de derechos sociales. Por otro lado, eso no justifica la no exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y tolerancia con su no efectividad.” (CUNHA, José Ricardo Ferreira y SCARPI, Vinicius, Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: A Questão de sua Exigibilidade, *Direito, Estado e Sociedade*, nº 31, pp. 69 a 85, accesible en la web)

generación", ha dado lugar a numerosos debates. Hoy se pone en tela de juicio, o se matiza mucho, el supuesto, facilitador de su deslinde, de que los primeros serían por naturaleza "negativos", en el sentido de que no requerirían más que la inhibición o respeto del Estado a los mismos, mientras que los "Derechos de Segunda Generación", o, según la nomenclatura de opción, "Derechos Sociales", serían "positivos", esto es, requerirían la acción "positiva" del Estado, o de la sociedad internacional organizada, en la forma de "políticas públicas" nacionales o internacionales, con el potencial concurso, en su caso, de la sociedad civil.

En 1948 los "derechos civiles y políticos" y los "derechos económicos sociales y culturales" aparecían unidos en un solo texto y a todos ellos se aplicaba la pretensión de que se asegurara su implementación, "por medidas progresivas de carácter nacional e internacional", lo que indicaba el carácter no vinculante y posibilista de todo el conglomerado, pero mantenía su cohesión. Trató pronto la ONU de dar a los derechos meramente "declarados" fuerza jurídica e, inicialmente, igual valor. A tal fin encargó a la Comisión de Derechos Humanos la elaboración de un Convenio Internacional con el que tales principios pudieran obtener reconocimiento jurídico de los Estados-parte de las Naciones Unidas, encomendándole, al efecto, mediante Resolución de la Asamblea de la ONU del 4 de diciembre de 1950 (A/RES 421 E), la formulación de un único Proyecto de Pacto Internacional de Derechos Humanos y la especificación de las medidas precisas para su aplicación, enfatizando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos que en él fueran recogidos; indivisibilidad que se viene manteniendo teóricamente hasta hoy, y se reiteró en 1968, en la Proclamación de Teherán, y en 1993, en la Declaración y Programa de Acción de Viena: Pese a tan buenas intenciones, el pragmatismo estratégico propició de facto finalmente la división de los Derechos Humanos en dos Pactos, aprobados en 1966, uno vinculante de inmediato, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y otro, menos exigente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que siguieron diversos Convenios sectoriales sobre derechos puntuales.

La verdad es que los derechos humanos, civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales, son universales, indivisibles, interdependientes y relacionados entre sí. No importan

las condiciones de aquel que los detenta (en fin, todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos), ellos deben ser protegidos, respetados y garantizados, sin ninguna discriminación.

Entre estos últimos derechos me detendré, *exempli gratia*, sólo en aquellos relativos a la salud (física y mental), al trabajo (remunerado) y a la enseñanza (educación), sea por la precariedad de su acceso en las prisiones en general, sea por la importancia, unánimemente reconocida, que les corresponde en la clausura.

Sobre ellos, buscando hacer un análisis comparado, además de remitir a mi lector a la normativa del país que me corresponde por nacimiento, recurro a cuatro instrumentos internacionales (son decenas, con textos idénticos o muy semejantes; no tendría sentido referirme a todos): el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, con sus normas generales, aplicables, siempre que sea posible, a los presos; los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas de Mandela, con sus normas específicas para los que están tras las rejas, en distintas condiciones.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade, Juez de la Corte Internacional de Justicia, la adopción, en 1988, del Protocolo de San Salvador “finalmente llenó la laguna histórica que persistía en el sistema interamericano en relación con la protección de tales derechos. Obsérvese, sin embargo, que, aun antes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su *Informe sobre El Salvador* de 1978, tomó en cuenta la situación de algunos derechos económicos, sociales y culturales, basándose en las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana de 1948. En el mismo sentido, en el año siguiente, en su *Informe sobre Haití*, tomó en consideración los derechos a la educación, a la salud y al trabajo. Significativamente, en su *Informe Anual* de 1979-1980, la Comisión Interamericana constató la ‘relación orgánica’ entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales. En el *Informe Anual* de 1985-1986, la Comisión señaló que el futuro Protocolo a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debería tomar como punto

de partida 'el núcleo fundamental constituido por los derechos al trabajo, a la salud y a la educación', a los cuales se deberían agregar 'otros derechos conexos' o a ellos vinculados, teniendo en cuenta su 'concretización práctica'.⁴

4. LA ASISTENCIA A LA SALUD

Entre las actividades básicas en la prisión, una de las más importantes y, al mismo tiempo, la más afectada, sobre todo en las prisiones sobrepobladas (donde todos los males se exacerban, conviene no olvidar), es la atención sanitaria (vista como un despliegue del derecho a la vida, una garantía individual basilar que puede ser considerada "la condición de posibilidad de todos los demás derechos humanos, los cuales sólo tienen sentido y razón de ser en la medida en que se prediquen y se practiquen a partir de la existencia autónoma y digna de la persona"⁵), objeto de testimonio contundente narrado por Eduardo Galeano, el excepcional escritor y periodista uruguayo, autor de "Las Venas Abiertas de América Latina", preso por la dictadura militar en los años 70 y exiliado en España hasta 1985, habiendo fallecido en abril de 2015:

En 1984, enviado por alguna organización de Derechos Humanos, Luis Niño atravesó las galerías de la cárcel de Lurigancho, en Lima. Luis se abrió paso a duras penas y se hundió en el sopor, en el dolor, en el horror. En aquella soledad *llena de gente*, todos los hombres estaban condenados a tristeza perpetua. Los presos desnudos, amontonados unos sobre otros, balbuceaban delirios y humeaban fiebres y esperaban nada.

Después, Luis quiso hablar con el director de la cárcel. El director no estaba.

4. CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 107-108.

5. "El derecho a la vida se refiere no sólo a la existencia biológica, sino también y sobre todo a la existencia socioeconómica, cultural, política y moral en condiciones decorosas y productivas, de tal manera que cada miembro de la humanidad sea reconocido en su dignidad y respetado en su libertad, y disponga de todos los bienes, servicios y recursos necesarios y suficientes para vivir tan bien como la mayoría de sus conciudadanos y contemporáneos. Forma el núcleo inderogable de las libertades fundamentales, junto con el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad, el derecho al debido proceso y el derecho a la ciudadanía." (VALENCIA VILLA, Hernando, *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Espasa-Calpe, México, 2003, p. 429)

Lo recibió el jefe de médicos y Luis dijo que había visto muchos presos en agonía, vomitando sangre o comidos por las llagas, y no había visto ningún médico. El jefe explicó:

J – Los médicos sólo entramos en acción cuando nos llama el enfermero.

L – ¿Y dónde está el enfermero?

J – No tenemos presupuesto para pagar a un enfermero.⁶

Este diálogo confirma lo que he visto en mis andaduras por las prisiones latinoamericanas, en cuyo interior la atención médica es generalmente deficitaria, ya por la falta de higiene y la escasez de profesionales, ya por la precariedad de las instalaciones y la insuficiencia de insumos⁷, con repercusiones drásticas en la incidencia de enfermedades infectocontagiosas, comunes en esos *aglomerados humanos de exclusión*.

Si consideramos que esa asistencia abarca no sólo la médica, sino también la psicológica, farmacéutica y odontológica, con carácter preventivo y curativo, el problema toma dimensiones todavía más angustiantes, distanciándose por completo de las prisiones del primer

6. "J" es de Jornada, visto que el episodio fue publicado por *La Jornada*, 6 de abril de 1977, p. 30.

7. A partir de su experiencia como médico de la Casa de Detención de São Paulo, Draúzio Varella, autor de obras consagradas, narra: "Las encargadas de la Salud dan la primera (y a veces única) atención en los puestos, que no pasan de una celda, situada en la gayola de entrada del pabellón, con mesa, sillas de plástico, camilla y un balón de oxígeno. Oyen las quejas y distribuyen analgésicos comunes, medicinas para el cólico, controlan presión arterial, glicemia, agendan consultas médicas y aplican inhalaciones con oxígeno y broncodilatadores en quienes sufren de asma y otras enfermedades pulmonares, frecuentes a causa del hacinamiento, de los hongos en las paredes húmedas y de la alta prevalencia de fumantes. Problemas más graves son encaminados a la enfermería general, instalada luego en la entrada que da acceso a los pabellones. Son universales las quejas de falta de medicamentos para suplir las demandas." (VARELLA, Drauzio, *Prisioneiras*, Companhia das Letras, São Paulo, 2017, p. 83) En otro libro, el médico describió a su clientela: "Algunos parecían bien de salud; se recuperaban de cirugías después de tiroteos, cuchilladas, problemas ortopédicos, quemaduras por agua hirviendo derramada por enemigos, crisis de bronquitis asmática y dermatitis. Otros, enmagrecidos por la tuberculosis epidémica en el presidio, deambulaban de bermuda y chinela *rider*, llenando la galería de accesos de tos y bacilo de Koch. En las camas, envueltos en frazadas ordinarias, yacían hombres febriles, caquéticos, la mucosa de la boca cubierta de sapillo, disneicos, mojados de orina, en fase terminal de evolución del SIDA. Tenían la mirada resignada que la muerte impone cuando llega despacio." (VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 84)

mundo, donde esos servicios, visualizados en el ámbito de políticas públicas, son provistos en el mismo nivel de aquellos ofrecidos al público en general; allí se promueve la salud, diferentemente de nuestra realidad, donde es un bien comprometido por la inoperancia y el abandono.

Mirabete y Fabbrini, en sus comentarios a la Ley de Ejecución Penal del país de Santos Dumont, en cuanto a la asistencia a la salud, anotaron que el condenado, como cualquier otra persona, "es susceptible de contraer enfermedad. Puede ocurrir que, al ser recogido al establecimiento penal, presente ya una perturbación de la salud o enfermedad física o mental. Es posible, asimismo, que una enfermedad esté latente y venga a manifestarse después de la prisión, sea por su natural evolución, sea porque el ambiente del establecimiento penal influyó, en todo o en parte, para su eclosión o desencadenamiento. Entre ellas hay que mencionarse un posible trauma psicológico provocado por el primer contacto con el ambiente prisional, capaz de desencadenar enfermedad latente o provocar estados de perturbación que, evolucionando, vengan a transformar al preso en enfermo mental. Es conocida, además, la ocurrencia de la psicosis carcelaria, constituida de síntomas, síndromes y estados patológicos provocados o desencadenados por la propia naturaleza de la situación carcelaria de la cual hacen parte: *atmósfera opresiva*, resultante de la interacción de sentimientos y estados psicológicos negativos, como, por ejemplo, venganza, rencor, tristeza, desconfianza, aflicción, miedo, etc.; *frustraciones* de órdenes diversas, como, por ejemplo, alimentares, afectivas, sexuales y de trabajo, no compensadas; *malas condiciones* de higiene, alimentación, vestuario, que son capaces de provocar o desencadenar no sólo enfermedades somáticas sino también perturbaciones y/o enfermedades psíquicas y/o psicósomáticas. Hay enfermedades que pueden ser provocadas o desencadenadas por las malas condiciones de higiene, alimentación y vestuario, como, por ejemplo, las resultantes de alimentación inadecuada cualitativa o cuantitativamente, de la falta de actividad física, de la subnutrición o desnutrición, etc. Por fin, existe la posibilidad de enfermedades cuyas causas son independientes de las condiciones carcelarias y las lesiones provocadas por accidentes del trabajo prisional o comunes y por las agresiones sufridas por el condenado en la prisión."⁸

8. FABBRINI MIRABETE, Julio y FABBRINI, Renato N., *Execução Penal*, 14^a edición, revista, actualizada y ampliada, Atlas, São Paulo, 2018, pp. 57-58.

Ciertas enfermedades en presidio son como una doble penalización. Los prisioneros son encarcelados como punición y no para punición, en un sistema donde lo prioritario es la seguridad, en detrimento de otros servicios, como la salud, para la cual todo debería ceder el paso, en la visión de Schopenhauer.

¿Qué decir de los deficientes físicos, a ejemplo de paralíticos, semiparalíticos, sordos y ciegos? ¿De qué dispone la prisión para ese grupo vulnerable, con necesidades especiales, en términos de tratamiento y accesibilidad?

¿Qué decir de la asistencia a las personas adictas, que usan abusivamente todo tipo de drogas, las cuales, de una forma o de otra, penetran en la prisión? Visité penales donde no sólo se consumen y se trafican drogas, sino también se producen para comercializarlas dentro y fuera. En pocos lugares hay clínicas de desintoxicación.

¿Qué decir de la salud mental? Los manicomios judiciales, desvanes de enfermos mentales, prácticamente no tienen psiquiatras y ofrecen un simulacro de tratamiento que ha sido criticado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuyas decisiones se realza también el hecho de que las prisiones, no siendo estancas, representan un problema (un riesgo, una amenaza) de salud pública para toda la población, en virtud del flujo continuo de personas (internos, funcionarios, visitantes) que entran y salen de esos espacios donde proliferan enfermedades.

Peor todavía es cuando los internos sufren lo que se llama patología dual, *id est*, cuando, además de enfermos mentales, son adictos o, en la mejor de las hipótesis, están bajo tratamiento de la drogodependencia.⁹

Al versar sobre el derecho a la salud, el Protocolo de San Salvador afirma que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Con el objeto de materializar el derecho a la salud, los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y en especial a adoptar medidas que garanticen este derecho, a saber: atención primaria de la salud (asistencia médica esencial puesta al alcance de los individuos y familiares de la comunidad); extensión de los beneficios

9. Acerca de esa temática recomendamos: ORDÓÑEZ DOMÍNGUEZ, Miriam, "Salud Mental y Prisión: La Perspectiva de los Voluntarios en Prisión", en FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio (Dir.), *La Cárcel: Una Institución a Debate*, Colección Estudios Ciencias de la Seguridad, Salamanca, 2014, pp. 201 *usque* 207.

de los servicios de salud a las personas sujetas a la jurisdicción del Estado; inmunización cabal contra las principales enfermedades infecciosas; prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra naturaleza; educación de la población sobre prevención y tratamiento de los problemas de salud; satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que, por sus condiciones de pobreza, sean más vulnerables.

Los Principios y Buenas Prácticas de las Personas Privadas de Libertad en las Américas reiteran los términos del Protocolo de San Salvador, y agregan, como substanciales para el bienestar la asistencia médica y también psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y sin costo; la implementación de programas educacionales y promocionales en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra naturaleza; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, debiendo el tratamiento anclarse en principios científicos y aplicar aquellas que son vistas como las mejores prácticas.

La prestación de servicios médicos es una responsabilidad del Estado y los reclusos deben poder gozar de los mismos estándares de atención sanitaria disponibles en la comunidad exterior y tener acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin ninguna discriminación en virtud de su situación jurídica. Las Reglas de Mandela, referidas en la reunión preparatoria del 14^o Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (Tokio, 2020), también puntúan que los servicios médicos han de organizarse en vínculo estrecho con la administración del servicio de salud pública general, con vistas a lograr la continuidad del tratamiento y la atención a enfermedades infecciosas y la drogodependencia. Los centros prisionales deben tener un servicio de atención sanitaria encargada de evaluar, promover, proteger y mejorar la salud física y mental de los reclusos, máxime de los que tengan necesidades sanitarias especiales o problemas de salud que obstaculicen su rehabilitación. El servicio de atención sanitaria constará de un equipo interdisciplinario con suficiente personal calificado que actúe con plena independencia clínica y posea conocimientos especializados en psicología y psiquiatría.

No se olvide que, por su índole fundamental, el derecho a la salud compone lo que se denomina mínimo existencial, resguardada la reserva de lo posible (*Der Volberhalt Des Möglichen*), una cuestión compleja, siempre actual, que involucra argumentos presupuestarios y la razonabilidad de las demandas presentadas.

5. EL TRABAJO PRISIONAL

El trabajo siempre ha sido considerado esencial –la actividad medular, aquella que, según Charles Baudelaire, es el mejor remedio contra todos los males– de modo particular en el interior de las prisiones; su carácter en el decurso del tiempo (antes aflictivo, ahora educativo) se confunde con la historia del penitenciarismo y de los sistemas y regímenes prisionales.

Respecto del trabajo penitenciario señalaron Mirabete y Fabbrini que la concepción del trabajo penitenciario siguió “históricamente la evolución experimentada en la conceptualización de la pena privativa de libertad. Inicialmente, estaba él vinculado a la idea de venganza y castigo y mantuvo esas características como forma más grave y aflictiva de cumplir la pena en la prisión. Aun después, encontrándose en la actividad laboral del preso una fuente de producción para el Estado, el trabajo fue utilizado en ese sentido, dentro de las tendencias utilitarias de los sistemas penales y penitenciarios. Hoy, empero, están totalmente superadas las fases en que se utilizaba la pena de las galeras, de los trabajos forzados, como el *shot-drill* (transporte de bolas de hierro, piedras y arena), el *tread-mill* (molino de roda), el *crank* (giros de manivela), etc. En la moderna concepción penitenciaria, el momento de la ejecución de la pena contiene una finalidad rehabilitadora o de reinserción social, señalándose el sentido pedagógico del trabajo.”¹⁰

Derecho y deber del preso, el trabajo es ofrecido muy poco en centenas de unidades penales (su ausencia es notoria en las cárceles públicas y comisarías), en que la opción mayor permanece siendo, además de los servicios de manutención y conservación del edificio, la artesanía, que debería ser limitada a las regiones de turismo, sin que se tome en cuenta, contrariamente a las leyes que disponen sobre el tema, la condición personal (habilitación y capacidad de cada uno, lo que ocurre excepcionalmente) y las necesidades futuras del preso, así como las oportunidades que el mercado ofrece. Una afirmación

10. FABBRINI MIRABETE, Julio y FABBRINI, Renato N., op. cit., p. 83.

que no vale para muchos centros donde las actividades laborales son múltiples, sumándose a ellas talleres/fábricas (entre ellos, los de muebles, joyas y reciclaje), en convenios con la iniciativa privada, explotando su mano de obra en los moldes tayloristas y/o dando énfasis en su calificación.

Como derecho humano social, el trabajo pretende ser un instrumento básico de participación y empoderamiento. Con finalidad productiva y educativa es fundamental para la salud física y psíquica del preso y la propuesta de reintegración social (requisito para que el encarcelado pueda hacer mejores elecciones en el futuro), es condición de su dignidad humana y, remunerado en términos razonables (en general el valor es pequeño, meramente simbólico), ayuda al preso a pagar sus gastos personales y asistir a su familia.

Las legislaciones penitenciarias propenden a atribuir otros fines al producto de la remuneración por la labor prisional, a saber: resarcimiento al Estado de gastos realizados para su manutención, lo que, a sabiendas, nunca se hizo; indemnización de los daños causados por el delito, sólo verificándose, naturalmente, en el caso de que exista una determinación judicial y no haya ocurrido reparación por otros medios; y constitución de un peculio, a ser entregado al interno cuando sea puesto en libertad.

Es una falacia decir que el preso no quiere trabajar. La gran mayoría se dispone a hacerlo, aunque lo sea sólo para ocupar sus horas y acceder a la redención, reduciendo, así, el tiempo de cumplimiento de la sentencia. Y al Estado debería interesar su oferta, pues garantiza a la institución mantener la disciplina y el orden. En el día a día prisional, incluso, el trabajo es más valorizado por la Administración que la actividad educacional, pues la escuela es vista con reserva por ser un *locus* donde se planearían fugas y motines.

Extraigo del Protocolo de San Salvador que toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Se adoptarán medidas para garantizar la plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referentes al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, en particular aquellos destinados a los minusválidos. De igual modo, se ejecutarán y se fortalecerán programas para que

la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

En los términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce el derecho al trabajo, o sea, el derecho de ganarse la vida mediante un trabajo que se escoge o acepta libremente. Se reconoce también el derecho al goce de condiciones de trabajo favorables, que aseguren un salario equitativo y una remuneración igual por un trabajo de igual valor, sin ninguna distinción; así también las condiciones de existencia decente; seguridad e higiene en el trabajo; idéntica oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.

Los reclusos penados –así recomiendan, a su vez, las Reglas de Mandela– tendrán la oportunidad de trabajar y/o participar activamente de su rehabilitación, previo dictamen de aptitud física y mental emitido por un médico u otro profesional competente. Se proporcionará a ellos un trabajo productivo que sea suficiente para mantenerlos ocupados durante una jornada laboral normal. El trabajo penitenciario no será de carácter aflictivo y nadie se someterá a esclavitud o servidumbre; ningún recluso será obligado a trabajar en beneficio personal de algún funcionario del establecimiento. Además, en la medida de lo posible, el trabajo contribuirá, por su naturaleza, a mantener o aumentar su capacidad de vivir de manera digna tras la puesta en libertad y se dará entrenamiento en algún oficio útil a los reclusos que estén en condiciones de aprovecharlo, de modo particular a los jóvenes.

6. LA ASISTENCIA EDUCACIONAL

Miles de presos, generalmente jóvenes, entre dieciocho y veinticinco años, muchos de ellos egresados de segmentos pobres de la sociedad, analfabetos o con escolaridad baja/mínima (la mayoría ni siquiera concluyó la enseñanza media), no tienen acceso a actividades educativas, sea de instrucción, sea de formación profesional, contrariamente a los fines de una política criminal integrada en la política social, que busque transformar el “establecimiento penal en escuela de alfabetización y profesionalización del preso, para insertarlo

en el proceso de desarrollo de la Nación,¹¹ tomándose en cuenta que la asistencia educacional debe ser “una de las prestaciones básicas más importantes no sólo para el hombre libre, sino también para aquel que está preso, constituyéndose, en este caso, un elemento del tratamiento penitenciario como medio para la reinserción social.”¹²

Lo que se pretende, en el discurso oficial, es que el preso aprenda a leer o escribir, avance/concluya sus estudios, desarrolle el sentido de autovalorización, adquiera habilidades, se transforme y pueda (re)construir su vida, en la medida en que la educación, *el arte de las artes, el pasaporte para el futuro*, concorra para su retorno a la sociedad.

Es evidente que la ausencia o insuficiencia de la actividad educacional afecta (a despecho de las posiciones contrarias) el orden en las prisiones, pues la ociosidad (que multiplica los vicios del preso, según Michel Foucault¹³) contribuye a causar o ampliar las tensiones que se observan en su interior, desembocando a veces en motines y fugas.

Así como el trabajo, la educación puede autorizar la redención de la pena. Lo mismo ocurre en muchos lugares, conforme hemos visto, con la lectura, lo que estimula la creación de bibliotecas, disponibilizando al preso un acervo imprescindible para la garantía de ese beneficio. En el Simposio Internacional de Combate a la Corrupción, mencionado en la Introducción, rendí un homenaje al Grupo Cristiano Manos de Luz, organización sin fines de ganancia, fundada en 2016, por haber recolectado en distintas ocasiones miles de libros para la comunidad carcelaria.

El dictamen constitucional de orientar las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social, “impide que dichas penas queden reducidas a la mera custodia y retención”, debiendo la Administración generar las condiciones necesarias para preparar a los internos a vivir en libertad y, por lo tanto, velar por el cumplimiento del derecho a la educación por afectar la dimensión social del ser humano.¹⁴

11. ALBERGARIA, Jason, *Comentários à Lei de Execução Penal*, Aide, Rio de Janeiro, 1987, p. 41.

12. FABBRINI MIRABETE, Julio y FABBRINI, Renato N., op. cit., p. 66.

13. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, Siglo Veintiuno, México, 1976, p. 118.

14. VENTURA ALAMEDA, Cristina, “El Derecho a la Educación en el Medio Penitenciario”, en FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio (Dir.), op. cit., p. 113.

Llamo la atención para ciertas particularidades que deben ser tomadas en cuenta en este ámbito. Una ponderación relevante es la de que: "...coexisten las especificidades de cada unidad prisional, su gestión y el sentido común en torno de la desconsideración de la educación como un derecho a ser implementado en la realidad prisional. A ese respecto, sobresalen las consideraciones de la investigación en proceso permanente realizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO): 'La situación legal de los internos ejerce influencia sobre la organización de turmas. Las personas acusadas de un crimen, pero todavía no sentenciadas, tienen mayor dificultad (o menor motivación) de entrar en turmas fijas. ...En algunos países, la frecuencia a las clases es obligatoria, organizada por el estado con profesores calificados, que fueron entrenados para adaptar sus métodos educacionales al especial contexto de la prisión. En la mayor parte de los países, sin embargo, la educación es una opción y emula con la posibilidad de trabajar. ...La creación de programas de educación técnica lleva a la organización de actividades productivas que, por un lado, permiten desarrollar habilidades técnicas para el mercado de trabajo, pero, por otro, perjudican las actividades educacionales o alteran la dimensión social de los programas educacionales. ...La sobrepoblación en la cárcel es una realidad desfavorable a la organización de sesiones educacionales...'"¹⁵

Al tratar del derecho a la educación, afianza el Protocolo de San Salvador que toda persona tiene derecho a la educación primaria, secundaria y superior. La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza técnica y profesional, debe ser generalizada y extenderse a todas las personas, por cuantos medios sean apropiados y, especialmente, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos los individuos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; se deberán, por último, establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos, a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficientes mentales.

15. BESSA FERREIRA DE OLIVEIRA, Carolina, *A Educação Escolar nas Prisões: Uma Análise a Partir das Representações dos Presos da Penitenciária de Uberlândia (MG)*, Educ. Pesqui., São Paulo, v. 39, nº 4, pp. 955-967, oct./dic., 2013.

Los Estados Partes reconocen, al tenor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho de toda persona a la educación, aclarando que ésta debe orientarse al pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su decoro y fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. La enseñanza, en los diversos niveles, debe ser asequible a todos los individuos, con la observancia de la capacidad de cada uno.

Conforme a las Reglas de Mandela, la educación es, a semejanza del trabajo, una herramienta que asegura, en la medida de lo posible, la reintegración de los reclusos a la sociedad, para que puedan llevar una vida autosuficiente y respetuosa de la ley; para ese fin, las administraciones penitenciarias y demás autoridades competentes deben brindar, entre otras cosas, educación, de conformidad con las necesidades individuales de tratamiento de los reclusos, debiendo ser creados medios para promover la educación de todos, incluyendo instrucción religiosa, en los países en donde eso sea posible. La instrucción de los analfabetos y de los reclusos jóvenes será obligatoria, debiéndose prestarle una particular atención.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Los derechos sociales de los presos aquí tratados están obviamente sujetos a las condiciones y disponibilidades de las instituciones que les corresponden. En la oferta de la salud, del trabajo y de la educación, es relevante el papel de los profesionales que actúan en estas áreas: de su interés, su motivación, su capacitación, del apoyo recibido, depende la calidad de los servicios prestados.

No existen cárceles que aseguren todos los derechos antevistos en las normas pertinentes (ordinarias, constitucionales e internacionales), en especial porque las prisiones padecen el flagelo de la saturación y ésta tiene efectos devastadores.

Exactamente porque esos derechos no se alcanzan en su literalidad y plenitud, se habla de ciudadanos de segunda, tercera o nula categoría, una expresión que se ajusta a las condiciones de abandono a que son por lo general relegados, permitiendo que algunas personas pregunten: ¿Hasta qué punto es posible garantizar a los presidiarios el reconocimiento y el ejercicio de sus derechos humanos? ¿Cómo garantizar los derechos sociales en niveles adecuados, conforme a

las normas pertinentes, si las prisiones no disponen de los recursos necesarios ni lo mínimo de personal para ello?

Las indagaciones que hice en el párrafo anterior, amén de otras semejantes, tratan de problemas que, al parecer, se inclinan a perpetuarse en un área compleja, en la que, en la opinión de muchos, poco o nada funciona (*nothing works*). El discurso oficial intenta responderlas afirmativamente, en un esfuerzo malogrado de legitimación de la cárcel; ellas, empero, se agigantan en los decibeles de su provocadora resonancia, alertando para el abismo entre la realidad penitenciaria y el ideario en que se sustentan sus propuestas centenarias.

LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. APUNTES SOBRE UNA RELACIÓN CLAVE

Christian Courtis

Funcionario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos;
Profesor e investigador visitante en diversas universidades de América Latina,
Estados Unidos y Europa.

I. INTRODUCCIÓN

Este breve artículo tiene el objeto de sugerir algunas cuestiones a abordar al momento de decidir si y cómo pueden las instituciones nacionales de derechos humanos¹ trabajar sobre temas de derechos económicos, sociales y culturales. Aunque algunas de las ideas aquí discutidas son de aplicación general, el trabajo tiene especialmente en cuenta el contexto de las instituciones nacionales de derechos humanos de Iberoamérica.

El trabajo tiene una orientación fundamentalmente práctica. Aborda centralmente dos cuestiones: la primera está relacionada con el mandato que otorga el ordenamiento jurídico a las instituciones nacionales de derechos humanos, y la segunda con los criterios que pueden emplearse para diseñar el tipo de trabajo que cada institución lleve adelante en materia de derechos económicos, sociales y culturales, teniendo en cuenta las facultades y mecanismos a su disposición y las exigencias particulares que plantean estos derechos.

1. Emplearé en el texto esta expresión, más general, dada la diversidad de denominaciones existentes en la región: oficinas del Ombudsman, Defensorías del Pueblo, Defensorías del Habitante o del Ciudadano, Procuradurías de Derechos Humanos, etc. Lo dicho puede, sin embargo, aplicarse –con las debidas adaptaciones– a instituciones subnacionales –como las Defensorías provinciales, estatales o municipales.

II. EL MANDATO DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El primer problema práctico a abordar es, sencillamente, si la Constitución o la ley que regula la institución en cuestión incluye en su mandato la protección y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.

En la gran mayoría de los países de Iberoamérica, la respuesta a esta pregunta es afirmativa. Aunque en muy pocos casos, las normas de la Constitución o de la respectiva ley hacen referencia explícita a los derechos económicos, sociales y culturales, o derechos sociales, cuando definen el mandato de las instituciones nacionales de derechos humanos. La inclusión de estos derechos en ese mandato se deriva claramente de la identificación de los “derechos humanos” o “derechos fundamentales” como objeto de sus tareas de protección y promoción².

Al menos dos fuentes coadyuvan para llegar a esa solución. Por un lado, el plexo de derechos humanos o derechos fundamentales identificado por las propias Constituciones de cada país. La tendencia casi unánime en la región, enfatizada aún más en la oleada de reformas constitucionales registrada en los últimos veinte años, ha sido la de los derechos económicos, sociales y culturales en la lista de derechos fundamentales reconocidos por las distintas constituciones. De modo que, por esta vía, la especificación constitucional de qué debe entenderse por derechos humanos o derechos fundamentales incluye a los derechos económicos, sociales y culturales, y esto vale para dar contenido al mandato de las instituciones nacionales de derechos humanos.

2. Ver, por ejemplo, Constitución Argentina, artículo 86; Constitución Política de Bolivia, artículo 127; Colombia, Ley 24 del 15 de diciembre de 1992, artículo 1; Costa Rica, Ley 7319 del 17 de noviembre de 1992, artículo 1; Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 274; Constitución de la República de Honduras, artículo 59; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 102.B; Nicaragua, Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, artículo 5; Constitución de Panamá, artículo 129; Constitución Nacional de la República del Paraguay, artículo 276; Constitución Política del Perú, artículo 162; Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 280. La mejor fuente de análisis comparado del régimen de las instituciones nacionales de derechos humanos de Iberoamérica es G. ESCOBAR ROCA (director), *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008.

Complementariamente, la otra fuente a la que debe acudir para especificar el alcance de la expresión “derechos humanos”, contenida en la definición del mandato de una institución nacional de derechos humanos, es el derecho internacional de los derechos humanos. Un Estado asigna significado a esta expresión cuando ratifica o accede a tratados internacionales de derechos humanos. Este argumento tiene aún más peso si el ordenamiento jurídico ha adoptado una posición monista en torno a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno –es decir, cuando la adopción de un tratado internacional tiene el efecto de incorporar el tratado al derecho interno. Y esta es justamente la regla en todos los países de la región –independientemente de alguna divergencia en las soluciones relativas a la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho interno. Pues bien, la tendencia generalizada de los países de la región es la ratificación tanto de tratados de derechos humanos que reconocen derechos civiles y políticos, como de aquellos que reconocen derechos económicos, sociales y culturales. También es frecuente que la descripción del mandato de las instituciones nacionales incluya la protección y promoción de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales³.

De modo que puede concluirse, sin mayor duda, que cuando las constituciones o las leyes reglamentarias definen el mandato de las instituciones nacionales haciendo referencia al término “derechos humanos”, esta referencia incluye a los derechos económicos, sociales y culturales.

Con todo, es posible que existan algunos problemas de exclusión de algunos temas o materias específicas del mandato de las instituciones nacionales. En algunos casos puntuales, se excluyen los derechos laborales⁴. En otros casos –más comunes–, el mandato de las instituciones nacionales de derechos humanos se limita al control de las acciones u omisiones cometidas por el Estado o por agentes públicos, y excluye las cometidas por particulares⁵.

3. Ver, por ejemplo, Costa Rica, Ley 7319 del 17 de noviembre de 1992, artículo 1; Constitución de Panamá, artículo 129; Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 280.

4. Ver, por ejemplo, Constitución de la República de Honduras, artículo 59; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 102.B.

5. Ver, por ejemplo, Constitución Política de la República de Guatemala, artículos 274 y 275; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 102.B; Nicaragua, Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos,

Estas exclusiones pueden dejar de lado importantes violaciones de derechos sociales, en aquel universo de casos en los que estas violaciones correspondan a relaciones entre particulares. Estos casos no son extraños: derechos tales como los derechos laborales, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vivienda o el derecho a la alimentación involucran frecuentemente vínculos entre particulares. Esta tendencia se ha agudizado con el proceso de privatización de servicios públicos acaecida en muchos países de la región durante los años noventa, que puso en manos de prestadores privados o transfirió al sector privado de manera total o parcial la prestación de servicios públicos destinados a la satisfacción de derechos sociales – como la provisión de servicios de agua, de salud, de educación o la administración de la seguridad social. De modo que la exclusión de actos u omisiones de sujetos privados del mandato de las instituciones nacionales de derechos humanos puede tener el efecto de ignorar un universo importante de potenciales violaciones a derechos económicos, sociales y culturales.

Tales exclusiones, sin embargo, pueden ser parcialmente morigeradas a través de algunas estrategias interpretativas –en la medida, claro está, en que éstas tengan soporte normativo suficiente. Bastará con mencionar aquí dos de ellas.

La primera es la no poco frecuente aceptación de la aplicación de la prohibición de discriminación también a las relaciones entre particulares. De modo que, en principio, cabría la posibilidad de trabajar temas en los que la afectación de derechos económicos, sociales y culturales provenga de particulares, en aquellos casos en los que la situación pueda calificarse como violatoria de la prohibición de discriminación. Esta interpretación haría posible la competencia de las instituciones nacionales, por ejemplo, en casos de violación del derecho a la salud o a la educación por parte de prestadores de servicios de salud o establecimientos educativos privados, siempre que la situación denunciada incluya dimensiones de discriminación.

artículo 37. En contraste, existen en la región casos de reconocimiento explícito de la inclusión, dentro del mandato de las instituciones nacionales de derechos sociales, de actos u omisiones cometidos por particulares –por ejemplo, en materia de servicios públicos, independientemente del carácter del prestador. Ver, por ejemplo, Argentina, Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, artículo 17; Bolivia, Ley 1818 del Defensor del Pueblo, artículo 5; Costa Rica, Reglamento de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, artículo 2; Perú, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, artículos 9.1 y 30.

Una segunda estrategia para reducir el posible efecto pernicioso de la exclusión de las relaciones entre particulares del mandato de las instituciones nacionales de derechos humanos es la “traducción” de una violación cometida entre sujetos privados en una violación imputable al Estado por falta de regulación, vigilancia o supervisión adecuada. Aunque es claro que esta forma de encuadrar la situación tiene desventajas, dado que el responsable directo de la violación es el sujeto privado y no el Estado, de todos modos, puede ofrecer una salida práctica en los casos en los que no haya otra manera de salvar la exclusión.

En todo caso, cabe recordar, que en materia de derechos humanos rige el denominado principio pro homine o pro persona, que prescribe que, en caso de duda interpretativa, o en caso de necesidad de elección entre dos normas, debe preferirse aquella que tenga por efecto el reconocimiento más extenso o la mayor protección de los derechos de la persona⁶. Por ende, en caso de duda razonable acerca del mandato de una institución nacional de derechos humanos, debe estarse a favor de aquella interpretación que permita incluir situaciones de presunta violación a los derechos humanos dentro de la competencia de la institución, y en contra de aquella que la excluya. Este debería ser el criterio que guíe la interpretación de los límites de sus propias facultades por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos –al menos para ser coherentes con la propia razón de su existencia.

III. EL QUÉ Y EL CÓMO: EL TRABAJO SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL MARCO DE LAS COMPETENCIAS DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Una vez resuelta la cuestión del mandato –es decir, una vez asumido que la institución nacional de derechos humanos bajo consideración está facultada para trabajar sobre derechos económicos sociales y culturales– la próxima pregunta a plantearse es la de qué

6. Ver S. ALBANESE, “La primacía de la cláusula más favorable a la persona”, en Revista La Ley, Buenos Aires, tomo 1996-C-518; M. PINTO, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en M. ABREGÚ y C. COURTIS (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163-171.

temas trabajar, y cómo hacerlo. Es imposible contestar preguntas de este tipo de manera genérica, sin considerar las circunstancias particulares –normativas, de recursos y especialmente de contexto y coyuntura– en las que se desarrolla el trabajo de una institución nacional de derechos humanos. Sin embargo, pueden al menos sugerirse algunos criterios para intentar contestar adecuadamente esas preguntas y, por ende, diseñar, organizar y llevar a cabo el trabajo de las instituciones nacionales de derechos humanos de modo de cumplir lo más eficazmente posible con su mandato, en la medida de sus recursos.

Tal vez la primera advertencia necesaria al respecto sea la de la complejidad y alcance del tema. El campo de los derechos económicos, sociales y culturales abarca al menos los siguientes derechos: los derechos laborales individuales y colectivos, el derecho a la seguridad social, el derecho a la protección de la familia, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, el derecho a la alimentación, el derecho al agua y los derechos culturales. Y esta es sólo una enumeración general y no exhaustiva: es posible identificar otros derechos, o usar otro criterio para identificar los derechos cubiertos por esa categoría (como la referencia a los sujetos merecedores de tutela especial o diferenciada, como niños y niñas, adultos mayores, personas con discapacidad, desplazados internos o pueblos indígenas), y además cada uno de los derechos involucrados es a su vez complejo, y abarca diversos aspectos distintos entre sí.

Esta complejidad choca muchas veces con la habitual escasez de recursos a la que se enfrentan las instituciones nacionales de derechos humanos. Con recursos limitados, difícilmente puedan abarcar todos los derechos incluidos en la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, y menos aún todos los aspectos de cada derecho – si esto se suma, además, a la necesidad de atender también otros temas.

De modo que, para incorporar al trabajo de una institución el seguimiento sistemático de temas concretos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, es prácticamente imprescindible priorizar algunos sobre otros. Esta priorización deber seguir criterios de relevancia de los temas elegidos, y para ello es importante tomar en consideración el principio clave en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que es la atención preeminente

a quienes están en situación más vulnerable y tienen necesidades básicas insatisfechas.

Una segunda idea a tener en cuenta es la necesidad de ser flexible a la hora de definir los temas prioritarios de trabajo: puede hacérselo, claro está, por derecho –tener, por ejemplo, un área de la institución dedicada al derecho a la salud, o a la educación– pero hay otras maneras de definir las competencias de un área que incluya trabajo sobre derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, la elección de un grupo social merecedor de tutela especial o diferenciada –como los derechos de los niños y niñas, o de los adultos mayores– que abarque trabajo sobre varios derechos económicos, sociales y culturales –como salud, educación, vivienda, alimentación o seguridad social. Otra posibilidad es la de elegir un tema transversal –como la prohibición de discriminación, o la calidad de los servicios públicos. Aun cuando se hayan definido áreas de trabajo de este modo, posiblemente sea necesario todavía seleccionar algunos asuntos a los que dedicar una especial atención –en particular, como se verá después, en ejercicio de la facultad de realizar estudios de situación o informes monográficos.

Un segundo orden de ideas tiene que ver con la selección de lo que podría denominarse nivel o “escala” –por analogía con la dimensión de los mapas o planos⁷– de los problemas a ser abordados. Tener en cuenta esta dimensión es importante para decidir qué facultades o mecanismos con los que cuentan las instituciones nacionales de derechos humanos son los más adecuados para enfrentar los distintos tipos de problemas que llegan a su conocimiento. En este sentido, me parece útil distinguir entre tres niveles o escalas a tener en consideración:

- 1) El de las quejas o violaciones de carácter individual
- 2) El de las situaciones de afectación grupal o colectiva
- 3) El de las decisiones generales de política pública

Paso a explicarlos, y a explicar su relevancia en materia de derechos sociales. El nivel de las quejas o violaciones individuales revela incumplimientos que afectan individualmente al titular de un

7. Sobre la aplicación de la noción geográfica de “escala” al derecho, ver B. SANTOS, “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, en Revista Nueva Sociedad N° 116, noviembre-diciembre 1991, pp. 18-38.

derecho –por ejemplo, el usuario de un servicio público al que se le deniega arbitrariamente una medicación a la que tenía derecho.

El nivel grupal o afectación de un colectivo corresponde habitualmente a una acción y omisión que impacta sobre todos los potenciales beneficiarios, derechohabientes, usuarios o titulares de derechos que están en una situación similar, diferenciable de la de otros titulares de los mismos derechos. El diseño y provisión de servicios sociales responde habitualmente a criterios de escala –de manera que se concibe una unidad de servicios, como un centro de salud o una escuela, para un determinado número de usuarios. Por ende, una misma omisión –por ejemplo, la ausencia de un centro de salud en una zona– o falla –por ejemplo, la falta de abastecimiento de medicamentos básicos a un centro de salud– afecta a todos los usuarios que están en la misma situación, sin que eso afecte necesariamente a otras personas –por ejemplo, a aquellas que viven en una zona que cuenta con un centro de salud adecuadamente abastecido de medicación básica.

El nivel de las decisiones generales de políticas públicas impacta sobre todos los destinatarios de esa política pública, actuales o potenciales. Por ejemplo, la decisión de excluir determinados tratamientos o intervenciones de la cobertura pública de salud tendrá efectos sobre todos los usuarios del servicio público de salud que requieran esos tratamientos o intervenciones.

La distinción entre los tres niveles o escalas es, claro está, esquemática, ya que en realidad existe un continuo entre los tres, que hace que el corte entre uno y otro sea puramente convencional. El nivel individual puede tener impacto sobre varios individuos –típicamente, sobre una familia, como en el caso de un desalojo forzoso individual. El nivel grupal puede abarcar grupos o colectivos de muy diverso tamaño –desde un pequeño grupo de individuos o de familias, hasta cientos o miles de usuarios de un mismo servicio, por ejemplo. El corte entre el nivel grupal y el nivel de las decisiones generales de política pública también es puramente convencional cuando aspectos de una política pública general tienen un impacto diferencial sobre un grupo determinado o determinable de personas –así, por ejemplo, todos los usuarios de similar condición socioeconómica, o todas las personas que requieren de un tratamiento o intervención similar. Un criterio habitual –aunque no necesario– utilizado para delimitar el nivel grupal es el del territorio, que consisten en considerar como

un grupo o colectivo a todas las personas afectadas por el mismo problema en una zona común o contigua. Esto puede facilitar la identificación de un grupo de afectados, aunque –como dije antes– esto no excluye otras formas posibles de concebir un grupo o colectivo afectado.

En todo caso, se trata de una clasificación que tiene un sentido práctico: identificar el tipo de violación con el que una institución nacional de derechos humanos está tratando, el tipo de solución que requiere y, por ende, la facultad o mecanismo a disposición de la institución para canalizar mejor el problema y decidir la respuesta institucional más adecuada.

IV. FACULTADES Y MECANISMOS DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES, DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y “ESCALA” O NIVEL DE LOS PROBLEMAS ABORDADOS

En línea con lo dicho antes, paso ahora a analizar cómo pueden emplearse algunas de las facultades o mecanismos a disposición de la gran mayoría de las instituciones nacionales de derechos humanos de América Latina, en relación con la “escala” o el nivel de los problemas que lleguen a su consideración en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

IV.1. Resolución de quejas

La facultad de recibir y resolver quejas por presuntas violaciones a los derechos humanos o derechos fundamentales es reconocida de manera prácticamente unánime a las instituciones nacionales de derechos humanos de la región⁸. Dado que, como dijera antes, la competencia de las instituciones nacionales incluye habitualmente los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales, la facultad de recibir y resolver quejas incluye también las alegadas violaciones de estos derechos, y en no pocos casos las quejas relativas a esta temática constituyen una parte considerable del volumen de quejas recibidas por las instituciones nacionales⁹.

8. Es el caso, por ejemplo, de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

9. Para completar lo dicho aquí, ver “Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos”, Oficina

La recepción y resolución de quejas individuales corresponde en gran medida a lo que he denominado problemas de “escala” o nivel individual. Son ejemplos habituales de estos problemas en materia de derechos económicos, sociales y culturales los problemas de exclusión individual de derechos o beneficios (denegación de un plan social, pensión, tratamiento, medicación, inscripción en un establecimiento educativo), o su cancelación injustificada, así como los casos de trato arbitrario o discriminatorio de efecto individual, o los de mala atención por parte de un servicio público. Si la raíz del problema es individual, las recomendaciones hechas a partir de una queja resuelta pueden constituir una adecuada base para satisfacer los derechos de quien la ha presentado –siempre y cuando, claro está, las recomendaciones sean aceptadas y cumplidas por la autoridad responsable.

Sin embargo, las quejas individuales también pueden ofrecer indicios de problemas grupales o colectivos, y aún de problemas de política pública. Al menos dos factores pueden alertar acerca de la dimensión supra-individual del problema de raíz revelado por la presentación de quejas.

El primero es, obviamente, la acumulación de quejas de distintos titulares de derechos o usuarios que revelan un patrón común de afectaciones. La acumulación de un número importante de quejas constituye un indicio de una falla común en el diseño, implementación o asignación de recursos de un servicio, plan o programa destinado a satisfacer derechos sociales, de modo que todos o parte de sus destinatarios sufrirán las consecuencias de tal defecto. Por ejemplo, la acumulación de quejas sobre falta de vacantes en guarderías escolares o jardines de infancia constituye un claro indicio de insuficiencia de los recursos disponibles en relación con las necesidades de la población destinataria de tales servicios. Algo similar puede decirse de la acumulación de quejas sobre mala atención, listas de espera excesivas o falta de entrega de medicamentos por parte de los servicios de salud.

Un segundo factor que puede revelar problemas de alcance supra-individual es, justamente, la recepción de quejas de carácter colectivo por parte de una institución nacional de derechos humanos. Dada la habitual flexibilidad de los requisitos de legitimación para la presentación de quejas ante las instituciones nacionales de derechos

del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, pp. 47-59.

humanos, es perfectamente posible que un problema de alcance grupal o colectivo sea canalizado a través de una queja presentada, por ejemplo, por una persona individual en nombre de un grupo de personas, por varios miembros del grupo conjuntamente, o por una asociación u organización en nombre del colectivo afectado.

La determinación de la amplitud del colectivo afectado y de la autoridad responsable permitirá la identificación de la “escala” o nivel del problema subyacente a un conjunto de quejas similares acumuladas o a presentaciones de alcance colectivo. Por ejemplo, si el tipo de queja proviene de los usuarios de un mismo centro de salud, o de las familias situadas en un mismo distrito escolar, pero no se advierte que exista un número significativo de quejas similares entre usuarios de otros centros de salud o niños y niñas a quienes corresponden otros distritos escolares, el problema será probablemente de carácter grupal o colectivo, pero no estará necesariamente relacionado con la formulación o implementación de una política pública general. Si el tipo de queja se repite de manera general, sin estar circunscripto a la zona de actuación de una autoridad zonal o territorial específica, es posible que estemos frente a un problema que tiene raíz en una falla o defecto de la política pública general.

La detección de problemas de escala grupal o colectiva, o de problemas de política pública general a través de la tramitación de quejas requiere soluciones y recomendaciones distintas –o al menos suplementarias– a las que corresponden a las quejas que sólo revelan problemas de alcance individual. Así, las recomendaciones en estos casos deben apuntar a la solución del problema de fondo, que a su vez redundará en la satisfacción de las situaciones individuales en las que se han revelado violaciones¹⁰. Por ejemplo, la solución adecuada a la falta de vacantes en un distrito escolar no es ofrecer respuestas individuales, obligando a otros distritos escolares a aceptar a los niños o niñas que no consiguen plaza. La solución

10. Para una discusión de la cuestión de la adecuación de los remedios en casos de afectación colectiva ver, C. COURTIS, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, en V. ABRAMOVICH, A. BOVINO y C. COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 2007, pp. 491-526. La discusión se refiere a los recursos judiciales, pero es aplicable a las quejas ante las instituciones nacionales, en la medida en que no hay diferencia entre el tipo de violaciones que pueden tratar sistemas judiciales y cuasi-judiciales de queja –lo que los diferencia es fundamentalmente el carácter vinculante de la decisión adoptada.

consiste en ajustar el número de vacantes a las reales necesidades del distrito. De este modo, cada niño o niña que solicite una vacante estará en condiciones de obtenerla. En el mismo sentido, los casos individuales de insatisfacción con la atención médica por falta de intérpretes en lengua indígena o en lenguaje de señas se solucionan con la previsión de un servicio de intérpretes disponible cuando sea necesaria la traducción.

La detección de problemas de escala grupal o de política pública general puede justificar el empleo de otras facultades o mecanismos a disposición de las instituciones nacionales de derechos humanos, tales como las facultades de mediación ante conflictos sociales, o la elaboración de informes monográficos o informes de situación.

IV.2. Legitimación para presentar casos judiciales/estar en juicio

Muchas de las instituciones nacionales de derechos humanos de América Latina tienen legitimación para iniciar acciones judiciales en defensa de derechos humanos o fundamentales¹¹, o bien de participar en litigios en los que se debaten cuestiones de interés público en carácter de *amicus curiae*.

Una particularidad de la legitimación de las instituciones nacionales es que algunas requieren la afectación colectiva de derechos, o la afectación de bienes de carácter público no individualizable (como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico)¹², ya que se supone que, salvo circunstancias excepcionales, las violaciones individuales deben ser accionadas por las propias víctimas, de acuerdo con su interés.

Estas hipótesis son particularmente relevantes en materia de derechos económicos, sociales y culturales, por lo que no es extraño que algunos de los casos más interesantes de justiciabilidad de estos derechos ante tribunales de América Latina hayan sido presentados por instituciones nacionales. En términos de las “escalas” o niveles de los que hablara antes, esas particulares cualificaciones en materia

11. Pueden ejercer esta facultad las instituciones de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

12. Esta ha sido, por ejemplo, la interpretación de la Corte Suprema de Argentina, acerca de la legitimación del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales. Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), caso Frías Molina, Nélica N. c/Instituto Nacional de Previsión Social- Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles, sentencia de 21 de marzo de 1995.

de legitimación hacen que, por lo común, los casos que inician las instituciones nacionales de derechos humanos ante los tribunales correspondan a la “escala” o nivel grupal o colectivo, aunque no puedan descartarse casos que revelen problemas de políticas públicas generales. Problemas de este nivel aparecen frecuentemente en aquellos casos en los que las instituciones nacionales tienen legitimación para presentar acciones abstractas de inconstitucionalidad, o de participar en tales acciones en calidad de *amicus curiae*.

Algunos ejemplos ilustrativos de actuaciones judiciales iniciadas por instituciones nacionales o locales de derechos humanos de América Latina en materia de derechos económicos, sociales y culturales son los siguientes:

En el caso Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados¹³, iniciado por la Defensoría del Pueblo local, el tribunal suspendió, a través de una medida cautelar, el proceso licitatorio de la entidad de prestación de servicios sociales para jubilados, por vulnerarse el derecho de los beneficiarios a “la información cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente para poder ejercer su derecho a optar de una manera reflexiva y razonada”.

En el caso Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR¹⁴, la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires interpuso una acción de responsabilidad y reparación de daños y perjuicios contra una prestataria privada del servicio de suministro eléctrico, con el objeto de que se la condenara a la reparación de los daños sufridos por los damnificados de la ciudad de Buenos Aires (usuarios y terceros), derivados de la falta de provisión eléctrica ocasionada por un corte de energía de alcance masivo que tuvo lugar el 15 de febrero de 1999. La sentencia de segunda instancia decidió favorablemente la demanda, declarando tanto la responsabilidad de la empresa como la legitimación de la Defensoría para representar los derechos de los usuarios y terceros afectados por el hecho dañoso común.

13. Ver Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (Argentina), Sala IV, caso Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, 10 de febrero de 1999, publicado en Revista La Ley, 1999-D, pp. 377 y ss.

14. Ver Cámara Nacional de lo Contencioso Administrativo Federal (Argentina), Sala I, caso Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR S.A. s/ Responsabilidad por daños, 16 de marzo de 2000.

En el caso Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco)¹⁵, el Defensor del Pueblo inició una demanda contra el Estado nacional y la Provincia del Chaco, denunciando la situación de extrema miseria de comunidades de la etnia toba, habitantes de la provincia, y reclamando el cumplimiento por parte del Estado de su obligación de adoptar acciones afirmativas en relación con la situación de los pueblos indígenas. La demanda señala que la población indígena se halla en una grave situación socioeconómica, a consecuencia de la cual la mayoría de la población padece de enfermedades endémicas que son producto de la pobreza extrema, carece de alimentación adecuada, de acceso a agua potable, de atención médica, de vivienda. Denuncia que, a raíz de esa situación, en el mes anterior a la presentación de la demanda se han registrado 11 muertes.

La Corte Suprema de Justicia, que actuó en ejercicio de su jurisdicción originaria, consideró que las afirmaciones del Defensor del Pueblo eran verosímiles, y ordenó al Estado:

a) informar a la Corte, en relación con las medidas de protección de la comunidad indígena que habita en la región: 1) comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que las integran; 2) presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas; 3) ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria; 4) ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección; 5) ejecución de planes de educación; 6) ejecución de programas habitacionales.

b) comparecer en audiencia pública ante la Corte Suprema para presentar y discutir la información solicitada.

c) como medida cautelar, suministrar agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región afectada, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios.

También el Tribunal Constitucional del Ecuador tuvo oportunidad de decidir una demanda de amparo presentada por el Defensor del Pueblo, en defensa de los derechos de comunidades indígenas y afrodescendientes de la Provincia de Esmeraldas. En el

15. Ver Corte Suprema de la Nación (Argentina), caso Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento, sentencia de 18 de septiembre de 2007.

caso Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha¹⁶, el Tribunal confirmó la decisión del juez de amparo y suspendió una concesión minera en un bloque situado en el territorio de las comunidades, por considerar violado el derecho a la consulta previa, y por la amenaza que dicha concesión representa para el derecho a un medio ambiente sano, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, negros y afroecuatorianos a conservar la propiedad de las tierras comunitarias, participar del usufructo, administración y conservación de los recursos naturales que se hallen en ellas, a conservar sus prácticas de manejo de la diversidad, y a no ser desplazados de sus tierras. La sentencia afirma que la propiedad de la tierra comunitaria tiene por objeto asegurar el mantenimiento de la cultura, los valores, creencias y tradiciones, y el desarrollo social, económico y organizativo de los pueblos indígenas y afroecuatorianos. Respecto de la falta de consulta, el Tribunal Constitucional afirma que la falta de reglamentación de ese derecho no constituye excusa para incumplir con la obligación de consulta previa a las comunidades potencialmente afectadas.

En Guatemala, el Procurador de los Derechos Humanos inició una acción de amparo contra una resolución del Director del Sistema Penitenciario que obligaba a todas las personas reclusas en centros penitenciarios a utilizar un uniforme color anaranjado. Como consecuencia de esa resolución, se prohibió a las internas indígenas utilizar sus trajes tradicionales. El Procurador alegó violaciones al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. El tribunal de amparo acogió la demanda, el amparo, señalando que la imposición de la obligación de usar un uniforme y la correlativa prohibición de usar el traje típico constituye un caso de discriminación hacia los grupos indígenas y en especial hacia las mujeres indígenas. La Corte señala la incompatibilidad de la resolución con la obligación estatal de reconocer, respetar y promover la cultura y tradiciones de los pueblos indígenas, entre los que se cuenta el uso del traje típico. En consecuencia, ordenó dejar sin efecto la resolución administrativa y restituir el derecho a usar el traje típico a las internas afectadas¹⁷.

16. Ver Tribunal Constitucional (Ecuador), caso No. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional, sentencia de 13 de agosto de 2002.

17. Ver Corte de Apelaciones constituida en Tribunal de Amparo (Guatemala), Sala Tercera, Amparo N° 46-2003 Of. 1, sentencia de 30 de octubre de 2003.

Otra dimensión interesante de la actuación judicial de las instituciones nacionales de derechos humanos ha sido la asignación por parte de los tribunales de justicia de un papel de seguimiento de la ejecución de sentencias complejas, que requieren modificaciones normativas o administrativas, previsión de recursos e implementación extendida en el tiempo. Esto es particularmente relevante en casos relativos a derechos económicos, sociales y culturales que requieren remedios colectivos o estructurales –de modo que en no pocas ocasiones, los tribunales otorgan a las instituciones naciones un papel de guardián de la debida adopción de las medidas necesarias para la ejecución adecuada de la sentencia¹⁸.

Finalmente, vale señalar que en muchos casos existe continuidad entre la tramitación de quejas y la presentación de casos judiciales por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos. Y ello porque la presentación de casos judiciales es frecuentemente consecuencia de la tramitación de una queja, o de la acumulación de muchas quejas, en las que ha determinado la existencia de una violación y se han efectuado recomendaciones que no han sido aceptadas o han sido ignoradas por la autoridad o sujeto responsable.

IV.3. Informes o reportes monográficos

Otra de las facultades características de las instituciones nacionales de derechos humanos es la de elaborar informes o reportes sobre situaciones o temas relevantes en relación con su competencia, es decir, la promoción y protección de los derechos humanos¹⁹.

De manera genérica, puede decirse que los informes tienen el objeto de documentar un determinado problema de derechos humanos, calificar la situación jurídicamente y ofrecer recomendaciones para superar el problema y, cuando corresponda, ofrecer reparaciones adecuadas a las víctimas. Es habitual que la facultad de elaborar informes o reportes esté relacionada con otras facultades: así, por ejemplo, con frecuencia, la selección de temas

18. Ver, por ejemplo, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (Argentina), Sala IV, caso Viceconte, Mariela Cecilia c/Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo, sentencia de 2 de junio de 1998; Corte Constitucional (Colombia), sentencia de tutela T-025/2004, de 22 de enero de 2004.

19. No me referiré aquí a los informes anuales o generales de las instituciones nacionales de derechos humanos. Baste decir que, en la medida en que la institución trabaje sobre temas de derechos económicos, sociales y culturales, ese trabajo debe tener debido reflejo en dichos informes.

relevantes para la elaboración de informes proviene de la detección de problemas de derechos humanos a partir de la acumulación de quejas que revelan un patrón de violaciones o de incumplimiento de obligaciones por parte de las autoridades o sujetos responsables.

En sentido similar, cuando en el marco de un informe se determina que la raíz de un problema de derechos humanos es de índole normativa, las instituciones nacionales pueden canalizar su propuesta de recomendación a través de propuestas de modificación legislativa, o de la presentación de iniciativas legislativas, cuando esta facultad les sea reconocida.

La facultad de elaborar informes o reportes cobra relevancia para tratar problemas vinculados con las que he denominado “escala” grupal o colectiva, y “escala” de las decisiones generales de política pública. Quisiera llamar la atención sobre dos posibilidades distintas de empleo de la facultad de elaborar informes o reportes, ambas relevantes para el tema que nos convoca.

La primera consiste en lo que tal vez constituye el uso más tradicional de la facultad de elaborar informes o reportes: dedicar el informe monográfico a un tema o situación de derechos humanos que suscite atención por su gravedad, novedad, extensión, descuido o algún otro criterio que lo haga relevante. Bajo estos criterios caben, por supuesto, muchos tipos diferentes de investigación, por ejemplo:

-la puramente normativa: consistente en el análisis de la compatibilidad de la ley, de reglamentos o de otras normas generales vigentes con principios constitucionales o estándares internacionales de derechos humanos. En materia de derechos económicos, sociales y culturales, uno de los problemas relevantes es la omisión legislativa o reglamentaria, que perjudica la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución o en un Tratado de derechos humanos por falta de especificación concreta de su contenido y de sus correlativas obligaciones.

-las investigaciones temáticas: otra variante común de informes o reportes monográficos consiste en abordar un tema específico, analizar críticamente su regulación e identificar los principales problemas u obstáculos al pleno disfrute del derecho o del aspecto del derecho en cuestión. Los mejores ejemplos de estos informes aportan análisis normativos e información empírica –cuantitativa y cualitativa– sobre los problemas tratados, y concluyen con recomendaciones dirigidas a la superación de la situación bajo

análisis. Algunos temas que pueden ilustrar lo dicho en materia de derechos económicos, sociales y culturales son el derecho a la inclusión educativa de niños y niñas con discapacidad, la política pública de vivienda ante la escasez habitacional, los problemas de abastecimiento de medicación básica, los programas alimentarios y la desnutrición infantil, entre muchos otros.

-las investigaciones sobre situaciones de violación concretas: otro ejemplo de empleo de la facultad de elaborar informes o reportes centra su objeto sobre situaciones concretas de violación, en una perspectiva que refleja lo que he denominado “escala” grupal o colectiva. Se trata de situaciones de violación de derechos que afectan a un grupo o colectivo más o menos determinado o determinable, que a veces resultan circunscriptas temporalmente: un “caso” en sentido amplio –no en el sentido judicial del término. En estos informes, además del análisis jurídico y de la documentación a través de datos empíricos, es común que se incluyan testimonios narrativos, que acercan el tono del informe a la perspectiva de las víctimas. Ejemplos de estos tipos de informes en materia de derechos económicos, sociales y culturales son la amenaza de desalojo forzoso a una comunidad concreta fundada en la construcción de una obra pública, las condiciones laborales de los trabajadores migrantes en un sector determinado –como el textil o el agrícola–, la situación material ruinoso de establecimientos educativos de una zona determinada, las prácticas de desaliento del ejercicio del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo en los casos de hipótesis lícitas, la situación de incumplimiento del “derecho al mínimo vital” de una comunidad, la afectaciones producidas por la privatización de un servicio público, como el abastecimiento de agua, etc..

Una segunda posibilidad de empleo de la facultad de elaborar informes sigue el modelo del monitoreo permanente de la situación de un determinado derecho, o de varios derechos. En estos casos, no se trata de la documentación puntual del estado de disfrute de un derecho, o de una situación de violación concreta en un momento determinado, sino del seguimiento permanente de la situación de goce de uno o varios derechos, que se refleja en informes periódicos. Para ello, resulta de especial relevancia el empleo de indicadores –

tanto cuantitativos como cualitativos– capaces de reflejar la situación documentada a través de parámetros objetivos o verificables²⁰.

Este tipo de informes atiende especialmente la “escala” o el nivel de las decisiones generales de política pública, ya que permite evaluar el marco general y los resultados alcanzados por las respectivas políticas en materia de derechos humanos en general, y de derechos económicos, sociales y culturales en particular. Sin embargo, también es habitual que tales informes dediquen algún espacio a la descripción de casos o situaciones paradigmáticas, que ejemplifican algunas de las tendencias generales verificadas. De modo que, también, hay cierto espacio en estos informes para cubrir situaciones vinculadas con la “escala” o nivel grupal o colectivo.

Este tipo de ejercicio resulta particularmente apto como insumo para la preparación de informes alternativos, contrainformes o informes “sombra” frente a los comités que supervisan tratados internacionales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o el Comité sobre los Derechos del Niño –o aún para los propios informes estatales.

La elaboración de tales informes de seguimiento reviste suma importancia en materia de derechos económicos, sociales y culturales, dada la obligación de “progresividad” de la plena efectividad de los derechos incorporada en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador. El progreso, estancamiento o retroceso en la plena efectividad de los derechos sólo puede evaluarse a partir de una comparación temporal de indicadores –tanto cuantitativos como cualitativos–, que permita determinar el sentido de su evolución y, por ende, el cumplimiento o incumplimiento de la obligación de progresividad.

De hecho, como las sucesivas evaluaciones de los órganos internacionales de tratados son separadas por lapsos prolongados – cinco años o más–, el seguimiento constante y el procesamiento y evaluación de esa información en lapsos más cortos –lapsos de un año, por ejemplo– constituye un insumo invaluable para identificar

20. Ver, en general, Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual..., cit., pp. 60-77. El trabajo de la Defensoría del Pueblo de Colombia ofrece excelentes ejemplos sobre la elaboración de indicadores para el seguimiento de derechos económicos, sociales y culturales. Ver, por ejemplo, entre otros, El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003, entre varias otras publicaciones similares.

más claramente tendencias y ofrecer respaldo suficiente a las conclusiones a las que se arribe.

De modo que este puede ser un aporte importante de las instituciones nacionales de derechos humanos a los mecanismos internacionales de supervisión de las obligaciones que surgen de tratados de derechos humanos consistentes en la evaluación de informes estatales.

Sin embargo, es importante subrayar que el trabajo sobre indicadores requiere una capacidad técnica específica, y una apertura interdisciplinaria: el área de derechos económicos, sociales y culturales cubre temas como salud, vivienda, educación o alimentación, que requieren un diálogo entre el lenguaje normativo y el de disciplinas técnicas o científicas.

Por último, cabe señalar que la conveniencia de que las instituciones nacionales de derechos humanos se involucren en la elaboración de informes de seguimiento de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales se ve fortalecida por el prácticamente unánime reconocimiento de la facultad de requerir información a la administración pública. Esta facultad incluye, claro está, el requerimiento de información estadística producida o en poder de la administración –que es, en general, la información relevante para determinar la evolución de la situación de diferentes derechos. En muchos casos, esta facultad legal coloca a las instituciones nacionales de derechos humanos en ventaja frente a las organizaciones de la sociedad civil, que –por ausencia de leyes que garanticen el acceso a la información pública, o por trabas en el ejercicio de ese derecho– en ocasiones tienen dificultades para obtener la información relevante de las instituciones públicas.

IV.4. Iniciativa legislativa

Como ya he señalado antes, algunas instituciones nacionales de derechos humanos de América Latina tienen facultades de iniciativa legislativa²¹, o pueden efectuar recomendaciones sobre modificaciones normativas al órgano legislativo o a la administración. Esta facultad puede ser útil para confrontar problemas relacionados con la “escala” o nivel de las decisiones generales de política pública, y con la grupal o colectiva, cuando la raíz de una afectación a un grupo o colectivo

21. Por ejemplo, las de Ecuador, Perú y Venezuela. Similar facultad le es reconocida a la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires.

sea de índole normativa –como la legislación discriminatoria en perjuicio de un grupo, o la falta de consideración concreta de diferencias relevantes, que llevan a un grupo a gozar de servicios de peor calidad o a sufrir restricciones en el ejercicio de derechos generalmente reconocidos.

En todo caso, conviene que esta facultad se ejerza en relación y como consecuencia de un trabajo previo de identificación del problema normativo que requiere solución y de elaboración de una propuesta que, en general, deriva de la tramitación de un número importante de quejas que revelan el problema, o de la elaboración de un informe monográfico entre cuyas conclusiones y recomendaciones se encuentra la necesidad de una modificación normativa, o la sanción de normas necesarias en caso de omisión.

IV.5. Mediación

Muchas instituciones nacionales de derechos humanos de América Latina tienen –o han ejercido de hecho– facultades de mediación en caso de conflictos sociales o colectivos en los que estén en juego derechos humanos²². En otros casos, la mediación constituye una posibilidad concreta para dar solución a una queja. Es decir, la mediación puede resultar un vehículo de actuación de las instituciones nacionales frente a problemas de “escala” o nivel individual, y frente a problemas de “escala” o nivel colectivo o grupal.

Cabe señalar que las instituciones nacionales de derechos humanos pueden cumplir –y de hecho han cumplido en algunos países de América Latina– un papel importante en materia de conflictos en los que está involucrada la afectación o la reivindicación de derechos económicos, sociales y culturales, tales como huelgas, conflictos laborales, despidos masivos, ocupaciones de tierras y desalojos forzosos, cortes de ruta, reclamos y protestas de sectores vulnerables o marginalizados, entre otros.

IV.6. Promoción

La mayor importancia concedida históricamente a los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales se debe, entre otros factores, a la persistencia de estereotipos y actitudes

22. Por ejemplo, las de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

que reproducen las supuestas jerarquías tradicionales e ignoran o minimizan las nociones de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos. Otro factor de peso ha sido la poca conciencia de los titulares de derechos humanos acerca del contenido de sus derechos, y de la posibilidad de reclamarlos.

Esto es particularmente relevante en materia de derechos económicos, sociales y culturales, dado que las víctimas de las violaciones más graves de estos derechos son, por lo general, los sectores sociales más excluidos y vulnerables.

De modo que las tareas de difusión y promoción, tales como la elaboración y participación en campañas públicas, formación de funcionarios públicos y trabajo con organizaciones de la sociedad civil, educación en derechos humanos en la escuela pública, producción de material escrito o audiovisual y otras intervenciones, resultan imprescindibles para superar barreras y obstáculos del pasado, y otorgar a los derechos económicos, sociales y culturales la importancia que merecen, tanto para los titulares de derechos como para quienes resultan obligados por ellos²³.

En esto, las instituciones nacionales de derechos humanos están llamadas a jugar un papel fundamental. Al menos dos aspectos pueden ser mencionados a este respecto.

Por un lado, las instituciones nacionales de derechos humanos tienen una importante responsabilidad en la superación de déficits de información y de formación sobre derechos económicos, sociales y culturales –de modo que la dedicación de atención específica a estos derechos constituye un objetivo importante.

Por otro lado, cabe advertir contra el riesgo de que las instituciones nacionales de derechos humanos reproduzcan inconscientemente las jerarquías entre derechos humanos cuando realizan campañas de difusión o producen materiales sobre derechos humanos en general, pero identifican el conjunto de los derechos humanos sólo con derechos civiles y políticos. Por ello, es necesario incorporar en el trabajo de promoción la preocupación de transversalizar la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales en toda campaña o mensaje en los que se haga alusión general a los derechos humanos. Esto implica, por ejemplo, un cierto balance entre los ejemplos que

23. Para completar, ver Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual..., cit., pp. 78-97.

se ofrecen, o los temas o motivos que constituyen la imagen de una campaña o de una intervención.

Las tareas de promoción y difusión pueden nutrirse de problemas o situaciones de todas las “escalas” o niveles: el individual, el grupal o colectivo y el relativo a las políticas públicas. De hecho, dado el importante peso que tienen los factores emotivos en la difusión de mensajes masivos, muchas campañas vinculadas con temas de derechos humanos recurren a ejemplos de problemas de nivel individual, que acerca al planteo de un asunto a la narrativa individual, y permite una identificación más fácil con la víctima.

Un párrafo aparte merece un tipo de campaña particular en la que habitualmente participan las instituciones nacionales de derechos humanos: las campañas a favor de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos. La participación de las instituciones nacionales en tales campañas puede elevar la visibilidad de los derechos involucrados, y sumar presión para su pronta consideración y aprobación por los órganos competentes. Esto incluye, claro está, los tratados internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales. En septiembre de 2009 se abrirá a la firma y ratificación el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyas distintas fases de aprobación tuvieron un papel importante los países de Iberoamérica. Se trata de una oportunidad para que las instituciones nacionales de derechos humanos dediquen su atención al tema y ejerzan influencia para que los países de la región ratifiquen el nuevo tratado.

IV.7. Actuación internacional

Por último, señalaré brevemente algunas posibilidades de actuación de las instituciones nacionales de derechos humanos a nivel internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Como ya he dicho, las instituciones nacionales de derechos humanos pueden cumplir un papel trascendente en el marco de los mecanismos de informe frente a órganos de tratados de derechos humanos, u otros similares –como el reciente Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos.

A lo ya señalado, cabe agregar que las oportunidades de aportar información sobre derechos económicos, sociales y culturales no se limitan al informe que los Estados partes deben al Comité de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales: prácticamente todo tratado internacional de derechos humanos ofrece algún aspecto frente al que es relevante la información sobre derechos económicos sociales y culturales.

En algunos casos, de manera directa: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias y la reciente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incluyen referencias expresas a derechos económicos, sociales y culturales, en relación a los colectivos que cada instrumento protege específicamente.

Pero otras convenciones de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención contra la Tortura, también ofrecen espacios para canalizar información sobre la afectación de derechos económicos, sociales y culturales, por vía de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos allí contenidos²⁴. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, órgano de aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha adoptado una interpretación amplia del derecho a la vida, que incluye aspectos de nutrición y de acceso a servicios médicos. El Comité contra la Tortura ha considerado violaciones a las disposiciones de la Convención en casos de desalojos forzosos violentos, y ha demostrado especial preocupación por la situación de las personas internadas compulsivamente en instituciones psiquiátricas, y la falta de acceso a atención en salud, educación y oportunidades de trabajar a personas privadas de libertad como un factor que puede transformar la detención en trato cruel, inhumano o degradante.

Esto no significa que las instituciones nacionales de derechos humanos deban necesariamente presentar información sobre la violación de derechos económicos, sociales y culturales ante cualquier ejercicio de revisión de informes estatales: corresponde a la institución evaluar la importancia de la información con la que cuenta para ilustrar sobre situaciones de violación o incumplimiento al respectivo comité. En muchos casos, por razones de recursos, las instituciones

24. Sobre la posibilidad de proteger derechos sociales por conexión con otros derechos, ver V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2da. ed., 2004, pp. 201-220.

nacionales de derechos humanos no están en condiciones de dedicar su tiempo a producir múltiples informes o reportes destinados a los órganos de tratados. Dadas estas restricciones, conviene ser práctico, y aprender a adaptar la información producida con un objetivo específico para otros fines.

Una última observación sobre la cuestión de los informes ante órganos internacionales: cabe destacar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encamina lentamente hacia la implementación del mecanismo de informes previsto por el Protocolo de San Salvador. Aunque el tratado entró en vigor en 1999, la puesta en funcionamiento del mecanismo de informes fue postergada. El proceso se ha activado en los últimos años, en parte gracias a la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha avanzado en la elaboración de un marco conceptual para la selección de indicadores de progreso. De modo que es posible que, en los próximos años, los Estados parte del Protocolo de San Salvador deban comenzar a enviar informes estatales al Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto ofrecerá otra oportunidad de intervención a las instituciones nacionales de derechos humanos²⁵.

Otro medio de actuación internacional de las instituciones nacionales de derechos humanos en el terreno internacional es su posible participación en mecanismos de petición o comunicación ante órganos internacionales. Existe una tendencia hacia la mayor aceptación de la legitimación de las instituciones nacionales de derechos humanos para presentar casos ante órganos internacionales, o para participar en ellos en calidad de *amicus curiae*, pese a que la cuestión ha generado algún debate.

En general, los países de América Latina forman parte, simultáneamente, del Sistema Interamericano y del Sistema Universal de Derechos Humanos. Con respecto al Sistema Interamericano, aunque la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es plena, existen oportunidades para llevar casos de violaciones por diversas vías. La vía más importante explorada en el Sistema Interamericano, y coronada con algún éxito por decisiones de

25. También la Convención Interamericana para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad establece la obligación de los Estados partes de producir informes que serán considerados por el Comité previsto por ese instrumento. También en este sistema las instituciones nacionales de derechos humanos podrían jugar un papel importante.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la interconexión de derechos económicos, sociales y culturales con derechos civiles y políticos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶. El Protocolo de San Salvador permite, además, presentar peticiones en casos de violaciones a la libertad sindical y al derecho a la educación.

En lo que respecta al Sistema Universal, hasta la fecha las posibilidades de presentación de casos ante Comités eran básicamente dos. Por un lado, por vía de interconexión, en aquellos casos en los que existiera una relación estrecha entre un derecho civil y político y un derecho económico, social y cultural violado. Así, diversas decisiones del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura han protegido derechos económicos, sociales y culturales a través de su íntima conexión con derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, a la intimidad, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, al respeto de la vida cultural de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas (incluida en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), o por aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación a derechos sociales, como el derecho a la seguridad social. Por otro lado, la alegación de violación de derechos, económicos, sociales y culturales en relación con un factor prohibido de discriminación, o en relación con un colectivo protegido especialmente por un instrumento de derechos humanos. Así, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establecen, por sí mismas o a través de un protocolo facultativo, mecanismos de comunicación o petición que permiten la presentación de quejas de acuerdo a las líneas descritas, y en algunos casos los respectivos Comités ya se han pronunciado en supuestos

26. Sobre esta cuestión puede verse C. COURTIS, "Los derechos sociales en perspectiva: posibilidades de empleo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para su protección", en C. COURTIS, *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares*. Nuevos horizontes, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 21-31.

de violación a derechos económicos, sociales y culturales (como el derecho a la vivienda, el derecho a la salud o los derechos laborales)²⁷.

Sin embargo, la mayor novedad producida en este campo ha sido la adopción por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 2008, del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La ratificación y entrada en vigor de dicho Protocolo permitirá la presentación de comunicaciones al respectivo Comité por alegadas violaciones de los Estados partes a los derechos incluidos en el Pacto. Como dije antes, el Protocolo se abrirá a la firma y ratificación en septiembre de 2009.

Por último, cabe destacar las posibilidades de trabajo de las instituciones nacionales de derechos humanos con los denominados procedimientos especiales de los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos, es decir, los denominados relatores especiales o expertos independientes, y los grupos de trabajo temáticos. En materia de derechos económicos, sociales y culturales, el Sistema Universal ha tenido el liderazgo en este campo: existen relatores especiales y expertos independientes sobre los derechos a la salud, vivienda, educación, alimentación, agua y saneamiento, derechos culturales, además de otros cuyas temáticas son afines al tema, como los dedicados a pobreza extrema y derechos humanos, residuos tóxicos y deuda externa y derechos humanos.

Las instituciones nacionales pueden jugar un papel importante enviando información relevante sobre los respectivos temas de trabajo de los relatores especiales o expertos independientes. Esta puede incluir información sobre buenas prácticas, en especial aquellas referidas a los temas sobre los cuales los relatores elaboran sus informes. También hay oportunidad de enviar información sobre violaciones al derecho en cuestión, a efectos de generar la intervención del respectivo relator o experto ante el Estado. Por último, cabe recordar que los relatores o expertos independientes suelen efectuar visitas a países que así lo autorizan. Las instituciones nacionales de derechos humanos son fuentes imprescindibles de información para los relatores o expertos, y toda visita debería al menos incluir

27. Ver "Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability", International Commission of Jurists, Ginebra, 2008, pp. 65-72.

un diálogo previo con la institución nacional durante la preparación, y una reunión de trabajo con la institución durante la visita al país.

V. BREVE CONCLUSIÓN

Como pudo verse a lo largo de esta contribución, las oportunidades de trabajo de las instituciones nacionales de derechos humanos en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales son enormes. Todas las facultades que Constituciones y leyes reglamentarias les asignan tienen un potencial para tratar problemas de afectación de derechos económicos, sociales y culturales de diversa “escala” o nivel. No hay, por ende, mayor excusa técnica o teórica para que las instituciones nacionales se involucren en el trabajo en esta área temática. La extensión y complejidad del campo requerirá, sin embargo, comenzar eligiendo algunos derechos o temas puntuales, hasta que la institución adquiriera experiencia de trabajo sobre esta temática y se provea de los recursos necesarios para expandir su tarea.

ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO¹

Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio

De la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) no son ajenos al sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, ya desde la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, la Declaración Americana), los estados americanos introdujeron una serie de derechos de contenido social a la lista de los derechos civiles y políticos logrando forjar un documento que contiene ambas facetas de los derechos fundamentales. No obstante, este impulso inicial no fue seguido por un instrumento vinculante que tuviera igual naturaleza mixta, sino que, por el contrario, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana) no se dio sino hasta casi veinte años después – siguiendo en este sentido el poco entusiasta ejemplo del sistema universal que habría de esperar casi dos décadas para ver los dos grandes Pactos internacionales sobre derechos humanos- y sólo contempló el artículo 26 para afirmar el carácter progresivo de los DESC.

Este panorama, que no es lineal ni continuo, no ha impedido sin embargo que el sistema en su integridad haya generado herramientas interpretativas que han permitido que los DESC encuentren cabida en el sistema regional. En efecto, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión o Comisión Interamericana) como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o Corte Interamericana) han

1. El presente texto es una adaptación y actualización de SALMON, E. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomo I: Los derechos económicos, sociales y culturales. IDEHPUCP, 2010. Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/jurisprudencia_cidh_desc_tomo1.pdf

establecido criterios fundamentales que dotan a los derechos civiles y políticos de un verdadero contenido social que no sólo expande y da carácter dinámico a estos derechos, sino que ha significado en la práctica una manera de establecer estándares para una adecuada implementación de los DESC por parte de los estados. De este modo, el presente ensayo busca identificar el papel real de los DESC en el sistema intentando determinar las principales herramientas que los estados deben utilizar al momento de aplicar la Convención Americana “en clave social”, es decir, en consonancia con las características de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos humanos afirmadas por los principales foros mundiales en la materia.²

2. INSTRUMENTOS Y REGLAS DE JUEGO DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DESC

2.1. La temprana presencia de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948

Luego de la barbarie de la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional tomó conciencia de la importancia de hacer valer los derechos del individuo en el orden internacional. Este hecho -reciente desde un punto de vista histórico- se encuentra estrechamente ligado al movimiento de los derechos humanos y a la necesidad de plasmar, en el ámbito internacional, la protección de estos.³ El primer gran paso dado a este nivel para regular los derechos humanos lo encontramos en la Declaración Americana, adoptada el 2 de mayo de 1948 en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, llevada a cabo en Bogotá, Colombia. Este

2. La Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 32/130, adoptada tras la Cumbre de Viena de 1993 proclamó al carácter indivisible e interdependiente de todos los derechos humanos. Véase al respecto: SALMÓN, Elizabeth. “Derechos Humanos en América Latina. Comentarios a la Declaración de San José sobre los Derechos Humanos”, *Revista de la Asociación para las Naciones Unidas en España*, nº 1, IV época, Barcelona, 1994.

3. SALMÓN, Elizabeth. “Los aportes del Derecho internacional de los derechos humanos”. En: SALMÓN, Elizabeth (coord.), *Miradas que construyen: perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*, Lima, Idehpucp / PUCP, 2006, pp. 150-151.

es el primer instrumento internacional sobre derechos humanos, antecedendo en siete meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, Declaración Universal), adoptada el 10 de diciembre de 1948. Ambas declaraciones consagran por primera vez, en forma sistematizada, los derechos fundamentales de la persona, promoviendo la observancia y el respeto de ellos por parte de los estados. Cada una de ellas enmarcadas en dos organizaciones internacionales distintas, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) y la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), se constituyen en la base, en el ámbito universal y regional, respectivamente, para la promoción y protección internacional de los derechos humanos y dan inicio al proceso de humanización que caracteriza actualmente al Derecho internacional.⁴

Estas Declaraciones internacionales plasman una concepción global de los derechos humanos expresada en el hecho de referirse tanto a derechos civiles y políticos, como a los DESC, prescindiendo de toda división artificial entre ambos grupos. Ciertamente, la fundamentación de los derechos humanos como atributos inherentes –todos ellos por igual- a la dignidad del ser humano, hacía claro que su tratamiento debía darse de acuerdo a su naturaleza. Es innegable, además, que el inicial carácter político y programático –mas no vinculante- de las Declaraciones facilitó la expresión de esta visión integral. De esta forma, la Declaración Americana fue precursora en resaltar la importancia del respeto y garantía de los DESC, en la misma medida que los derechos civiles y políticos.

De los derechos tradicionalmente catalogados como económicos, sociales y culturales, la Declaración Americana reconoce el derecho de protección a la maternidad y la infancia (artículo VII), el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI), a la educación (artículo XII), a los beneficios de la cultura (artículo XIII), al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV) y a la seguridad social (artículo XVI). Como advierte Salvioli, a diferencia de su contemporánea en el ámbito universal, los DESC en la Declaración Americana no se

4. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Segunda edición, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 13-14.

encuentran divididos de los derechos civiles y políticos, “dando una sensación instrumental de interdependencia e indivisibilidad.”⁵

La importancia de la Declaración Americana no se reduce a su papel histórico –y ciertamente pionero– en la consagración internacional de los DESC, sino que, por el diseño mismo del sistema interamericano, conserva vigencia y especial utilidad para el supuesto de los estados que no han ratificado la Convención Americana⁶ o el Protocolo de San Salvador⁷. Asimismo, constituyó la única fuente autorizada de DESC en la región hasta la entrada en vigor del Protocolo de San Salvador que se produjo el 16 de noviembre de 1999 con la ratificación de once estados, de conformidad con el artículo 21 inciso 3 de dicho instrumento. En efecto, durante estos casi cincuenta años la Declaración Americana fue el único instrumento en la región que, desarrollando el término “derechos humanos” de la Carta de la OEA, sirvió de base para la identificación y desarrollo, ciertamente incipiente a la luz de lo hecho por los estados americanos, de estos derechos.

De este modo, entre finales de los setenta e inicios de los ochenta, cuando la Convención Americana aún no había entrado en vigor o su estado de ratificación era muy reducido, la Comisión utilizó la Declaración en algunos casos. Por ejemplo, así lo hizo en el caso de la tribu Aché, presentado contra Paraguay y referido a la persecución

5. SALVIOLI, Fabián. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, Revista IIDH, vol. 39, 2004, p. 106.

6. De los 35 estados miembros de la OEA, 20 han ratificado la Convención Americana y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, y Uruguay). De otro lado, 3 estados han ratificado la Convención Americana pero no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte (Dominica, Grenada y Jamaica). Finalmente, 11 estados miembros de la OEA no son parte al momento de la Convención Americana (Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente & Granadines y Trinidad y Tobago). Cabe señalar que Trinidad y Tobago ratificó la Convención Americana, pero la denunció el 26 de mayo de 1998. De la misma forma, la República Bolivariana de Venezuela denunció la Convención el 10 de setiembre de 2012.

7. A la fecha, únicamente 14 de los 35 estados miembros de la OEA han ratificado el Protocolo de San Salvador. Estos son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

de esta comunidad, incluyendo el asesinato de numerosos miembros de ésta y la venta de niños, la negación de atención médica y medicinas durante epidemias, malos tratos y tortura, condiciones de trabajo inhumanas.” Luego de analizar estos hechos, la Comisión concluyó que el estado violó el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI), derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV) y al derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV) de la Declaración Americana.⁸

Igualmente, en el caso de la Comunidad *Yanomami vs. Brasil*, resuelto el 5 de marzo de 1985, se alegó, además de ciertos derechos civiles y políticos, la violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI) y el derecho a la educación (artículo XII) de la Declaración Americana. Tal alegación se encontraba fundada en que, a raíz del descubrimiento de minerales en la región donde habitaban los Yanomami, el territorio que por tiempos inmemoriales habitaban fue invadido, sin previa y adecuada protección de su seguridad y salubridad. Ello dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc. Frente a estos hechos la Comisión consideró que el estado de Brasil no adoptó “oportunas y eficaces medidas en favor de los indios Yanomami”, lo cual produjo, en lo que a DESC se refiere, la violación del derecho a la preservación de la salud y bienestar, contenido en el artículo 9 de la Declaración Americana.⁹ Actualmente, esta práctica de la Comisión se mantiene en relación a aquellos estados miembros de la OEA que no son partes de la Convención.¹⁰

2.2. El nacimiento de la Convención Americana y su contenido en materia de derechos económicos, sociales y culturales

En el marco de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile en 1959, se aprobó la resolución a través de la cual se encomendó al Consejo

8. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Aché vs. Paraguay*, Caso 1802, de 27 de mayo de 1977.

9. CIDH, *Caso de la Comunidad Yanomami vs. Brasil*, Caso 7615, de 5 de marzo de 1985.

10. Véase, por ejemplo: CIDH, *Caso Marie y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Informe No 75/02, Caso 11.140, de 27 de diciembre de 2002 y CIDH, *Caso Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, Informe No. 63/08, Caso 12.534, de 25 de julio de 2008.

Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un “proyecto de Convención sobre derechos humanos y otro u otros proyectos de Convención sobre la creación de una Corte Interamericana para la protección de los humanos y de otros órganos adecuados para la tutela de la observancia de los mismos”. A semejanza de la Declaración Americana, este incluyó tanto derechos civiles y políticos, como DESC. A pesar de encontrarse listo para su discusión y aprobación por parte de los estados miembros de la OEA, la IX Conferencia Interamericana que debía aprobarlo, no llegó a reunirse.

Recién en 1965, con ocasión de la II Conferencia Extraordinaria realizada en Río de Janeiro, el proyecto fue sometido a aprobación. Sin embargo, frente a la presentación por parte de Chile y Uruguay de nuevos proyectos de Convención para actualizar el realizado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la II Conferencia Extraordinaria ordenó remitirlos al Consejo de la OEA para que, luego de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo observe, cite a una Conferencia Especializada a fin de decidir la aprobación de la Convención de Derechos Humanos.¹¹ Es así que, sobre la base del texto trabajado por la Comisión Interamericana, tuvo lugar la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, entre el 7 y 22 de noviembre de 1969. A diferencia del proyecto inicial, éste contenía, como identifica Urquilla, tres artículos relevantes en relación a los DESC:

- a) El artículo 25, que en su primera parte establecía el deber de los Estados de incorporar en su derecho interno “los restantes derechos” contemplados en la Declaración Americana que no estuvieran en la Convención, y que en su segunda parte reproducía el artículo 31 –normas económicas – de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967;
- b) El artículo 26, que establecía la obligación a los Estados de informar periódicamente sobre las medidas implementadas para lograr las metas del artículo 25, especialmente las de su parte segunda, y preveía la eventual incorporación de nuevos Protocolos a la Convención Americana para incorporar tales medidas al régimen de la Convención Americana o a cualquier otro que se estime conveniente; y

11. II Conferencia Extraordinaria. Resolución XXIV. Véase al respecto: NIETO-NATVIA, Rafael. *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1993.

c) El artículo 41, que contenía la obligación de los Estados de informar a la Comisión Interamericana sobre las medidas adoptadas para cumplir con la primera parte del artículo 25.¹²

Como reconoce el mismo autor, este diseño ocasionó polémica entre los representantes de los estados presentes en la Conferencia. Había quienes sostenían que debía excluirse toda referencia a los DESC en la Convención; quienes, basándose en la noción de indivisibilidad e interdependencia¹³, consideraban necesario el reconocimiento detallado de estos derechos; y en última instancia, quienes, adoptando una posición intermedia, apostaban por un compromiso general de progresividad.¹⁴ El texto finalmente aprobado nos permite claramente conocer que prevaleció la tercera posición, es decir, aquella que por su ubicación intermedia permitió, con mayor facilidad, la adopción de la Convención.

La Convención Americana fue finalmente suscrita el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor desde el 18 de julio de 1978. Este instrumento consagró veintitrés artículos para la protección de los derechos civiles y políticos y reservó únicamente dos disposiciones para los DESC, los artículos 26 y 42. No obstante, debe notarse que, como reconoce Faúndez, en el Pacto de San José se encuentran también determinados derechos que tienen notorias implicancias económicas y sociales y que forman parte de otros instrumentos dedicados a proteger los DESC. En concreto, nos referimos al derecho a la propiedad, derecho de asociación, derecho a la familia y derechos del niño, contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y en el propio Protocolo de San Salvador.¹⁵

12. URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael. "Los Derechos Económicos, Culturales y Sociales en el contexto de la Reforma al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos", *Revista IIDH*, vol. 31, 2000, p. 264.

13. Cabe señalar, por ejemplo, la referencia en el debate a la Proclamación de Teherán de 1968, la misma que proclama la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, Costa Rica, 7 - 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos. Citado por: URQUILLA BONILLA, Carlos. Op. cit., p. 265, nota 6.

14. *Ibidem*.

15. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. "Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano", en: VOLIO, Lorena Gonzáles (coord.), *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre*

Sin negar el avance sustancial que la Convención Americana representa para la región, es evidente que, en relación a los DESC, significa un claro retroceso con respecto a la Declaración Americana en la cual se inspiró. En efecto, esta fórmula significó un alejamiento del carácter integral dado a los derechos humanos en la Declaración Americana pues reserva un papel ciertamente marginal y de referencia a los DESC, dedicando su texto casi exclusivamente a los derechos civiles y políticos.

El artículo 26 es la disposición más importante en cuanto a derechos sociales en la Convención y expresa el resultado de los debates en torno a la adopción de la misma. No encontramos una disposición similar al artículo 26 en los instrumentos convencionales de derechos civiles y políticos propios de los demás sistemas de protección de derechos humanos. Asimismo, la remisión que se hace a las normas de la Carta de la OEA puede demostrar, como advierte Craven, la visión predominante en el continente americano al momento de su adopción, consistente en considerar a los DESC, como objetivos de desarrollo social y económico antes que como derechos individuales.¹⁶

Su singularidad, sumada a la poca especificidad de su redacción, ha permitido el surgimiento de posiciones opuestas sobre su contenido y alcance. Como afirman Rossi y Abramovich, en la lectura del artículo 26 se ha oscilado entre aquella postura que lo considera como una norma no operativa -es decir, como "una simple expresión de objetivos programáticos, pero no de obligaciones legales vinculantes, ni derechos justiciables"- y aquella que, partiendo de un "uso extensivo del principio *pro homine* y una inferencia rápida de derechos en el texto de la Carta de la OEA", utiliza el artículo 26 como una amplísima puerta que permite incorporar un completo listado de DESC, alejándose con ello de la intención de los estados americanos al elaborar la Convención.¹⁷ Este debate sigue vigente al día de hoy. La Corte al día de hoy aún no ha declarado violado algún derecho económico, social o cultura. Al respecto, cabe resaltar los

debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión, Tomo II, San José de Costa Rica, Editorama, 2004, pp. 98-99.

16. CRAVEN, Matthew, "Economic, Social and Cultural Rights", en *The Inter-American System of Human Rights*, New York, Clarendon, 1998, p. 299.

17. ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor. "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Estudio Socio-jurídico*, vol. 9, n° 1, 2007, p. 37.

votos razonados del juez Sergio García Ramírez en el 2007¹⁸ y del Juez Alberto Pérez del 2013¹⁹ que señalan expresamente su negativa a reconocer la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde la otra orilla, es posible destacar la postura del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el año 2013 con respecto a buscar “eficacia normativa plena del artículo 26 del Pacto de San José y así otorgar transparencia y tutela real a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que exige aceptar su justiciabilidad directa y, de ser el caso —como sucede con los derechos civiles y políticos—, llegar eventualmente a declarar la violación autónoma de estos derechos, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana cuando las circunstancias del caso concreto así lo exijan.”²⁰

En lugar de adoptar posturas que resultan algo extremas, consideramos más adecuado para el éxito de la comprensión y aplicación del artículo 26, optar por una lectura que, por un lado, reconozca el carácter vinculante de esta disposición y que, por el otro, se acerque al contenido real de la obligación adoptada en relación a los derechos que se encuentran protegidos. Para conocer las implicancias de lo anterior, puede ser útil identificar los cuatro elementos que consideramos se desprenden de la lectura del artículo 26:

- Uno primero que indica el *contenido de la obligación* que impone el artículo, esto es, “adoptar providencias” para “lograr progresivamente la plena efectividad” de determinados DESC.
- El segundo, referido al *contenido sustantivo* del artículo, que permite identificar los derechos respecto de los cuales se debe cumplir dicha obligación. Para conocer cuáles son, se requiere acudir a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA reformada. Aquellos que se deriven de tales normas, se encontrarán protegidos.
- El tercer elemento sujeta el cumplimiento de la obligación mencionada, en relación con los derechos identificados, a

18. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia Albán Cornejo y Otros Vs. Ecuador, de 5 de agosto de 2008.

19. Voto razonado del Juez Alberto Pérez Pérez en la sentencia Suárez Peralta Vs. Ecuador, de 21 de mayo de 2013.

20. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. en la sentencia Suárez Peralta Vs. Ecuador, de 21 de mayo de 2013.

una especie de *condición*. Esta consiste en la disponibilidad de recursos con que cuente el estado obligado.

- El cuarto, enfatiza algunos de los *medios* a través de los cuales se puede cumplir la obligación, refiriéndose, por un lado, a “la cooperación internacional, especialmente económica y técnica” y, por otro, en el nivel interno, a “la vía legislativa u otros medios”.

En esta línea, entendemos, junto con Abramovich y Courtis, que la noción de progresividad implica, en primer lugar, una obligación de *avance gradual y constante* hacia una mayor efectividad de estos derechos, descartándose así la inactividad o pasividad. En segundo lugar, supone una obligación de *no reversibilidad*, por la cual se encontrarán prohibidas aquellas medidas que, sin justificación adecuada, disminuyan la situación de los DESC existente al momento de la adopción de la Convención o que se hayan adoptado posteriormente.²¹ Sin perjuicio de ello, como reconoce el Comité de DESC en la citada Observación General No. 3 (1990), existen ciertas medidas que deben tomarse de modo inmediato. A este respecto, señala que:

1. (...) [A]unque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación...”.

2. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de “adoptar medidas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es “to take steps”, en francés es “s’engage à agir” (“actuar”) y en español es “adoptar medidas”. Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse

21. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 92.

de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

A pesar de que el resultado que se obtiene permite, en principio, hacer exigible la protección de los DESC frente a los órganos a cargo del control del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención, los términos genéricos del artículo 26 han ocasionado que, en la práctica, por un lado, la Comisión y los peticionarios hayan hecho escaso uso del mismo y que, por otro, la Corte haya sido reacia a su aplicación en casos concretos.

En cuanto a casos conocidos por la Comisión, ésta aplicó por primera el artículo 26 en el caso *Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, del 11 de octubre de 2001, que constituye la primera ocasión en que la Comisión encontró la violación del artículo 26. Este asunto se refería al desempleo en que quedaron 142 trabajadores de aduanas, de quienes dependían económicamente más de 600 familiares -más de la mitad eran niños-, como consecuencia de arbitrariedades cometidas por las autoridades administrativas y judiciales.²² En virtud a tales hechos, la Comisión consideró que “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”, por lo que concluyó que se violó el artículo 26 de la Convención en perjuicio de Milton García Fajardo y los 141 trabajadores.²³

Un segundo caso interesante es el de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, en el que 27 personas portadoras del virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (“VIH/SIDA”) denunciaban al estado salvadoreño la violación del derecho a la salud, entre otros, por no haberles suministrado los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedirles la muerte y mejorar su calidad de vida. Sobre la base de estos hechos, la denuncia presentada alegaba la

22. CIDH, *Caso Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, Informe N° 100/01, Caso 11.381, de 11 de octubre de 2001, parágrafo 1.

23. Ídem. parágrafo 101.

vulneración del artículo 26 de la Convención, la misma que fue declarada admisible por la Comisión el 7 de marzo de 2001, al considerar que los hechos tendían a caracterizar la violación de esta disposición.²⁴ Sin embargo, en su Informe de Fondo No. 27/09, del 20 de marzo de 2009, la Comisión consideró que:

108. En el presente caso, el Estado acreditó —a satisfacción de la Comisión Interamericana— que había tomado las medidas razonablemente a su alcance para ofrecer el tratamiento médico a las personas incluidas en el expediente. La CIDH estima que las acciones del Estado fueron suficientemente expeditas, dentro de las circunstancias, para cumplir dicho objetivo de manera eficaz. No es posible hablar, por lo tanto, de alguna violación directa al derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez o de las otras 26 personas identificadas en el Caso 12.249, como hubiera sucedido, por ejemplo, si se demostrara que el Estado se negó a atender a alguno de ellos. Más aun, en el desarrollo del trámite los servicios de salud salvadoreños fueron ampliando la cobertura en forma gratuita a otras personas infectadas con el VIH/SIDA, previo análisis médico. Tampoco se ha alegado que hubiera alguna regresión en el sentido de dejar de conceder algún beneficio a alguno de ellos que tuvieran con anterioridad.

109. En atención a todas las consideraciones que anteceden, la CIDH concluye que el Estado salvadoreño no violó el derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez ni de las otras 26 personas incluidas en el expediente. La Comisión Interamericana concluye, por lo tanto, que el Estado salvadoreño no ha violado el artículo 26 de la Convención Americana en perjuicio de dichas personas, interpretado a la luz del artículo 29 del instrumento internacional citado.²⁵

El tercer y último caso en que la Comisión ha declarado admisible la violación del artículo 26 de la Convención es en el asunto *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa) vs. Venezuela*, en el cual el informe de fondo aún está pendiente. En este caso se alegó “el incumplimiento de dos fallos judiciales dictados por tribunales internos en los que se ampara el

24. CIDH, *Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, Informe N° 29/01, Caso 12.249, de 7 de marzo de 2001.

25. Ídem. párrafos 108-109.

derecho a la seguridad social de las presuntas víctimas.²⁶ Al respecto, afirmó que los hechos alegados podrían *prima facie* caracteriza el incumplimiento de las obligaciones del Estado en relación con lo estipulado en el artículo 26 de la Convención Americana, por lo que declaró el caso admisible de acuerdo a lo establecido en el artículo 47(b).

De otro lado, en relación a asuntos conocidos por la Corte Interamericana, de las diez oportunidades en que a la fecha se ha alegado el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 26 de la Convención²⁷, la Corte no ha declarado nunca la violación de esta disposición, aunque sí ha hecho cierto uso de la misma, a raíz de un cambio de estrategia de la Comisión. Así, el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* es el primero en el cual la Comisión y los representantes de las víctimas alegaron directamente la afectación del artículo 26 de la Convención. En esa ocasión, la Corte rechazó tal alegación por considerar que:

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, 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*.

26. CIDH, Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa) vs. Venezuela, Informe de admisibilidad N° 70/04, Petición 667/01, de 13 de octubre de 2004, parágrafo 1.

27. Se ha alegado la violación directa del artículo 26, por parte de la Comisión, en el caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, de 28 de febrero de 2003. Adicionalmente a éste, los representantes de las víctimas han sostenido su afectación directa en cinco casos: "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, de 2 de septiembre de 2004; Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, de 17 de junio de 2005; Acevedo Jaramillo vs. Perú, de 7 de febrero de 2006; Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, de 24 de noviembre de 2006 y Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú, de 1 de julio de 2009.

148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.²⁸

De manera posterior, en el caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú, con un supuesto similar al caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte se detiene a realizar algunas precisiones acerca del alcance del artículo 26 de la Convención. Al respecto, recuerda que, es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención²⁹ y, aplicando una interpretación sistemática, afirma que, dado que el artículo 26 se ubica en la Parte I de dicho instrumento internacional, está sujeto también a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2.

En cuanto al contenido propiamente de la disposición bajo comentario, la Corte se pronuncia sobre ciertos aspectos esenciales, haciendo referencia a desarrollos relativos a los DESC en el sistema universal y el europeo. En primer lugar, acerca de la relación entre los DESC y los derechos civiles y políticos, señala la Corte que existe una interdependencia entre estos, por lo 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.”³⁰

Igualmente, la Corte se refiere al contenido de la obligación de desarrollo progresivo de los DESC. Sobre este punto afirma que la obligación supone principalmente –aunque no de modo exclusivo– una “obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados”. Es importante destacar que la Corte no se detiene aquí, sino que se refiere expresamente a la justiciabilidad de los DESC. En efecto, afirma que dicha implementación progresiva puede ser “objeto de rendición de cuentas” y que, en caso de incumplimiento, el “Estado podrá ser exigido

28. Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*, de 28 de febrero de 2003, párrafos 147-148.

29. Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) Vs. Perú. Op. cit., párrafos 16-19.

30. Ídem. párrafo 101.

ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos,” como eventualmente sería la misma Corte.³¹

Si bien el caso en mención representa un valioso aporte de la Corte para consolidar la justiciabilidad de los DESC, en el asunto en concreto el tribunal rechazó la alegada violación del artículo 26. Ciertamente, consideró que, existiendo sentencias judiciales que ordenaron el pago de las pensiones, “el Estado no adoptó medida alguna dirigida a impedir el desarrollo progresivo del derecho a la pensión”, por lo que concluyó que no se había vulnerado el artículo 26. Esta conclusión resulta cuestionable si se tiene en cuenta que, a pesar de existir tales sentencias, éstas nunca fueron cumplidas, ya que los correspondientes órganos del estado no realizaron acción alguna para tal efecto y, en la práctica, ello supuso una regresión muy significativa en la percepción de la pensión.

A nuestro juicio, resulta controversial el fallo de la Corte en la medida que lo que analiza su jurisdicción es la situación de víctimas concretas y no de colectivos abstractos. Ciertamente, como hace notar el juez de Roux en su voto concurrente, la Corte

[N]o puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión- una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número.³²

En otros casos, tales como el del “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*³³, *caso Acevedo Jaramillo v. Perú*³⁴ y *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*³⁵, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*,³⁶ *Furlan y Familiares vs. Argentina*,³⁷

31. Ídem. párrafo 102.

32. Voto concurrente del Juez Carlos Vicente de Roux en la sentencia *Cinco Pensionistas Vs. Perú*, de 28 de febrero de 2003.

33. Corte IDH, “*Instituto de Reeducción del Menor*” Vs. *Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004, párrafo 255.

34. Corte IDH, *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, de 7 de febrero de 2006, párrafo 285.

35. Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006, párrafo 136.

36. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, de 27 de junio de 2012.

37. Corte IDH, *Furlan y Familiares Vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012.

los representantes de las víctimas alegaron la violación directa del artículo 26. No obstante, la Corte no acogió ninguna de tales alegaciones. Resalta que la Corte no ha sido, en general, muy prolija al momento de desarrollar las razones para desestimar la violación del artículo 26. En los casos antes mencionados, por ejemplo, sostuvo que, en tanto había considerado dicha disposición en el análisis de otra alegación, no era necesario pronunciarse al respecto. Por su parte, en el *caso Torres Millacura vs. Argentina*, la Corte desechó el argumento presentado por los representantes de las víctimas sobre una supuesta violación al artículo 26, en la medida que excedía el marco fáctico de la demanda.³⁸

Por otro lado, en el *caso de la Comunidad Yakye Axa v. Paraguay* solicitó la Comisión la utilización del artículo 26 mediante su interpretación –ya no aplicación– con el objetivo de dotar de contenido a los derechos civiles y políticos de la Convención Americana que se consideraban vulnerados. En su alegación referida a la violación del derecho a la vida, la Comisión señaló que:

e) la situación de riesgo o vulnerabilidad de la Comunidad indígena Yakye Axa ha sido creada por la negligencia del Estado, lo cual no ha sido cuestionado; por el contrario, el propio Estado declaró en 1999 en “estado de emergencia a la Comunidad”. Esta negligencia se produjo en un contexto en que el Paraguay tiene el deber de garantizar las condiciones necesarias para la consecución de una vida digna, un deber que es subrayado por el compromiso recogido en el artículo 26 de la Convención Americana, de adoptar medidas apropiadas para alcanzar la completa realización de los derechos sociales. Sin embargo, a través de la omisión en sus políticas de salud el Estado disminuyó el goce de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de las condiciones mínimas en el campo sanitario, alimenticio y habitacional.³⁹

En virtud a ello, a efectos de “establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso 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”, la Corte tomó en consideración las obligaciones derivadas del artículo 4 de la Convención (referido al derecho a la

38. Corte IDH, *Torres Millacura y otros Vs. Argentina*, de 26 de agosto de 2011, parágrafo 52.

39. Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, parágrafo 157.

vida), en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, entre otras normas que conforman el *corpus juris* internacional. Sobre la base de ello, la Corte declaró, por unanimidad, que Paraguay violó el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención.⁴⁰

Si bien la Corte ha afirmado su competencia material para conocer la vulneración al artículo 26⁴¹, ha preferido adoptar un planteamiento similar en casos posteriores. En efecto, en el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, los representantes de las presuntas víctimas alegaron el artículo 26 para demostrar la violación del artículo 19 de la Convención, referido a los derechos del niño. Al respecto, señalaron que requiere que se tomen medidas especiales de protección para garantizar el derecho a la educación de los niños. La Corte utilizó el criterio afirmando que, de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.^{42 43}

De lo visto, podemos concluir que la utilización del artículo 26 es algo limitada en el trabajo de la Comisión y de la Corte. Sin embargo, creemos que esta disposición ofrece posibilidades más amplias de protección que pueden explotarse en la medida que en los casos que lleguen a su conocimiento, se sustente su vulneración ajustándose al

40. Ídem. párrafo 163.

41. La primera oportunidad en que la Corte afirmó su competencia material respecto artículo 26 de la Convención, aunque no de modo explícito, fue en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, al denegar una excepción de falta de alegación previa del artículo 26 y afirmar que tiene la posibilidad de analizar la posible violación del mismo.

42. Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005.

43. Cabe señalar el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*, en el cual, frente a la alegada vulneración del artículo 26 de la Convención, la Corte señaló que tendría en cuenta las "consecuencias perjudiciales" de las violaciones a dichas garantías al momento de determinar las reparaciones a las víctimas. Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*. Op. cit., párrafo 136.

contenido estricto de la misma y de esta misma forma, sea analizada la alegación.

Con la finalidad de remediar los vacíos dejados por la Convención Americana en materia de DESC, se inició a principios de los ochenta un proceso dirigido a la elaboración de un instrumento interamericano dedicado exclusivamente a la protección de tales derechos.⁴⁴ Este instrumento tomaría la forma de un protocolo adicional a la Convención Americana, posibilidad existente en virtud a su artículo 77, mediante el cual se admite que cualquier estado parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueden someter a la Asamblea General de la OEA proyectos de protocolos adicionales para “incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.”

2.3. El Protocolo de San Salvador. Entre el reconocimiento de derechos y los tímidos portes en mecanismos de protección

El Anteproyecto del Protocolo de San Salvador fue elaborado por la Secretaría General de la OEA en 1983, a partir de la solicitud que le hiciera la Asamblea General en 1982,⁴⁵ y puesto a consideración de la Comisión y Corte Interamericanas, particularmente en lo referido a los derechos consagrados y los mecanismos de protección. En relación con este último punto, ambos órganos señalaron su preferencia por un sistema de control restringido. Si bien se planteó la posibilidad de que se habilite la presentación de denuncias individuales por violación a los derechos contenidos en dicho protocolo, se consideró que esta posibilidad no debía ser irrestricta, sino reservada únicamente a un determinado número de derechos.⁴⁶

44. Como señala Cançado, los primeros pasos de este proceso los encontramos en las resoluciones AG/RES 510(X-0/80) y AG/RES 510 (X1/81) de la Asamblea General de la OEA, adoptadas por recomendación de la Comisión Interamericana. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.” En: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1994.

45. Resolución No. 619 (XII-O/82) de 20 de noviembre de 1982.

46. Esta posición, si bien similar entre la CIDH y la Corte, no respondía a los mismos fundamentos. Así, la CIDH consideraba que la posibilidad de plantear una denuncia debía estar habilitada sólo en la medida que la violación fuera producto de una acción directa del Estado. La Corte, por su parte, puso énfasis en el carácter exigible del derecho, por lo que sostuvo que sólo debía permitirse la tramitación de denuncias individuales por supuestas violaciones a derechos que puedan llegar a ser exigibles jurisdiccionalmente, como el derecho de los padres a escoger la educación de sus

Asimismo, en 1985 la Asamblea General de la OEA encomendó a la CIDH a elaborar el proyecto de Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC. Dicho proyecto, culminado en 1986, estableció como uno de los mecanismos de control el de las denuncias individuales, pero reservado únicamente a tres derechos: los derechos sindicales, el derecho de huelga y la libertad de educación.⁴⁷ No obstante, dicha lista fue reducida en la versión definitiva del texto aprobado, permitiéndose la interposición de denuncias sólo para las presuntas violaciones de la libertad sindical, entendida como libertad de formar parte y organizar un sindicato (y ya no de los derechos sindicales en general), y la libertad de educación. De esta manera, el derecho de huelga quedó vetado.

En relación con su contenido normativo, si se comparan las disposiciones del PSS con las del PIDESC, se puede observar que el primero presenta una gama más amplia de derechos protegidos. En realidad, más que derechos adicionales, el PSS establece protecciones específicas para determinadas categorías de personas. De este modo, dentro de los derechos no reconocidos por este último, y tutelados por el instrumento interamericano se encuentran el derecho a la salud (artículo 10), a un medio ambiente sano (artículo 11), a la niñez (artículo 16), a la protección durante la ancianidad (artículo 17), y a la protección especial de las personas con discapacidad⁴⁸ (artículo 18). Además, de manera similar al PIDESC, el PSS garantiza el derecho al trabajo (artículo 6) y a gozar de condiciones justas y equitativas de trabajo (artículo 7), los derechos sindicales (artículo 8), el derecho a la seguridad social (artículo 9), el derecho a la salud (artículo 10) y a desenvolverse en un medio ambiente sano (artículo 11), el derecho a la educación (artículo 13) y a los beneficios de la cultura (artículo 14), entre otros.

Con respecto a los mecanismos de control, el Protocolo de San Salvador establece un mecanismo directo de judicialización, permitiendo la tramitación de peticiones individuales ante la los órganos de control interamericanos por violación de los DESC.

hijos, y el derecho a la libre sindicalización. Al respecto ver CIDH, *Informe anual 1983-1984*, OEA/Ser.L/V/II.63.doc.10, de 28 de setiembre de 1984; CIDH, *Informe anual 1984-1985*, OEA/Ser.L/V/II.66.doc.10 rev.1, de 1 de octubre de 1985; Corte IDH, *Informe anual 1985*, OEA/Ser.L/V/III.12.doc.13, de 15 de agosto de 1985.

47. CIDH, *Informe anual 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68.doc.8 rev.1, de 26 de setiembre de 1986.

48. En el Protocolo se les denomina "minusválidos".

Sin embargo, como se ha señalado, esta competencia de examen de denuncias individuales no es absoluta, sino que únicamente puede interponerse en relación con el derecho asociación y libertad sindical (artículo 8.a) y el derecho a la educación (artículo 13).⁴⁹ Al respecto, Salvioli sostiene que, aún con sus limitaciones, el PSS ha venido a superar progresivamente aquella distinción tajante que se efectuaba con relación a los mecanismos de protección previstos para los derechos civiles y políticos de un lado y los DESC de otro, permitiéndose la posibilidad de utilizar para algunos DESC, los mecanismos de peticiones individuales que inicialmente estaban previstos para los derechos civiles y políticos.⁵⁰

Para otro sector de la doctrina, el Protocolo de San Salvador, al tratar de llenar el vacío dejado por la Convención Americana, habría terminado contribuyendo a la tesis de la restricción de mecanismos de judicialidad en torno a estos derechos (al margen de lo que un posterior desarrollo jurisprudencial haya podido hacer por superar dicha restricción normativa). Por lo tanto, como señala Faúndez, el aporte del Protocolo de San Salvador ha sido insuficiente e inadecuado, ya que al restringir las posibilidades de presentar peticiones individuales sólo con relación a los derechos a la educación y libertad sindical, se estaría produciendo un retroceso respecto de lo que ya se había logrado en el propio texto de la Convención Americana con el artículo 26.⁵¹ Así las cosas, si no existiera el PSS, tal vez sería posible argumentar que los órganos de control interamericanos están habilitados para conocer denuncias sobre violaciones de cualquier derecho humano, incluidos todos los DESC consagrados en el Protocolo de San Salvador. No obstante, al haber un protocolo adicional a la Convención Americana (que es la que regula de manera general la competencia de estos órganos), que explícitamente restringe estas competencias a sólo dos derechos del grupo de los DESC, las posibilidades para utilizar mecanismos contenciosos directos ante la violación de cualquier DESC contenido en dicho Protocolo han quedado desechadas a nivel normativo. Así

49. Artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

50. SALVIOLI, Fabián, "El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos", en *Trigésimo Cuarta Sesión de Enseñanza del 30 de junio al 25 de julio de 2003. Material de Enseñanza*. Estrasburgo, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Volumen I, 2003, p. 414.

51. FAÚNDEZ, Héctor. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". Op. Cit, pp. 73 y 74.

lo ha dejado en claro la Comisión Interamericana en abundante y reiterada jurisprudencia, al señalar lo siguiente:

(...) el artículo 19.6 de dicho tratado [Protocolo de San Salvador] consagra una cláusula limitada de competencia para que los órganos del Sistema Interamericano puedan conocer peticiones individuales relacionadas con los derechos consagrados en los artículos 8 a) y 13 (...).⁵²

No obstante, una tercera línea argumentativa considera que el Protocolo de San Salvador restrinja expresamente el derecho de petición individual a las libertades sindicales y al derecho a la educación, no es razón suficiente para descartar su utilización como herramienta para el litigio. Así, sería el artículo 44 de la Convención Americana (que establece la posibilidad de presentar denuncias individuales) el que estaría habilitando el trámite de denuncias por los derechos reconocidos en el artículo 26 por aquellas normas a las que este artículo hace referencia (todas ellas recogidas en el Protocolo). Asimismo, señalan los simpatizantes con esta tesis, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 29.a) de la Convención Americana, en el sentido de que ninguna de las disposiciones de este tratado (incluso el artículo 44) puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.⁵³

Sin perjuicio de lo anterior, hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado sobre la violación de los derechos de asociación y libertad sindical. Si bien en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*,⁵⁴ *Huilca Tecse vs. Perú*,⁵⁵ *Cantoral Huamaní y otros vs. Perú*,⁵⁶ y *Kawas Fernández vs. Honduras*,⁵⁷ la Corte examinó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, no pudo ampararse en lo previsto por el artículo 8 del Protocolo de San Salvador, en tanto en el primer caso, al momento en que ocurrieron los hechos, Panamá no había

52. CIDH, Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras, Informe No. 38/09, Caso 12.670, párrafo 69.

53. Al respecto ver IIDH, La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, San José de Costa Rica, IIDH, 2008.

54. Corte IDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, de 2 de febrero de 2001.

55. Corte IDH, *Huilca Tecse Vs. Perú*, de 3 de marzo de 2005.

56. Corte IDH, *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*, de 10 de julio de 2007.

57. Corte IDH, *Kawas Fernández Vs. Honduras*, de 3 de abril de 2009.

ratificado dicha norma, y en los demás casos sólo se alegó la violación del artículo 16 de la Convención Americana (libertad de asociación), mas no el artículo 8 del Protocolo de San Salvador. Por otro lado, en relación con el derecho a la educación, la Corte se ha referido a éste de manera indirecta, en el caso Instituto de *Reducción del Menor vs. Paraguay*⁵⁸ y en el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*⁵⁹, pero sin declarar la responsabilidad internacional del Estado por violación al derecho a la educación. De manera más reciente, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, a pesar de que se alegó la violación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador (entre otros artículos), la Corte no se pronunció sobre este.⁶⁰

En razón de lo expuesto se puede concluir que a nivel normativo los DESC han transitado desde la primera enunciación en documentos declarativos junto con los derechos civiles y políticos, a la política separación en los instrumentos vinculantes que restringen las posibilidades de su judicialización, todo ello en virtud de la voluntad soberana de los Estados. Las razones para dicha opción legislativa han quedado plasmadas en las reseñas de los debates aquí esbozadas.

3. LA LECTURA SOCIAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: UN PUNTO DE ENCUENTRO CON LOS DESC QUE APUNTA A LA AFIRMACIÓN PRÁCTICA DE LA INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

De acuerdo a la normativa del sistema interamericano⁶¹, la Corte interamericana no tiene competencia directa para conocer

58. Corte IDH, "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, de 2 de septiembre de 2004.

59. Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005.

60. Corte IDH, *Mendoza y otros Vs. Argentina*, de 14 de mayo de 2013, parágrafo 5.

61. En relación a la competencia de la Corte, el artículo 62.3 de la Convención Americana dispone que:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Mientras que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador señala que:

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 violación de los DESC contenidos en la Declaración Americana ni en el Protocolo de San Salvador, salvo los casos de los derechos a la educación y libertad sindical ya antes mencionados. No obstante, en la práctica no se ha cerrado la puerta de entrada a los DESC, sino que, por el contrario, se ha generado una serie de pronunciamientos que configuran una línea jurisprudencial en el tema. En efecto, la Corte interamericana ha implementado una verdadera interpretación "social" de los derechos civiles y políticos contenidos en la Convención Americana que sirve tanto para dotarlos de contenido, como para responder a una serie de demandas individuales en que están inmersos los DESC. De este modo, se ha generado a este nivel una jurisprudencia sostenida que abunda en esa alianza y que ha servido no sólo para evitar los límites materiales que la Convención Americana le establece, sino también como una forma de dar respuesta a las múltiples demandas de los ciudadanos latinoamericanos en materia social.

Debe notarse que la técnica usada por la Corte no le es exclusiva. En efecto, en el marco del sistema universal uno de los casos que marcó la pauta sobre la posibilidad fue el asunto *Zwaan de Vries vs. Países Bajos*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos el 9 de abril de 1987. Igualmente, la Corte Europea no se ha limitado a proteger únicamente los pocos DESC contenidos en la Convención Europea, sino que igualmente ha realizado una interpretación social de los derechos civiles y políticos para proteger los DESC. En el caso *López Ostra vs. España*, por ejemplo, el Tribunal se valió del derecho a la familia (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) frente a un caso en el cual la contaminación ambiental producida por una planta que desechaba desperdicios había producido consecuencias perjudiciales para la salud de miembros de su familia.⁶²

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.

62. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Lopez Ostra vs. Spain*, de 9 de diciembre de 1994. Véase también *Guerra and others vs. Italy*, de 19 de febrero de 1998. Citados por: KOCH, Ida Elizabeth. "Economic, social and cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective", *The International Journal of Human Rights*, vol. 10, n° 4, 2006, p.408.

3.1. Artículo 4. El derecho a una vida digna

Una de las contribuciones más interesantes e importantes que ha realizado la Corte a través de su jurisprudencia de los últimos años es la relativa al concepto de vida digna. De acuerdo a Melish, la idea detrás de esta comprensión del derecho a la vida tiene su primera aparición expresa en la sentencia de reparaciones dada por la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*,⁶³ en la que se refiere a la frustración del proyecto de vida de la víctima como consecuencia de la violación a sus derechos fundamentales. De este modo, la fundamentación que subyace se encuentra en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone.⁶⁴ Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado la noción de vida digna, en casos como *Pretty vs. The United Kingdom* en que consideró que este derecho supone la obligación positiva de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna.^{65 66}

Este derecho se inserta en la afirmación de que el derecho a la vida no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger

63. Corte IDH, *Loayza Tamayo Vs. Perú*, de 27 de noviembre de 1998, parágrafo 148.

64. Al respecto, véase MELISH, Tara, "The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity", en LANGFORD, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, New York, Cambridge, 2008.

65. TEDH, *Pretty vs. The United Kingdom*, de 29 de abril de 2002.

66. En la jurisprudencia de tribunales internos, como la Corte Constitucional de Colombia, también se encuentra la utilización del concepto de vida digna. Este tribunal, en el caso Manuel José Cepeda Espinosa, sostuvo que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho "le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo." Corte Constitucional de Colombia, Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-772 de 2003.

y preservar el derecho a la vida (obligación positiva).⁶⁷ Esto último supone una ampliación al menos en dos sentidos. Uno primero, que podríamos denominar *vertical*, lleva a que el derecho a la vida implica el ejercicio de una serie de derechos tales como el derecho a la salud, educación, identidad cultural, entre otros, sin los cuales no es posible gozar de una vida armoniosa con el principio de dignidad inherente del ser humano, vale decir, con el derecho a una vida digna. Por otro lado, el contenido material del derecho a la vida también se expande de una manera *horizontal* cuando comprende, con todas sus especificidades, a grupos particulares como las personas que viven con discapacidad, grupos indígenas, niños, migrantes, personas privadas de libertad, entre otros. El resultado, es la afirmación de un derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna,⁶⁸ lo que la Corte se ha encargado de definir a través de casos concretos en razón de las circunstancias *de facto*, pero también considerando a los titulares de los derechos directamente concernidos.

La comprensión del derecho a la vida como una vida digna, como afirman los profesores Cançado y Abreu, “conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los DESC, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”⁶⁹. La jurisprudencia de la Corte ha construido, por tanto, un derecho a la vida en clave social que tiene manifestaciones concretas en función del titular del derecho, pero que al hacerlo expande el contenido material del derecho a la vida para todos los que, de manera general, detentamos ese derecho.

67. Corte IDH, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999, parágrafo 139. Esta sentencia constituye una de las decisiones más relevantes de la Corte en relación con los DESC, porque integra por primera vez elementos de otros sistemas y de su propia reflexión, para ampliar la noción de los derechos civiles y políticos aplicables, e incluir en ella elementos propios de los derechos económicos y sociales.

68. Corte IDH, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Op. cit., parágrafo 144.

69. Voto razonado concurrente de los Jueces Augusto Cançado Trindade y Aurelio Abreu Burelli en la sentencia “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, parágrafo 4.

3.1.1. El derecho a la vida digna de los niños incluye el derecho a la educación y la salud

En el caso de los niños el derecho a la vida incluye “el deber del Estado de realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a los DESC y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles”⁷⁰ y, en concreto, “de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”.⁷¹ Adicionalmente, la propia Opinión Consultiva No. 17/02 señala que:

86. En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.

Estas obligaciones se tornan todavía más imperiosas cuando se trata de menores en situación de reclusión frente a los cuales el estado tiene una posición especial de garante por encontrarse estos bajo su custodia o cuidado.⁷² En el caso del *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, la Corte afirma contundentemente que “un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”.⁷³ Esto además, debe ser leído junto con la necesidad, ya señalada

70. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02*, párrafo 81.

71. Ídem. párrafo 84.

72. Respecto a esta posición especial de garante del estado frente a las personas privadas de libertad, véase: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú, de 8 de julio de 2004, párrafo 98 y Caso Bulacio Vs. Argentina, de 18 de septiembre de 2003, párrafo 138.

73. Corte IDH, “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Op. cit., párrafo 161. Asimismo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02. Op. cit., párrafos 80-81, 84, y 86-88; Corte IDH, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Op. cit., párr. 196; y la regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de

por el Comité de los Derechos del Niño, de garantizar el desarrollo del niño, lo cual abarca el aspecto físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.⁷⁴

Precisamente, en el caso del *Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay* se verificó que, a pesar de que existía un programa educativo, éste era “deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados” lo que, aunado a las condiciones de detención,⁷⁵ llevó a la Corte a concluir que:

[E]l Estado no cumplió efectivamente con su labor de garante en esta relación especial de sujeción Estado – adulto/niño privado de libertad, al no haber tomado las medidas positivas necesarias y suficientes para garantizarles condiciones de vida digna a todos los internos y tomar las medidas especiales que se requerían para los niños. Más aun, fue el Estado quien permitió que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran derechos que no podían ser objeto de ningún tipo de limitación o vulneración, exponiendo de manera constante a todos los internos del Instituto a un trato cruel, inhumano y degradante, así como a condiciones de vida indigna que afectaron su derecho a la vida, su desarrollo y sus proyectos de vida, configurándose de este modo una violación de los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y respecto de los niños, leídos también a la luz del artículo 19 de la misma Convención.⁷⁶ (La cursiva es nuestra).

De manera más reciente, en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, la Corte ha construido el vínculo entre la afectación del derecho a la vida producto de la desaparición forzada de niños y los

noviembre de 1985. Citados por: Corte IDH, “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Op. cit., parágrafo 161.

74. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Observación General No. 5, 2003, parágrafo 12.

75. Se constató que el Instituto no contaba con una infraestructura adecuada para albergar a los internos, que había una sobrepoblación carcelaria y, consecuentemente, éstos se encontraban en una situación de hacinamiento permanente. Estaban recludos en celdas insalubres, con escasas instalaciones higiénicas y muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, lo cual los obligaba a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros, o compartir las pocas camas y colchones. Corte IDH, “*Instituto de Reeducción del Menor*” Vs. Paraguay. Op. cit., párrafos 134.9 y 134.10.

76. Ídem. párrafos 165-174.

DESC. Así, ha señalado que la sustracción de menores, además de poner en riesgo su vida biológica (violación de la obligación negativa), afecta también el desarrollo de los niños y niñas, este último entendido de una manera amplia abarcando aquellos aspectos relacionados con lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.⁷⁷

3.1.2. La vida digna de las personas migrantes incluye el disfrute de los derechos laborales

La jurisprudencia de la Corte Interamericana participa activamente del desarrollo de normas, principios y estándares relativos a la situación jurídica de los extranjeros en situación irregular. Dos factores influyen decididamente en este proceso. Uno primero es que la gran mayoría de los estados de Latinoamérica y el Caribe constituyen, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, importantes lugares de emigración, cuyo destino principal son países del norte, como Estados Unidos y Europa.⁷⁸ Este fenómeno genera una consciencia y necesidad social de resguardar sus derechos.

En segundo lugar, la Corte y su jurisprudencia se han distinguido por afirmar la existencia de un acervo humanitario –un *corpus iuris*, en sus propios términos- que busca acercar el desarrollo de los derechos humanos con los aspectos tradicionales de la soberanía estatal, modelando su comprensión y alcances. En este sentido, la Corte Interamericana contribuye a internacionalizar y *humanizar* el régimen jurídico⁷⁹, tradicionalmente estatal, de los migrantes en el Derecho internacional contemporáneo.

La Opinión Consultiva No. 18/03, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes, realiza varios aportes fundamentales que, para efectos de este estudio, se centran en dos ejes interpretativos: de un lado, relacionar el ejercicio de derechos laborales como una condición esencial para el acceso a condiciones de vida digna y, de otro, enfatizar la separación que existe entre estatus migratorio

77. Corte IDH, *Contreras y otros Vs. El Salvador*, de 31 de agosto de 2011, parágrafo 90.

78. Véase al respecto CASTLES, Stephen y MYLLER, Mark J., "La migración a los países altamente desarrollados a partir de 1945", en *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Porrúa, 2004, pp. 89-119.

79. Utilizamos este término en el sentido dado por Carrillo Salcedo en su obra anteriormente citada. Véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit., pp. 13-14.

y ejercicio de derechos, es decir, que las personas son titulares de derechos independientemente de su situación migratoria.

En este sentido, y dada la situación particular de las personas migrantes, los derechos laborales -contemplados en los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador; artículo XIV de la Declaración Americana; artículos 25, 26 y 27 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares⁸⁰; entre otros- conforman el ámbito material del derecho a la vida digna, inherente a todo ser humano. En efecto, la Corte afirma que “el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna”, por lo que, “los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno”.⁸¹ Esta afirmación se condice con la visión contemporánea de los derechos laborales que forman parte del patrimonio jurídico esencial para la consecución de las “aptitudes, habilidades y potencialidades (...) en aras de alcanzar un desarrollo integral como ser humano.”⁸²

3.1.3. La vida digna de los pueblos indígenas

La jurisprudencia de la Corte se muestra plenamente consciente de las múltiples dificultades que atraviesan los pueblos indígenas en nuestro continente. De hecho, temas como miseria extrema, malnutrición, falta de acceso a la tierra y recursos naturales (como el agua), entre otros, son factores que influyen en una lectura social de todos sus derechos. En el caso específico del derecho a la vida digna, la Corte ha enfatizado nuevamente la vinculación intensa entre alimentación, salud, vivienda y educación con el pleno ejercicio del derecho a una vida digna. De esta forma, en casos como el de la *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte se pronunció en el siguiente sentido:

80. Adoptada el 18 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 1 de julio de 2003. Cuenta al momento con 42 estados partes. Destaca que prácticamente la totalidad de estos son países emisores de personas migrantes; sin embargo, los principales países de destino de migrantes no han ratificado la Convención.

81. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*, parágrafo 158.

82. *Ibidem*.

161. (...) El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios.

162. Estas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento (supra párr. 50.97). A ello se suma, tal como ha sido probado en el presente caso (supra párrs. 50.98 y 50.99), las especiales deficiencias en la educación que reciben los niños y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud en la que se encuentran los miembros de la Comunidad.⁸³

Cabe destacarse la alusión especial que hace la Corte al tema de la salud y las condiciones para la salud en el contexto específico del derecho a la vida de las comunidades indígenas, pues la Corte enfatiza que la alimentación y acceso al agua limpia se encuentran íntimamente vinculados al derecho a la salud y éste, a su vez, resulta requisito *sine qua non* para el ejercicio del derecho a la vida digna (y sana). El acceso a la salud debe ser, además, física y económicamente posible para ser real y, sobre todo, para garantizar también el ejercicio de otros derechos humanos como a la educación o a la propia identidad cultural.

Asimismo, la Corte reconoce el papel de la medicina tradicional de las comunidades y su papel fundamental en la prevención y cura de enfermedades, por lo que, el derecho a la salud requiere también, en este caso específico, la garantía de acceso a las tierras y a la propiedad comunitaria.⁸⁴ En cualquier caso, la Corte, siguiendo jurisprudencia anterior, reafirma el papel de garante del estado en relación con estos grupos desde el momento en que las autoridades saben o deben saber de la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la

83. Corte IDH, *Comunidad Indígena Yace Axa Vs. Paraguay*. Op. cit., párrafos 161-162.

84. Ídem. párrafo 168.

vida de un individuo o grupo de individuos determinados.⁸⁵ En virtud a ello, una interpretación correcta del artículo 4 de la Convención Americana, nos llevaría a afirmar que el estado tiene obligaciones positivas generales y obligaciones positivas particulares en el caso de grupos vulnerables, en especial cuando se presenta un riesgo inminente y real de violación de derechos.

En el mismo sentido, aunque con menor especificidad que en el caso anterior, en el caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, la Corte señaló que la destrucción de los hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en los pobladores una pérdida de sus condiciones básicas de existencia, lo cual hace que la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad.⁸⁶ Asimismo, en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* la Corte se ha pronunciado sobre el desplazamiento de comunidades indígenas. Dicho caso se encuentra referido a las ejecuciones masivas, colectivas e indiscriminadas de civiles en el caserío El Mozote, el cantón La Joya, los caseríos Ranchería, Los Toriles y Jocote Amarillo, así como en el cantón Cerro Pando y en una cueva del Cerro Ortiz, por parte de la Fuerza Armada de El Salvador con el apoyo de la Fuerza Aérea salvadoreña en el marco de una política de “tierra arrasada” planificada y ejecutada por el Estado. En él la Corte señaló que:

Las víctimas sobrevivientes que fueron desplazadas de su lugar de origen “perdieron los vínculos comunitarios y afectivos de sus raíces identitarias, además de los bienes materiales”, lo que derivó en “cambios forzados en la estructura social, lo cual implic[ó] rupturas, p[é]rdidas, dolor, y mucho sufrimiento”. (...) Consta también que las víctimas sobrevivientes desplazadas han sufrido un impacto más fuerte en su bienestar y salud a consecuencia de “la ruptura completa de la red cultural en el norte de Morazán, de la creación de un estado de *anomia* total y de la destrucción completa de una cultura”.⁸⁷

85. Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006, parágrafo 155.

86. Corte IDH, *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*, de 20 de noviembre de 2013, parágrafo 352.

87. Corte IDH, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, de 25 de octubre de 2012, parágrafo 194.

3.1.4. La vida digna de las personas con discapacidad mental

El caso de *Ximenes López v. Brasil* constituye un hito en la jurisprudencia de la Corte interamericana al tocar, por vez primera, un supuesto de discapacidad mental en situación de internamiento y por la relación que establece la Corte entre el cuidado de la salud de estas personas y su derecho a la vida digna. Haciéndose eco del desarrollo universal que este tema viene teniendo⁸⁸, la Corte señala la situación de vulnerabilidad particular que acompaña a este grupo de la población cuando se encuentra sometido a un tratamiento de salud, en especial, la situación de internamiento psiquiátrico. Y esto “en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas”⁸⁹. Un segundo punto fundamental de la sentencia es la afirmación de que los estados tienen “el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental”, lo que se traduce en “asegurar los servicios de salud básicos, la promoción de la salud mental, [la menor restricción posible a] la prestación de servicios de esa naturaleza y la prevención de las discapacidades mentales”.⁹⁰

De otro lado, un caso similar conocido por la Comisión y que resulta muy significativo es el de *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*, en el cual el señor Rosario Congo, quien sufría de trastornos mentales,

88. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución No. 46/119 de 17 de diciembre de 1991; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, 1996; Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidades, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución No. 48/96, el 20 de diciembre de 1993; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Resolución de la Asamblea General de la ONU, Documento A/8429 (1971); y Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Resolución No. 37/52 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/37/51 (1982), párrafos 95 al 107.

89. Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006, párrafo 129. Igualmente, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades, Op. cit. artículo 9.4; Comité de DESC. *Las personas con Discapacidad*. Observación General No. 5,1994, párrafo. 9. Citados por: Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Op. cit.

90. Idem. párrafo 128.

fue recluido en una celda de aislamiento. Como consecuencia de ello, la víctima falleció producto de la deshidratación y desnutrición que sufrió durante los cuarenta días que estuvo recluido. Al respecto, la Comisión señaló que” por su estado mental [el señor Rosario Congo] no se encontraba en condiciones de responsabilizarse por su propio cuidado.”⁹¹ Asimismo, ante las alegaciones del estado de padecer “obstáculos estructurales que le impiden proveer tratamiento médico y psiquiátrico a las personas bajo custodia”, la Comisión afirmó que este hecho “no lo exime del deber de prestar atención médica a [estas] personas.”⁹² En conclusión, la Comisión consideró que el estado no tomó las medidas a su alcance para asegurar el derecho a la vida de una persona que, por su salud mental, se encontraba en estado de indefensión, además de aislado y bajo su custodia, por lo que violó el artículo 4 de la Convención Americana.⁹³

De este modo, la jurisprudencia de la Corte y Comisión intenta paliar uno de los problemas más dolorosos y olvidados en la región, cual es la vida digna de las personas que viven en situación de discapacidad mental que bien puede ser producto de una causa genética como también psicológica, especialmente las derivadas de situaciones de violencia y violación de derechos humanos. Por ello, resulta muy importante afirmar que en el caso de este grupo vulnerable el estado resguarda su derecho a la vida cuando cumple con un deber de cuidar, regular y fiscalizar e investigar la situación de los pacientes. Es decir, al deber general de garante, que se aplica a las personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado (como responsable de los establecimientos de detención), se suma un deber particular, que surge con las personas que se encuentran recibiendo atención médica y, el deber especialísimo, cuando se refiere a los pacientes con discapacidad mental. Sin esta triada de obligaciones difícilmente se puede afirmar el cumplimiento del derecho a una vida digna que tienen todos los seres humanos.

3.2. Artículo 5. El derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal y su manifestación punitiva (la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o

91. CIDH, *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*, Informe No. 63/99, de 13 de abril de 1999, parágrafo 73.

92. *Idem.* párrafos 76-81.

93. *Idem.* parágrafo 84.

degradantes) tiene, de acuerdo a la Corte, una relación directa con derechos como el derecho a la salud, el cuidado médico durante una situación carcelaria y en particular, la situación de los niños.

3.2.1. El derecho a la salud de las personas en situación carcelaria se inserta dentro del ámbito material de protección del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Desde el caso *Lori Berenson vs. Perú*, con ideas que tienen su origen en pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte ha reafirmado que “la detención de un preso con otras personas, en condiciones que representan un peligro serio para su salud, constituye una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.⁹⁴ De esta forma, la Corte ingresa a evaluar las condiciones carcelarias generales que pueden terminar generando una situación contraria al artículo 5 de la Convención Americana. En particular, sostuvo que:

[E]ste Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal⁹⁵.

En virtud a estas consideraciones, y “atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados

94. Se basa en el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos recaído en el asunto Moriana Hernández Valentini de Bazzano c. Uruguay, No. 5/1977 del 15 de agosto de 1979, párrs. 9 y 10.

95. Corte IDH, *Lori Berenson Vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2004. parágrafo 102. Igualmente, Corte IDH, *Cantoral Benavides Vs. Perú*, de 18 de agosto de 2000, parágrafo 89 y ONU. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Reglas 10 y 11.

e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma.⁹⁶

Adicionalmente, ya en el caso *Tibi v. Ecuador*, la Corte había anunciado que no proporcionarle alimento al detenido durante un día entero, también debía ser entendido como una violación del artículo 5 de la Convención.⁹⁷ La alimentación constituye ciertamente una condición esencial para disfrutar del derecho a la salud.

Esto además se condice con la obligación positiva, surgida del propio artículo 5, a que hace referencia la Corte interamericana en el caso *De la Cruz Flores v. Perú* cuando señala que “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal”⁹⁸. De esta forma, la Corte, de manera general relaciona la salud (a través de una serie de condiciones para la salud) y la atención médica como elementos necesarios para comprender los alcances de la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En un sentido similar, se pronunció la Comisión Interamericana en el caso *Hernández Lima v. Guatemala*, referido al fallecimiento del peticionario durante su detención a causa del tratamiento médico insuficiente que recibió tras haber sufrido un edema cerebral y un ataque de cólera. De este modo, la Comisión destacó que, en virtud a su posición de garante especial de los detenidos, el estado cometió una omisión que violó el “derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la prohibición de infligir tratos inhumanos, crueles o degradantes, consagrados en el artículo 5 de la Convención Americana.”⁹⁹

96. Corte IDH, *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Op. cit., parágrafo 104.

97. Corte IDH, *Tibi Vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, parágrafo 151.

98. Corte IDH, *De la Cruz Flores Vs. Perú*, de 18 de noviembre de 2004, parágrafo 132.

99. CIDH, *Caso Hernández Lima vs. Guatemala*, Informe 28/96, Caso 11.297, parágrafo 59-61.

Asimismo, aunque sin hablar de manera específica sobre el derecho a la vida, desde el año 2005 en los casos *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, y de manera posterior en los casos *Vera Vera y otros vs. Ecuador* y *Fleury y otros vs. Haití*, la Corte ha señalado que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, respetando los estándares mínimos internacionales en la materia.¹⁰⁰ Ello en la medida que al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna¹⁰¹.

Complementando los pronunciamientos reseñados, en el caso *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras* la Corte precisó que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, y añadió que en dicho caso las condiciones de detención eran contraria a la dignidad humana debido a que:

(...) existían condiciones graves de sobrepoblación y hacinamiento, y la celda no contaba con ventilación ni luz natural. Asimismo, el servicio de agua era inadecuado y al momento de los hechos no contaban con agua corriente. Los internos en dicha celda no recibían la atención médica debida, su alimentación era deficiente y no contaban con áreas para las visitas ni había acceso a programas de recreación y rehabilitación (...).¹⁰²

Asimismo, haciendo una clara remisión al estándar de vida digna, en los casos *Díaz Peña vs. Venezuela* la Corte, respeto de personas que fueron detenidas en el marco de protestas que se llevaron a cabo

100. Corte IDH, *Fleury y otros Vs. Haití*, de 23 de noviembre de 2011, párrafo 83; Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, de 5 de julio de 2006, párrafo 85; Corte IDH, *Vera Vera y otra Vs. Ecuador*, de 19 de mayo de 2011, párrafo 42.

101. Corte IDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Op. Cit., párrafo 87; Corte IDH, *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, de 25 de noviembre de 2005, párrafo 221; Corte IDH, *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, de 6 de febrero de 2006, párrafo 95; Corte IDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, de 20 de junio de 2005, párrafo 118.

102. Corte IDH, *Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras*, de 27 de abril de 2012, párrafo 65.

en la Plaza Francia de Altamira en Caracas, establece de manera explícita la relación entre el estándar de vida digna de las personas detenidas, la integridad personal y los DESC. La Corte señala:

(D)e conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. En esta línea, la Corte ha considerado que las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano.¹⁰³

3.2.2. El caso de los niños sometidos a reclusión en centros de internamiento penitenciario. Salud, educación y derecho a permanecer separados de los adultos

En la situación específica de los niños en condiciones de detención, la Corte Interamericana ha aplicado también este estándar en casos como *Bulacio v. Argentina* de 18 de setiembre de 2003 y *el Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay* de 2 de setiembre de 2004. Aquí la Corte afirma la necesidad de conjugar la protección general de las personas en situación carcelaria con el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad

103. Corte IDH, *Díaz Peña Vs. Venezuela*, de 26 de junio de 2012, parágrafo 135.

de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.¹⁰⁴ Se alude también a que “los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma en su proyecto de vida”¹⁰⁵.

Presentándose, además, como una consecuencia particular, la necesidad de que para “salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos”.¹⁰⁶

Resulta también importante destacar el énfasis que hace la Corte en relación a la salud mental y los efectos desfavorables en el desarrollo psíquico de su vida e integridad personal.¹⁰⁷ Igualmente, aunque de manera menos clara que en los casos anteriores, la Corte menciona la necesidad de contar con programas de educación (pues esto se asocia indistintamente con el derecho a una vida digna y con el derecho a la integridad personal).¹⁰⁸

3.2.3. Los tratamientos a las personas con discapacidad mental y el derecho a la integridad personal

Ya se ha mencionado antes el deber especialísimo de cuidado que tiene el estado en relación con las personas que viven con una discapacidad mental y, en el caso específico de la salud y la integridad física y psíquica, la Corte se ocupa de la medida de sujeción que, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, “debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes”¹⁰⁹. De

104. Corte IDH, *Bulacio Vs. Argentina*, Op. cit., párrafo 136. Asimismo, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02*. Op. cit., párrafo 56.

105. Corte IDH, “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Op. cit., párrafo 172.

106. Corte IDH, *Bulacio Vs. Argentina*. Op. cit., párrafo 136.

107. Corte IDH, “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Op. cit. párrafo 168.

108. Ídem. párrafo 172.

109. Corte IDH, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Op. cit., párrafo 134.

tal forma, que debe existir un equilibrio entre el interés del paciente y la necesidad de proteger su integridad psíquica, física o moral.

En un sentido similar, el Tribunal Europeo ha señalado en el caso *Herczegfalvy v. Austria* que normalmente los pacientes de hospitales psiquiátricos se encuentran en una posición de inferioridad y carencia de poder respecto de quienes están a su cargo. Por tal motivo, ha destacado que debe tenerse especial cuidado en el respeto y garantía del derecho a la integridad de estas personas.¹¹⁰

3.3. Artículos 8 y 25. La lectura social de la protección y garantías judiciales y el debido proceso

Existe una vasta jurisprudencia sobre el contenido y alcances de estos derechos (conjunta y separadamente) que tiene, para el tema que aquí nos interesa, dos manifestaciones particularmente interesantes. Se refieren a casos en que el asunto de fondo se vincula con, por un lado, la propiedad de la tierra de las comunidades indígenas y, por otro, los derechos laborales. No se trata ciertamente de que el derecho a la protección y garantías judiciales cambie de contenido en estos supuestos, sino de que adquiera, precisamente por los intereses que están en juego, dimensiones particulares.

3.3.1. Acceso a la propiedad de las tierras por parte de pueblos indígenas

La Corte ha enfatizado la necesidad de delimitar, demarcar y proceder a un proceso de titulación de las comunidades indígenas para lo que debe existir un “mecanismo (procesal) efectivo”. De tal manera, que el estado violaría los artículos 8 y 25, en conjunción con el deber de adoptar medidas internas consagrado en el artículo 2 de la Convención Americana, si no prevé en su ordenamiento jurídico una herramienta procesal que sirva para tal fin. En efecto, los artículos 8 y 25 “obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal”¹¹¹.

De ello la Corte desprende tanto la obligación de contar con un mecanismo procesal, como condiciones específicas de efectividad

110. TEDH, *Herczegfalvy vs. Austria*, de 24 de septiembre de 1992, parágrafo 82.

111. Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Op. cit., parágrafo 67.

que tengan en cuenta el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de las propias comunidades.¹¹² La necesidad de resguardar los derechos de estas comunidades incluye, por tanto, el acceso a la propiedad pero también, como resulta conforme a Derecho, los mecanismos procesales *ad hoc* para lo que las garantías judiciales deben saber ajustarse a las características particulares de quien detenta el derecho.

3.3.2. Derechos laborales y la protección y garantías judiciales

Al igual que en el caso de las comunidades indígenas, la trascendencia de los derechos en juego, en este caso laborales, - consagrados en el Protocolo de San Salvador y en numerosos convenios de la Organización Internacional del Trabajo- marca el ingreso de una mirada social al tema de las garantías judiciales y el debido proceso. En ese sentido, la Corte reafirma la necesidad de que el trabajo, y los derechos que ello implica, tengan acceso a la justicia y todas las garantías judiciales. Es decir, reafirma el carácter general de estos derechos independientemente de si lo que se reclama es un derecho de tipo civil y político o de carácter económico, social o cultural. Pero, además, el bien a protegerse, genera una especial preocupación de la Corte porque, como se afirma en el *caso Baena Ricardo v. Panamá*:

134. No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida.

Esta misma argumentación, hace más perentoria aún la necesidad de que los estados garanticen el cumplimiento de una sentencia nacional. El caso *Acevedo Jaramillo v. Perú* constituye un precedente importante acerca de ejecución de sentencias relativas a derechos sociales, pues se refiere al incumplimiento de órdenes de reposición emitidas por instancias internas desde el año 1996, en virtud al despido arbitrario de trabajadores de la Municipalidad de Lima, las mismas que no habían sido ejecutadas hasta 1999, año

112. Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001, parágrafo 138. En el mismo sentido Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, de 24 de agosto de 2010, parágrafo 139 y ss.

en que se presenta la denuncia ante la Comisión. En este asunto, la Corte no aceptó el argumento del estado peruano por el cual la falta de presupuesto suspendía los efectos de la sentencia a favor de las víctimas a reincorporarse a su plaza. En tal sentido, un factor económico –insuficiencias presupuestarias- no puede justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias¹¹³, algo que se considera sumamente grave “ya que implic[ó] que durante muchos años se afectar[a]n derechos laborales amparados en las mismas [sentencias]”.¹¹⁴

Igualmente, en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, la Corte analizó otro supuesto violatorio de las garantías judiciales, aunque en esta ocasión se trataba de las dificultades en la fase de admisibilidad de los recursos y el acceso a la justicia. En opinión de la Corte, ese “contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia” y en particular “el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas”¹¹⁵ (que no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo) se considera especialmente por ser el trabajo la fuente principalísima de acceso a condiciones de vida dignas. En tal sentido, como señaló la Comisión Interamericana en su informe sobre *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos supone:

[Una] obligación para los estados que no es sólo negativa --de no impedir el acceso a esos recursos-- sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.¹¹⁶

113. Corte IDH, *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Op. cit., parágrafo 225.

114. Ídem. parágrafo 278.

115. Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Op. cit., parágrafo 129.

116. CIDH. Informe sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema

De manera más reciente, en los casos de la *Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador* y *Tribunal Constitucional vs. Ecuador* se hace referencia también a la afectación de garantías procesales que terminan en última instancia, afectando la permanencia en el puesto de trabajo de las víctimas. En el caso *Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador* relativo a la destitución de los magistrados de este órgano, la Corte señaló que la destitución de los magistrados por un órgano que no tenía competencia para ello, mediante la aplicación errónea y arbitraria de una disposición legal y sin ser oídos, vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 23.1.c, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial.¹¹⁷ De esta manera, el derecho de acceso a la función pública se reinterpreta en el presente caso para darle un contenido social, vinculado a la permanencia en el puesto de trabajo. De manera similar, en el caso del *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, la Corte señaló que permitir durante más de año y medio la posibilidad de revertir la designación de los miembros de dicho tribunal, es decir, que no caduque en un lapso razonable esta posibilidad de analizar y revertir supuestos vicios formales en una designación de tanta importancia, afecta la garantía de estabilidad en el cargo.¹¹⁸

De esta forma, a los derechos laborales también se les aplican las garantías judiciales y el debido proceso (conclusión que puede fácilmente extraerse de los propios artículos de la Convención) y los intereses laborales son vistos como prioritarios al momento de evaluar la posible vulneración de los artículos 8 y 25 (aporte social a la lectura de tales normas). En todos los casos, sin embargo, razones de tipo económico y social no pueden justificar el incumplimiento de sentencias, extremo que forma parte de las garantías judiciales básicas en el marco de un Estado de Derecho.

3.4. Artículo 9. Principio de legalidad y retroactividad

La Corte interamericana hace uso de este principio fundamental para, de un lado, plantear su aplicación para poner fin a la relación

Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129, doc. 4, de 7 de septiembre de 2007.

117. Corte IDH, Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, de 23 de agosto de 2013, parágrafo 180.

118. Corte IDH, Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, de 28 de agosto de 2013, parágrafo 179.

laboral y, de otro, para señalar que se debería tener en cuenta la norma más favorable al trabajador y las consecuencias de no hacerlo.

En efecto, en el *caso Baena Ricardo (270 trabajadores) v. Panamá*, la Corte debe hacer frente a una demanda por el despido de trabajadores estatales por causas no existentes al momento de comisión de los hechos (participar en un paro nacional lo cual era visto como atentatorio de la democracia y el orden constitucional) “pese a que esta normativa (la que se les aplicaba temporalmente) beneficiaba más a los trabajadores estatales”.¹¹⁹ Esta última afirmación entra en diálogo con principios protectores del derecho del trabajo que también se ven como aplicables para evaluar el principio de legalidad y retroactividad consagrado en la Convención Americana. Considera que esto se justifica en el carácter indivisible de todos los derechos humanos incluso en aspectos tradicionalmente considerados ajenos a tal visión.

3.5. Artículo 16. Libertad de asociación y libertad sindical

La jurisprudencia de la Corte afirma el vínculo indisociable entre la libertad de asociación de la Convención americana (del grupo de los derechos civiles y políticos) con la libertad sindical (de claro contenido laboral). En efecto, en el caso Baena, la Corte entiende que la libertad de asociación debe ser analizada en relación con la libertad sindical pues:

158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos.

Esto último apunta a una lectura de derechos interdependientes e indivisibles que producen sinergia para el mejor resguardo de los derechos humanos en general. Unión conceptual que también se refleja en la utilización, por parte de la Corte, de mecanismos propios de los derechos laborales como son las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.¹²⁰ Asimismo, en el caso Huilca

119. Corte IDH, Baena Ricardo (270 trabajadores) Vs. Panamá. Op. cit., párrafo 113.

120. Ídem. párrafo 171. Para arribar a conclusiones sobre si el Estado vulneró el derecho a la libertad de asociación, la Corte toma particularmente en cuenta las afirmaciones contenidas en la demanda de la Comisión, las constancias que figuran en el expediente y las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT,

Tecse v. Perú, la Corte entiende que la ejecución extrajudicial de un dirigente sindical viola no sólo su derecho a la vida, sino también la libertad de asociación en su manifestación social, es decir, la libertad sindical. Esto último porque “el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho”.¹²¹

En el caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz v. Perú, otro supuesto de ejecución extrajudicial de dirigentes sindicales, la Corte entiende que la libertad de asociación, en su manifestación de libertad sindical, implica obligaciones negativas y positivas de prevenir los atentados contra tal libertad y proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad¹²². La Corte nuevamente recurre al Comité de Libertad Sindical de la OIT para reafirmar que “los derechos sindicales no pueden ser ejercidos en un contexto de impunidad frente a situaciones de violencia sindical caracterizadas, *inter alia*, por ejecuciones extrajudiciales”.¹²³

La libertad de asociación es, por la reiterada jurisprudencia de la Corte, un ejemplo claro de la necesidad -y también ventajas de realizar una lectura social de los derechos civiles y políticos que utilice tanto los contenidos de los DESC como los procedimientos creados para resguardarlos. Ciertamente, la ejecución de dirigentes sindicales no sería correctamente apreciada si no se evalúan también las consecuencias que estas muertes tenían en el movimiento sindical peruano en el contexto determinado del régimen de Alberto Fujimori.

al resolver el caso No. 1569, las cuales no fueron contradichas o desvirtuadas por el Estado, en relación con los siguientes hechos: a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales.

121. Corte IDH, *Huilca Tecse Vs. Perú*. Op. cit., párrafo 78.

122. Corte IDH, *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Op. cit., párrafo 144.

123. Ídem. párrafo 145.

3.6. Artículo 20. La nacionalidad de los niños y sus consecuencias en la educación primaria gratuita a la que tienen derecho

Ciertamente, el derecho a acceder a una educación primaria gratuita no es un derecho que se encuentre condicionado a la ostentación de determinada nacionalidad. No obstante, lo que la Corte enfatiza es que la falta de nacionalidad generaba, en el caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, una situación de extrema vulnerabilidad por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas que le impidió (en el caso de la niña Violeta Bosico) estudiar en una escuela por no contar con el acta de nacimiento¹²⁴. Pero no se trata solamente del acceso a la educación, sino también –señala la Corte- la obligación del Estado “de proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”.¹²⁵ Esto último no se lograba en el contexto de una escuela nocturna donde la niña debía estudiar con mayores de 18 años.

Cabe destacarse que la utilización del derecho a la educación se hace por la alegación del artículo 26 de la propia Convención americana y no por el artículo 20 sobre nacionalidad que aquí comentamos, pero lo que sí parece reflejo de una lectura integrada es el rechazo a la instrumentalización de un derecho civil para poder acceder a un derecho de naturaleza social (la educación).

3.7. El artículo 21 y el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, su lectura social y el derecho a la seguridad social

El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y la utilización que estos mismos han hecho del derecho liberal por excelencia, merecen una mención y desarrollo meticuloso que se hace en otro volumen de esta misma publicación por lo que el análisis se remite a esa parte del trabajo. No obstante, cabe señalarse aquí que los casos en que la Corte se ha referido a este tema como el de *Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, *Comunidad Moiwana v. Suriname*, *Comunidad Yakye Axa v. Paraguay*, *Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* y *Caso del Pueblo Saramaka v.*

124. Corte IDH, Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Op. cit., párrafo 175.

125. Ídem. párrafo 185.

*Suriname*¹²⁶, tocan uno de los aspectos más importantes y postergados del desarrollo jurídico en la región, cual es el régimen del derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

La jurisprudencia ha intentado llenar los enormes vacíos derivadas de la ausencia de una norma especializada en América Latina, pero también –como en el caso de la desaparición forzada de personas- intenta erigirse como un motor de la actividad normativa de los estados y los órganos internacionales encargados de apoyar ese proceso. La Corte asume un papel de liderazgo cuasi normativo que, si bien no puede generar una norma en sí misma, sí hace uso de los derechos ya previstos en la Convención para dotar de protección a las comunidades que recurren a su jurisdicción directamente, como al resto de comunidades de manera indirecta por la acción jurisprudencial de los propios estados. En este sentido, se busca un efecto reflejo que impulse a la jurisprudencia estatal para proteger a estos grupos particularmente vulnerables.

No obstante, hay dos líneas jurisprudenciales adicionales que merecen destacarse. De un lado, los efectos devastadores de la falta de propiedad como consecuencia de un contexto de violencia generalizada, como se manifestó en el caso de Masacres de Ituango v. Colombia, y, de otro, el derecho de propiedad sobre la pensión de cesantía en el contexto de la regulación laboral.

En efecto, en el primero de los casos mencionados, la Corte expresa que el robo, por parte de los paramilitares, de 1200 cabezas de ganado a los civiles de una población llamada El Aro, rompe una forma de vida en que “las características del corregimiento y de las actividades cotidianas de sus habitantes (hace que se desprenda) una estrecha vinculación entre éstos y el ganado, dado que el principal medio de subsistencia para esa población consistía en el cultivo de la tierra y la crianza del ganado. En efecto, el daño sufrido por las personas que perdieron su ganado, del cual derivaban su sustento, es de especial magnitud. Más allá de la pérdida de su principal fuente de ingresos y de alimento, la manera en la que el ganado fue sustraído con la colaboración explícita e implícita por parte de miembros del Ejército, elevó el sentimiento de impotencia y vulnerabilidad de los

126. Cabe señalar que el Pueblo Saramaka no es considerado, en estricto, un pueblo indígena, pues “fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam”. De este modo, entendiéndolo un pueblo tribal con elementos sociales, culturales y económicos particulares, la Corte consideró que requieren medidas de protección especiales, a semejanza de un pueblo indígena.

pobladores".¹²⁷ Con algunas ideas que también parecen provenir de las normas del Derecho internacional humanitario aplicable a la situación colombiana, la Corte enfatiza el derecho de propiedad de bienes que son indispensables para la supervivencia de la población civil. Esto no sólo refleja la relación que existe con este cuerpo normativo ad hoc, sino sobre todo los efectos económicos y sociales de la privación de propiedad en el contexto específico de la población civil en zona de conflicto. En este sentido, se evalúan las consecuencias económicas y sociales que tal hecho genera para afirmar un derecho de la propiedad que debe ser resguardado por tratarse de personas que tienen en esos bienes la única forma de sobrevivir.

Finalmente, un supuesto particularmente interesante se refiere al tema de las pensiones y la seguridad social y, en concreto, del caso Cinco pensionistas v. Perú. La Corte es categórica al afirmar que:

102. (...) [E]l artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas.

Por lo que:

121. La Corte constata (...) que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstas (*infra* Capítulo VIII), violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención (...) en cuanto fueron conculcados los derechos reconocidos en dichas sentencias.

De esta forma, las pensiones son objeto de protección a través del derecho de propiedad de la Convención dándose cabida a un claro derecho de tipo económico y social consagrado en el Protocolo de San Salvador. Frente a esto, no cabe, como intentó el Estado peruano, afirmar la falta de competencia de la Corte porque el derecho de los pensionistas se subsume en el ámbito de aplicación material

127. Corte IDH, *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, de 1 de julio de 2006, párrafo 178.

del derecho de propiedad. Tampoco la Corte admite la posibilidad de imponer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los DESC (artículo 5 del Protocolo de San Salvador) en este caso por no cumplirse “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. Con lo que la Corte no sólo analiza la lógica de la limitación de los derechos sociales, sino que pone una segunda barrera a tal posibilidad de restricción, al afirmar que “si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana”¹²⁸.

3.8. Artículo 24. La igualdad ante la ley en lectura social

3.8.1. Las exigencias de igualdad de los migrantes indocumentados

La Corte interamericana ha afirmado la obligación de los estados de proteger los derechos laborales de los migrantes indocumentados. En efecto, en la Opinión Consultiva No. 18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados afirma que los Estados “tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna”¹²⁹.

Adicionalmente, comprende, dentro del ámbito personal de esta obligación, a terceros particulares -que suelen ser los empleadores directos- señalando la eventual responsabilidad internacional que se generaría para el estado “cuando tolera acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos, pero con algún tipo de discriminación”

Con esto, la Corte impone una obligación positiva para el estado que se justifica también por la particular situación de los migrantes indocumentados y la necesidad de acceder a los derechos laborales como forma de desarrollar un proyecto de vida digna, pero también

128. Corte IDH, *Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Op. cit., párrafo 116.

129. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*. Op. cit., párrafo 153.

de ejercer, en un plano de igualdad con el resto de la población, derechos de tipo laboral. Precisamente esta lectura del principio de igualdad ante la ley faculta a la Corte a afirmar “que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.”^{130 131}

3.8.2. La igualdad de género y derechos laborales

En el año 2001 la Comisión Interamericana conoció el caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala* en el que se alegó que diversas disposiciones internas definían el papel de cada cónyuge en el matrimonio, estableciendo distinciones entre hombres y mujeres que resultaban discriminatorias. En concreto, se indicó que se confería al marido la representación y la administración del patrimonio conyugal; mientras que la esposa tenía “el derecho y la obligación” especial de cuidar de los hijos menores y del hogar. Igualmente, se establecía que una mujer casada “sólo puede ejercer una profesión o tener un empleo cuando ello no perjudique sus funciones de madre y ama de casa” y que además si el marido tenía razones justificadas, podía oponerse a la mujer realice fuera del hogar. Al respecto, la Comisión consideró que las distinciones basadas en el género establecidas en los artículos impugnados no pueden justificarse y contravienen el derecho a la igualdad. Con ello, tuteló el goce igualitario de los derechos laborales de las mujeres.¹³²

De modo similar, encontramos en la Comisión el caso *Mónica Carabantes Galleguillos Vs. Chile*, en el que se alegó la desigualdad en el goce del derecho a la educación por motivos de género, en virtud a “la negativa de los tribunales de dicho país a sancionar la injerencia

130. Ídem. parágrafo 160.

131. Para un estudio acerca de las implicancias del derecho a la igualdad de las personas migrantes, véase CHOLEWINSKI, Ryszard. “The human and labor rights of migrants: visions of equality”. *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 22, n° 2, 2008.

132. CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, Informe de fondo N° 4/01, de 19 de enero de 2001, parágrafo 39.

abusiva en la vida privada de Mónica Carabantes Galleguillos, quien reclamó judicialmente la decisión del colegio privado que la expulsó por haber quedado embarazada.”¹³³ Si bien este asunto culminó mediante un acuerdo de solución amistosa, es importante destacar que en la propuesta del estado está implícito el reconocimiento de que los hechos del caso constituyen una afectación al derecho de igualdad de la peticionaria. Cabe notar además que, en esta ocasión, como en varias otras, el proceso ante la Comisión propició encuentros entre las partes, favorecidos por el esfuerzo que ésta realiza para la concreción de acuerdos de solución amistosa que permiten dar respuesta efectiva a la afectación de derechos sociales.

4. CONCLUSIONES

En el marco del sistema interamericano, -al igual que en el universal y los demás regionales- el diseño de la normativa y los mecanismos de protección en materia de DESC no se ha desarrollado de modo tal que garanticen *per se* completa y uniformemente el resguardo de estos derechos. No obstante, ello no ha impedido que los DESC sean -aunque indirectamente tutelados por los órganos de protección de derechos humanos del sistema. Ciertamente, la Corte y Comisión Interamericanas han utilizado una lectura “social” de los derechos civiles y políticos contenidos en la Convención Americana para evitar sus límites materiales y responder a las múltiples demandas de los ciudadanos latinoamericanos en materia social.

A partir de ello, el derecho a la vida se ha ampliado para entenderse como vida digna e incluir, de este modo, el derecho a la educación y la salud de los niños y niñas, los derechos laborales de las personas migrantes, el acceso a la tierra y recursos naturales de los pueblos indígenas y el cuidado especial que merecen las personas con discapacidad mental. Asimismo, una interpretación social del derecho a la integridad personal ha permitido proteger el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, a lo que se suma el derecho a la educación cuando se trata de niños reclusos. De otro lado, la protección y garantías judiciales, requieren procesos y recursos que tengan en cuenta el derecho consuetudinario, valores y usos de las comunidades indígenas e igualmente, exige la ejecución de sentencias de carácter laboral, sin constituir las insuficiencias

133. CIDH, *Mónica Carabantes Galleguillos vs. Chile*, Petición 12.046, Informe de solución amistosa N° 32/02, de 12 de marzo de 2002, parágrafo. 1.

presupuestarias motivo válido para excluirse de su cumplimiento. Por último, esta estrategia de la Corte ha dado como resultado que el principio de legalidad y retroactividad permita proteger contra despidos arbitrarios; que la libertad sindical sea tutelada como manifestación de la libertad de asociación; que el derecho a la educación de niños y niñas se garantice con independencia de su nacionalidad; y que se asegure la igualdad de condiciones en el goce de derechos laborales de las mujeres y de las personas migrantes, sean estos documentados o no.

Son estos entonces los estándares fijados por la Corte y la Comisión en la materia hasta el momento. Es justo mencionar que esta estrategia de ampliación de los derechos civiles y políticos presenta ciertas limitaciones, pues la Corte solo puede moverse dentro del universo de casos que llegan a su conocimiento. A pesar de no ser quizás el escenario ideal, la protección que permite brindar es innegable. En cualquier caso, resulta de suma importancia verificar que la línea jurisprudencial utilizada por la Corte interamericana propone una visión integral de todos los derechos humanos que influye –y debe influir– en la actividad estatal. En efecto, la finalidad última del sistema interamericano no es únicamente responder *ex post* a los casos de violaciones concretas, sino que de lo que se trata es de construir un sistema de derechos que pueda ser aplicado en todo momento por los estados, de una manera general y preventiva. En este sentido, creemos que el mensaje de la Corte es claro al indicar a los estados que la lectura contemporánea de los derechos contenidos en la Convención debe incluir necesariamente los aspectos sociales de los mismos, máxime en un continente donde los niveles de pobreza y la falta de acceso a los servicios básicos demandan permanentemente la visibilidad de los DESC.

LA REVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN CONTEXTOS DE CRISIS¹

Felipe Gómez Isa

Profesor Titular de Derecho Internacional Público e Investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar las obligaciones jurídicas internacionales que asumen los Estados en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y ver hasta qué punto dichas obligaciones se pueden modular en función de la situación de crisis financiera internacional en la que estamos inmersos desde agosto de 2008. El Derecho internacional de los derechos humanos impone obligaciones cada vez más claras y más precisas a los Estados en materia de DESC, pero, a su vez, ese mismo Derecho internacional ofrece mecanismos jurídicos flexibles para acomodar los imperativos derivados de las respuestas que los Estados necesariamente tienen que dar a la situación de profunda crisis económico-financiera que estamos padeciendo. El riesgo ante una situación de esta naturaleza es que, como en muchas ocasiones ha ocurrido, los DESC acaben pagando los platos rotos de una crisis causada por los excesos de un capitalismo financiero global desbocado y alérgico a cualquier tipo de límite y de regulación². En este contexto, y siendo plenamente conscientes de la especial debilidad que aqueja a los mecanismos

1. Este artículo es un a versión ampliada y actualizada del que figura en GÓMEZ ISA, Felipe: "La reversibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en contextos de crisis", en BONET PÉREZ, Jordi y SAURA ESTAPÁ, Jaume (Eds.): *El Derecho internacional de los derechos humanos en periodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 187-204.

2. Aunque "el contenido del Derecho Internacional Público vigente es proclive a una globalización más equitativa", el propio Jordi Bonet es plenamente consciente de sus limitaciones en lo concerniente a su labor como regulador de la actividad económica y como condicionante de las políticas económicas y sociales, en BONET, Jordi: "Las funciones del Derecho Internacional Público y las políticas económicas y sociales estatales: algunas consideraciones sobre su interacción", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. 78, 2009, p. 743.

de exigibilidad de los DESC en el plano tanto interno como internacional³, vamos a demostrar cómo el Derecho internacional establece una serie de límites, una suerte de líneas rojas en materia de DESC, que los Estados no deberían sobrepasar⁴.

2. NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN EL ÁMBITO DE LOS DESC

La afirmación de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos que figuran en la mayor parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos⁵ no deja de ser en muchos casos más que una afirmación retórica que esconde una realidad marcada por una clara preferencia por la satisfacción de los derechos civiles y políticos en detrimento de los denominados derechos de segunda generación. Una de las razones aducidas para justificar los déficits en el campo de los DESC es la diferente naturaleza de las obligaciones que derivan de las distintas categorías de derechos. Así, mientras los derechos civiles y políticos (DCP) entrañarían obligaciones de carácter *inmediato*⁶, en cambio, los DESC originan obligaciones *progresivas*. Es este carácter progresivo el que ha dado

3. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

4. SAIZ, Ignacio: "Rights in Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis", *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 1, nº 2, 2009, pp. 277-293.

5. En el preámbulo común de los dos Pactos Internacionales de derechos humanos de 1966 se afirma que "... con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales". Ver al respecto el estudio de BLANC ALTEMIR, Antonio. "Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal". En BLANC ALTEMIR, Antonio (Ed.): *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 13-35.

6. Como señala el artículo 2.1. del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), "cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a *respetar* y a *garantizar* a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...". Asimismo, cada Estado parte "se compromete a adoptar... las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para *hacer efectivos* los derechos reconocidos en el presente Pacto..." (artículo 2.2.). Finalmente, cada Estado se compromete a garantizar que "toda persona cuyos

lugar a una gran cantidad de problemas interpretativos en lo tocante al alcance de los DESC, aunque, por otro lado, es el origen de uno de los núcleos centrales de este artículo: la prohibición de regresión en materia de DESC.

Es el artículo 2.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC)⁷ el que subraya la naturaleza progresiva de dichos derechos. Como reza esta disposición,

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...* la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (la cursiva es nuestra).

Desde los mismos inicios de la puesta en marcha del PIDESC y la posterior creación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se era consciente de que uno de sus principales desafíos iba a ser precisamente el clarificar la naturaleza y las implicaciones para los Estados de las obligaciones dimanantes de ese carácter progresivo de los DESC⁸. Para tratar de arrojar luz al respecto se convocó en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Limburg (Maastricht) a un grupo de personas expertas en la materia, entre las que se encontraban varios miembros del Comité DESC. El resultado más visible de esta fructífera reunión fueron los denominados *Principios de Limburg sobre la Implementación del PIDESC*⁹, que sirvieron de guía y de fuente de inspiración al Comité DESC durante sus primeros años de trabajo¹⁰. Uno de los elementos más importantes de estos Principios

derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo...*" (artículo 2.3.a)) (la cursiva es nuestra).

7. Uno de los estudios más lúcidos sobre el PIDESC es el de CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1998 (with corrections).

8. Ver al respecto el estudio seminal de ALSTON, Philip: "Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, pp. 332-381.

9. *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/CN.4/1987/17. Estos Principios también figuran en *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, pp. 122-135.

10. Un análisis retrospectivo del contenido e impacto de los Principios de Limburg se puede encontrar en COOMANS, Fons: "The Limburg Principles on Socio-Economic

es que, además de afirmar que del Pacto derivan varias obligaciones de carácter inmediato¹¹, todos los Estados parte del PIDESC “tienen la obligación de comenzar inmediatamente a tomar medidas para el cumplimiento de las obligaciones que derivan del Pacto”¹². Sobre la base de las directrices enunciadas por estos Principios el Comité DESC elaboró en 1990 su famosa Observación general n° 3, relativa a “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”¹³. Nos encontramos ante uno de los intentos más serios y sistemáticos de precisar el alcance de las obligaciones progresivas que los Estados asumen en materia de DESC¹⁴.

En primer lugar, el Comité comienza reconociendo que “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato”¹⁵. Esto supone romper con la distinción tajante que se ha venido haciendo entre las obligaciones inmediatas que derivan del PIDCP y las progresivas del PIDESC, como ya hemos señalado anteriormente.

Es en lo concerniente a la naturaleza progresiva de las obligaciones que resultan del PIDESC donde el Comité vierte las afirmaciones más clarificadoras. El Comité parte de la constatación de una realidad, y es que los DESC se enfrentan a una enorme dificultad derivada de la ausencia de suficientes recursos económicos en muchos países del mundo para garantizar su plena efectividad, lo que les dota de un carácter *gradual*; a medida que los Estados vayan avanzando en sus niveles de desarrollo podrán ir asumiendo mayores cotas de responsabilidad en el terreno de los DESC. En palabras del órgano supervisor del PIDESC, “la plena efectividad de todos

Rights”, en FORSYTHE, David (Ed.): *Encyclopedia of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, Vol. 3, pp. 448-452.

11. Como señala el principio 22, “some obligations under the Covenant require immediate implementation in full by all States parties, such as the prohibition of discrimination in article 2.2. of the Covenant”.

12. Principio 21.

13. UN Doc. E/1991/23.

14. Un análisis exhaustivo de esta Observación general figura en SEPULVEDA, Magdalena: *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia-Hart, Antwerp, 2002. Ver también COOMANS, Fons: “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. From Stepchild to Full Member of the Human Rights Family”, en GÓMEZ ISA, Felipe and DE FEYTER, Koen (Eds.): *International Human Rights Law in a Global Context*, Deusto University Press, Bilbao, 2009, pp. 304 y ss.

15. UN Doc. E/1991/23, para. 1.

los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo”¹⁶. Ahora bien, este carácter gradual no significa que los Estados no asuman ninguna obligación y que ostenten una total libertad al respecto. Como pone de relieve el Comité, “el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”¹⁷. El Comité es consciente de la necesidad de abordar estas obligaciones con una “flexibilidad... que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad” de los DESC¹⁸ (la cursiva es nuestra). Es en este contexto donde el Comité va a formular las reflexiones más interesantes desde el punto de vista de la prohibición de regresividad en materia de DESC. Para el Comité, “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo... requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”¹⁹. Es decir, cualquier medida regresiva en materia de DESC debe partir, en primer lugar, de un cuidadoso estudio de su impacto y teniendo en cuenta su necesidad para poder garantizar así el conjunto de los derechos previstos en el Pacto. Además, el Estado que pretenda adoptar una medida de este tipo debe tener en cuenta todos los recursos de los que dispone, incluyendo los provenientes de la cooperación internacional²⁰. Ello nos lleva a introducir un elemento clave a la hora de evaluar la compatibilidad o no de medidas regresivas con el PIDESC: la cuestión de las *prioridades*. Un Estado debe tener en cuenta sus obligaciones internacionales en materia de DESC a la hora de introducir recortes sociales, sopesando en todo momento si no hay otras partidas del gasto público que no tienen tal grado de prioridad. Por ejemplo, en el caso del derecho al

16. *Ibid.*, para. 9.

17. *Ibidem*.

18. *Ibidem*.

19. *Ibidem*.

20. El papel de los recursos de la cooperación internacional ha sido analizado por el Comité en el párrafo 13 de la Observación general n° 3 que venimos comentando. Un estudio de la obligación internacional de cooperar en el marco del PIDESC en GÓMEZ ISA, Felipe: “Transnational Obligations in the Field of Economic, Social and Cultural Rights”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 18, 2009, pp. 1-30.

disfrute del más alto nivel posible de salud el Comité ha señalado que “las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población”²¹.

Una de las consecuencias más importantes de este debate en torno a las prioridades del gasto público es que cuando un Estado pretende introducir normas o políticas públicas de carácter regresivo se invierte la carga de la prueba, es decir, le corresponde al Estado demostrar la necesidad de las medidas propuestas y su pertinencia desde el conjunto de los derechos reconocidos en el PIDESC. Este es el sentido de las palabras del Comité DESC cuando aborda las obligaciones del Estado en relación con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. En su opinión,

al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte²².

Sobre la base de estas afirmaciones, Christian Courtis ha señalado que el Estado que pretenda aprobar medidas regresivas va a tener que demostrar, en primer lugar, que existe un “interés estatal calificado”. A continuación, el Estado deberá argumentar “el carácter imperioso de la medida”, para, por último, poner sobre la mesa “la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos

21. Observación general n° 14, UN Doc. E/C.12/2000/4, para. 19.

22. *Ibidem.*, para. 32. Ver en el mismo sentido Observación general n° 17, *El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)*, UN Doc. E/C.12/GC/17, para. 27; Observación general n° 21, *El derecho de toda persona a participar en la vida cultural*, E/C.12/GC/21/Rev.1.

del derecho en cuestión”²³. Además, “el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar qué otros derechos previstos en el Pacto se vieron favorecidos por la medida”²⁴.

Además, en la Observación general n° 3 el Comité elabora un concepto que adquiere carta de naturaleza a partir de ahí²⁵ y que ha resultado fundamental para precisar aún más el alcance de las obligaciones que derivan del artículo 2.1 del PIDESC. Nos estamos refiriendo al concepto del *nivel esencial* de cada uno de los derechos²⁶. Como afirma el Comité, “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”²⁷. Y es que, prosigue el Comité, “si el Pacto de ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser”²⁸. Por otro lado, el Comité se muestra consciente de que la limitación de recursos en un país puede afectar seriamente su capacidad para cumplir incluso con esas obligaciones mínimas. Es por ello que “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”²⁹

23. COURTIS, Christian: *El Mundo Prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*. Fontamara, Fontamara, México, 2009, p. 86.

24. *Ibidem*, p. 87.

25. Los Principios de Limburg ya se habían referido a la noción de “minimum subsistence rights for all” (Principio 25), pero es con la Observación general n° 3 y otras posteriores sobre derechos específicos con las que se perfilan los contornos del concepto de *nivel esencial de los derechos*.

26. Un estudio muy completo del concepto de niveles esenciales de los derechos a la luz de cada uno de los derechos consagrados en el PIDESC se encuentra en CHAPMAN, Audrey and RUSSELL, Sage (Eds.): *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerp, 2002.

27. UN Doc. E/1991/23, para. 10. Este concepto de niveles esenciales de los DESC ha pasado a formar parte de los requisitos que el Comité exige para analizar los niveles de satisfacción de los diferentes derechos. Así, en la Observación general n° 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada, el Comité subraya que “el Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre” (UN Doc. E/C.12/1999/5, para. 17).

28. UN Doc. E/1991/23, para. 10.

29. *Ibidem*.

(la cursiva es nuestra). En este sentido, en el contexto del derecho al agua, el Comité considera que un Estado Parte “no puede justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 37 *supra*, que no pueden suspenderse”³⁰. En consecuencia, la adopción de medidas regresivas que sean incompatibles con dichas obligaciones básicas constituiría una violación del derecho al agua³¹. Por lo tanto, podemos concluir que el Comité está estableciendo una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte a la satisfacción de niveles esenciales de los derechos reconocidos en el PIDESC³².

Finalmente, el Comité DESC realiza afirmaciones muy interesantes en cuanto a la protección de los derechos socio-económicos de los grupos más vulnerables de la sociedad. Como resalta el Comité, “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad”³³. Por lo tanto, ésta debe ser una clara directriz para los Gobiernos en el marco de la actual crisis; cualquier medida que se adopte para tratar de aliviar los efectos de la crisis económica debe tener en cuenta la obligación de proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad³⁴. En el caso del derecho al agua, por ejemplo, el Comité ha enfatizado que una de las obligaciones mínimas que tienen los Estados Parte del Pacto es “adoptar programas de agua orientados a fines concretos y de relativo bajo costo para proteger a los grupos vulnerables y marginados”³⁵. En la misma línea, en el contexto del derecho al disfrute del más

30. Observación general n° 15, UN Doc. E/C.12/2002/11, para. 40.

31. *Ibid.*, para. 42.

32. COURTIS, Christian: *El Mundo Prometido...*, *op. cit.*, p. 62. A esta conclusión llegaron también las *Directrices de Maastricht sobre las Violaciones a los DESC*, Directriz n° 14, elaboradas por un grupo de expertos al cumplirse el décimo aniversario de los Principios de Limburg. Se pueden consultar en *Human Rights Quarterly*, Vol. 20, 1998, pp. 691-705. Un interesante análisis sobre estas Directrices figura en VAN BOVEN, Theodore, FLINTERMAN, Cees, WESTENDORP, Ingrid (Eds.): *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, SIM Special N° 20, 1998.

33. UN Doc. E/1991/23, para. 12.

34. *Bringing Human Rights to Bear in Times of Crisis: A Human Rights Analysis of Government Responses to the Economic Crisis*, ESCR-Net, 2010. En la misma línea *Human Rights and the Global Economic Crisis: Consequences, Causes and Responses*, Center for Economic and Social Rights, New York, 2009.

35. Observación general n° 15, UN Doc. E/C.12/2002/11, para. 37 h).

alto nivel posible de salud, el Comité ha recordado la obligación que tienen los Estados de poner a disposición, de hecho y de derecho, de los sectores más vulnerables y marginados de la sociedad “los establecimientos, bienes y servicios de salud”³⁶.

3. LA PRIVATIZACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS³⁷

Al calor de la crisis financiera que estamos viviendo se están tomando medidas que avanzan hacia la progresiva privatización de determinados servicios esenciales como pueden ser los servicios sanitarios. En este punto, debemos reconocer que existen ciertos límites que los Estados deben tener en cuenta a la hora de adoptar determinadas decisiones. Los programas de privatización han proliferado enormemente a lo largo y ancho del planeta en las dos últimas décadas. Hasta ahora, el enfoque que ha primado a la hora de analizar la privatización se ha centrado exclusivamente en los aspectos económicos, asumiendo que las diferentes formas de privatización son la mejor manera para incrementar la eficiencia económica, la flexibilidad y la calidad en la provisión de servicios³⁸; la privatización también se ha contemplado como una forma de elevar los ingresos por parte del Estado y de reducir la interferencia gubernamental en la economía, lo que abre las puertas a una mayor competencia³⁹. Esta aproximación económica no ha tenido en absoluto las posibles implicaciones que para los derechos humanos puede tener un proceso de privatizaciones⁴⁰. Sólo muy recientemente se

36. Observación general nº 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, UN Doc. E/C.12/2000/4, para. 12 b).

37. Un análisis mucho más extenso y profundo se puede encontrar en DE FEYTER, Koen and GÓMEZ ISA, Felipe (Eds.): *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005. Ver también HALLO DE WOLF, Antenor: *Reconciling Privatization with Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2012; NOWAK, Manfred: *Human Rights or Global Capitalism: The Limits of Privatization*, University of Pennsylvania Press, 2016.

38. *Building Better Partnerships. The Final Report of the Commission on Public Private Partnerships*, IPRP London, 2001, p. 253.

39. Para los principales argumentos a favor de un proceso intenso de privatizaciones ver MEGGINSON, William: “Privatization in perspective: the last twenty years”, en *Teoría y Política de privatizaciones: su contribución a la modernización económica. Análisis del caso español*, Fundación SEPI, Madrid, 2004, pp. 45 y ss.

40. Es sorprendente que cuando examinamos la literatura existente sobre privatizaciones, la dimensión que tiene que ver con los derechos humanos se encuentra absolutamente ausente. Existen algunos análisis sobre los efectos de

han comenzado a examinar con carácter crítico los posibles impactos en los derechos humanos, cuando los procesos de privatización han empezado a afectar a sectores como la salud, la educación, la seguridad social o la provisión de agua potable y saneamiento. Tanto parte de la comunidad académica⁴¹ como activistas⁴² e, incluso, algunos órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, han expresado sus preocupaciones por los eventuales impactos que los procesos de privatización pueden llegar a tener para un adecuado disfrute de los derechos humanos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, al considerar el informe inicial de la República checa sobre la implementación del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), identificó en sus Observaciones Finales como uno de los principales elementos de preocupación el que “la insuficiencia de los sistemas de seguridad social durante el proceso de reestructuración y privatización haya tenido efectos negativos para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular por parte de los grupos más desfavorecidos y marginados”⁴³. Como resultado de esta preocupación creciente, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas convocó un Día de Discusión General en septiembre de 2002 para examinar en detalle “El Sector privado como prestador de servicios y su papel en la implementación de los derechos de la infancia”, hasta ahora una de las aproximaciones más sistemáticas y completas del impacto de los procesos de privatización en los derechos humanos en general y en los derechos de la infancia, en particular. Al mismo tiempo que

la privatización en la distribución de la riqueza, pero no desde el ángulo de los derechos humanos. Acerca del impacto de la privatización sobre la distribución de la riqueza ver RAMANADHAM, Venkata: “The impacts of privatization on distributional equity”, en RAMANADHAM, Venkata (ed.): *Privatization and Equity*, Routledge, London, 1995, pp. 1-34; SHESHINSKI, Eytan and LÓPEZ-CALVA, Luis: “Privatization and its Benefits: Theory, Evidence and Challenges”, en BASU, Kaushik, NAYAK, Bhavan, and RAY, Ranjan (eds.): *Markets and Governments*, Oxford University Press, New Delhi, 2003.

41. DRENT, Elizabeth: “Privatization of basic services in Canada: Some recent experiences”, *ESR Review* n° 4, 2003.

42. SHIVA, Vandana: *Water Wars: Privatization, pollution and profit*, South End Press, Cambridge, MA, 2002; GAVALDÁ, Marc: “La guerra del agua en Bolivia”, en *Agua, ¿Mercancía o Bien Común?*, Alikornio Ediciones, Barcelona, 2003, pp. 323-345.

43. *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Czech Republic*, E/C.12/1/Add.76, 5 de junio de 2002, para. 10.

el Comité daba la bienvenida al papel que desempeñan los actores no estatales, incluyendo las ONGs y las empresas, declaró que estaba “cada vez más preocupado por la tendencia hacia una mayor privatización, incluso en aquellos servicios que se dirigen a cubrir necesidades básicas como la salud, la educación o el agua”⁴⁴. Esta llamada de atención por parte del Comité surge por la tendencia en los procesos de privatización a dejar en manos privadas no sólo las empresas de carácter público, sino también servicios esenciales que descansan en derechos humanos reconocidos internacionalmente. Todas estas preocupaciones han sido resumidas de la siguiente forma por Sihaka Tsemo⁴⁵, Representante Regional para el Sur de África de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

- 1) El establecimiento de un sistema a diferentes velocidades, con un sector privado centrado en las capas más favorecidas de la población y un sector público con crecientes problemas de financiación dirigido a atender las necesidades de los más pobres.
- 2) La potenciación de una “fuga de cerebros” del sector público al sector privado, atraídos por mayores salarios y mejores infraestructuras.
- 3) Un énfasis en los objetivos económicos y de rentabilidad a expensas de objetivos de carácter social.
- 4) Un sector privado cada vez más poderoso que puede acabar poniendo en serios apuros el rol del Estado como el principal responsable de la garantía de los derechos humanos al subvertir los sistemas reguladores mediante la presión política y la cooptación de los reguladores.

Otros signos de preocupación tienen que ver con la posibilidad de una desigual distribución de los recursos y de los servicios asociada a los procesos de privatización⁴⁶, que afecta fundamentalmente a los

44. *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider and its Role in Implementing Child Rights*, 31st Session, UN Doc. CRC/C/121, 20 de septiembre de 2002, p. 4.

45. TSEMO, Sihaka: “Privatization of basic services, democracy and human rights”, *ESR Review* n° 4, 2003.

46. STEINHERR, Alfred: “The Future of Privatization”, en *Teoría y Política de Privatizaciones: su contribución a la modernización económica...*, op. cit., p. 955.

grupos más vulnerables de la sociedad, siendo Rusia, China y algunos otros países en transición los ejemplos más elocuentes.

En principio, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos guarda una postura neutral en materia de privatizaciones, no se posiciona ni a favor ni en contra de la privatización⁴⁷. Esta opción ha sido mantenida firmemente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su famoso Comentario General n° 3 sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados parte que resultan del PIDESC. El Comité observa que el Pacto es neutral en lo concerniente a los sistemas económicos, siempre que el Estado de que se trate sea democrático y se muestre comprometido con la protección de los derechos consagrados en el Pacto. Tal y como señala en el párrafo 8 del mencionado Comentario General,

El Comité observa que el compromiso de ‘adoptar medidas... por todos los medios apropiados’... ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laisser-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos... se reconozcan...⁴⁸.

Como podemos ver claramente, no se excluye la privatización, siempre que no vaya en detrimento de una efectiva realización de todos los derechos humanos. Esta visión también la encontramos en la Convención sobre Derechos del Niño (1989). El artículo 3.1, uno

47. HUNT, Paul: “The international human rights treaty obligations of state parties in the context of service provision”, en *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider...*, op. cit., pp. 4-5.

48. Comentario General n° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Parte (artículo 2.1 del Pacto)*, E/1991/23, Anexo III, para. 8.

de las disposiciones clave de la Convención, al establecer el principio básico que debe presidir los derechos de la infancia, el *interés superior del niño*, establece lo siguiente: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o *privadas* de bienestar social..., una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño” (la cursiva es nuestra). La Convención está asumiendo que algunos de los servicios que afectan a los derechos de la infancia pueden ser prestados por instituciones privadas. Lo importante es que estas instituciones también se guíen por el principio del interés superior del niño a la hora de prestar sus servicios.

Aunque, como acabamos de ver, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es neutro respecto de la privatización, tenemos que descubrir hasta qué punto puede poner límites o condiciones a la forma en como un determinado proceso de privatización se lleva a cabo. El Estado no puede abdicar de las responsabilidades que se le derivan de las obligaciones en materia de derechos humanos que ha asumido; la privatización no libera a los Estados de sus obligaciones⁴⁹. Los Estados siguen siendo los principales responsables de las obligaciones en materia de derechos humanos, y tienen que respetar, proteger y cumplir todos los derechos humanos. En suma, el Estado es el *último responsable* de la garantía de los derechos humanos. Esta visión fue enfatizada por las Directrices de Maastricht sobre las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con estas significativas Directrices,

desde el final de la Guerra Fría hemos asistido a una tendencia en prácticamente todas las regiones del mundo en el sentido de reducir el papel del Estado y confiar en el mercado para la solución de los problemas relativos al bienestar humano... Ya no podemos dar por sentado que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales depende exclusivamente de

49. Esta postura ha sido subrayada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Costello-Roberts*. En este caso, el Tribunal declaró al Reino Unido responsable por actos que habían tenido lugar en una escuela de titularidad privada. Tal y como sostuvo el Tribunal de Estrasburgo, el Estado no puede “... evadir su responsabilidad delegando sus obligaciones a actores privados o a individuos”, en *Costello-Roberts v. United Kingdom*, ECtHR, Series A, N.º. 48, para. 27. Una posición muy similar ha sido mantenida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en sus Observaciones Finales al informe inicial presentado por Israel. El Comité declaró que “un Estado parte no puede eludir las obligaciones que derivan del Pacto privatizando funciones gubernamentales”, E/C.12/1/Add. 27, 4 de diciembre de 1998, para. 11.

la actuación del Estado, aunque, desde el punto de vista del Derecho Internacional, el Estado continúa siendo el *último responsable* de la garantía de realización de esos derechos...⁵⁰ (la cursiva es nuestra).

Tomando en debida consideración esta idea del Estado como el último responsable de las obligaciones en materia de derechos humanos, es obvio que el Estado tiene el derecho y el deber de imponer límites y condiciones a los procesos de privatización⁵¹. Este deber nos conduce a la necesidad de llevar a cabo un enfoque de derechos humanos de la privatización; las preocupaciones relativas a los derechos humanos deben estar presentes en todo proceso privatizador desde sus mismos inicios. Hay dos aspectos en los que el Estado tiene algo que decir: en primer lugar, la propia decisión de privatizar un determinado servicio que afecta a obligaciones de derechos humanos; en segundo lugar, el funcionamiento del servicio una vez que ha pasado a manos privadas.

En lo que concierne a la decisión de privatizar un determinado servicio, el Estado debe sopesar con mucho cuidado sus potenciales implicaciones en materia de derechos humanos. Los Estados deberían llevar a cabo una *evaluación del impacto en los derechos humanos* antes de tomar la decisión de privatizar. Paul Hunt ha defendido con fuerza la necesidad de estudios de impacto en los derechos humanos; todo proceso de privatización "debería ir precedido por un estudio de impacto independiente, objeto y público en el derecho de que se trate"⁵². El elemento clave es hasta qué punto el Estado puede manejar el proceso de privatización de tal manera que asegure los derechos humanos básicos y si ese mismo Estado puede garantizar que los actores privados también respeten esos derechos⁵³. Esto ha llevado a Bertrand Charrier, Director Ejecutivo de Green Cross International

50. *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* (1997), in *Human Rights. Maastricht Perspectives*, Maastricht, Maastricht Centre for Human Rights, 1999, p. 22, para. 2.

51. Según el artículo 2.3 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986, "los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste".

52. P. HUNT, *op. cit.*, p. 5.

53. *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider and its Role in Implementing Child Rights*, *op. cit.*, p. 6.

y con una amplia experiencia en el área de la provisión de agua y la protección de los recursos naturales, a defender que si el Estado no está en una posición que le permita supervisar todo el proceso de privatización (algo que es muy común en muchos países en vías de desarrollo), contando además con una potente sociedad civil que pueda controlar la dirección del proceso, la decisión de privatizar no se debería tomar⁵⁴. Todo el proceso de toma de decisiones alrededor de una privatización debería ir acompañado de una total transparencia y una adecuada diseminación de información⁵⁵. La única forma en virtud de la cual la sociedad civil puede participar en el proceso⁵⁶, elemento esencial en cualquier proceso de privatización, es mediante una plena transparencia y una adecuada información que garantice el derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” que está reconocido en el artículo 19.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Una plena diseminación de la información es también una forma de tratar de evitar la corrupción, un elemento que, desgraciadamente, se encuentra presente en muchos procesos de privatización⁵⁷. Finalmente, cuando se va a tomar la decisión de privatizar un servicio, todos aquéllos que se van a ver afectados deberían tener acceso a todos los recursos jurídicos necesarios para poder desafiar esa decisión y poder obtener las oportunas compensaciones si es que se demuestra algún impacto negativo⁵⁸.

Uno de los problemas es que los Estados no son totalmente soberanos y autónomos a la hora de tomar la decisión de subcontratar ciertos servicios como la educación, la asistencia sanitaria o la provisión de agua; en ocasiones, simplemente implementan políticas que han sido diseñadas e impuestas por las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs), en particular el Banco Mundial y el FMI, en el marco de los Programas de Ajuste Estructural que han sido recetados a la mayor parte de los países en vías de

54. CHARRIER, Bertrand, Entrevista en *Cuadernos Internacionales de Tecnología para el Desarrollo Humano*, Primavera, 2004, p. 63.

55. Acerca de la importancia que reviste la información en los procesos de privatización ver MORTENSEN, Gemma: *¿Consuming Democracy? The Right to Know*, Institute of Human Rights of the University of Deusto, EMA, July 2002, p. 64.

56. El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos viene contemplado en el artículo 25 a) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

57. MONTES, José Luis: “Hasta dónde puede llegar la privatización”, en *Teoría y Política de Privatizaciones...*, op. cit, p. 228.

58. Comentario General nº 15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del PIDESC)*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, para. 56.

desarrollo. Esto mismo está ocurriendo actualmente en el marco de la Unión Europea y las políticas de austeridad auspiciadas en su seno. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha recordado insistentemente a los Estados que negocian acuerdos internacionales que este tipo de acuerdos no deben afectar negativamente a la realización de los derechos de carácter económico, social y cultural⁵⁹. En el contexto del derecho a la educación, el Comité ha proclamado que

respecto de la negociación y la ratificación de acuerdos internacionales, los Estados Partes deben adoptar medidas para que estos instrumentos no afecten negativamente al derecho a la educación. Del mismo modo, tienen la obligación de que sus acciones como miembros de las organizaciones internacionales, comprendidas las instituciones financieras internacionales, tengan debidamente en cuenta el derecho a la educación⁶⁰.

Por otro lado, tanto las propias IFIs como la Unión Europea deberían también tener en cuenta en sus programas y políticas sus consecuencias en términos de disfrute de derechos básicos. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas “recomienda encarecidamente a los Estados parte, al FMI, al Banco Mundial y a otras instituciones financieras y bancos regionales a que tomen debidamente en consideración los derechos de la infancia... a la hora de negociar los préstamos y los programas”⁶¹.

El segundo elemento que es necesario analizar es el funcionamiento del servicio privatizado. Una vez que la decisión de privatizar ya ha sido tomada, el Estado tiene que imponer ciertas condiciones a los actores privados que se van a encargar del servicio. Para la imposición de estas condiciones, un acuerdo o contrato detallado con los proveedores del servicio es crucial; el contrato se convierte en “la herramienta clave para la exigencia

59. Comentario General nº 12, *El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del PIDESC)*, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, para. 41; Comentario General nº 14, *El derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, para. 39, y *El derecho al agua...*, *op. cit.*, para. 60.

60. Comentario General nº 13, *El derecho a la educación (artículo 13 del PIDESC)*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, para. 56.

61. *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider and its Role in Implementing Child Rights*, *op. cit.*, p. 21.

de responsabilidad, ya que es la única base en virtud de la cual los agentes privados pueden incurrir en responsabilidad⁶². El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido varias condiciones generales que los Estados tienen que tomar en consideración a la hora de implementar los derechos socioeconómicos. Estas condiciones también se pueden aplicar a los procesos de privatización que estamos analizando. Esto tiene como consecuencia que los actores privados que están operando un determinado servicio también tienen que cumplir estos requisitos, y que el Estado tiene que supervisar si efectivamente lo están haciendo o no. De acuerdo con la opinión del Comité⁶³, estas condiciones son las siguientes:

- 1) *Disponibilidad*: los diferentes derechos económicos, sociales y culturales tienen que estar disponibles en una cantidad suficiente.
- 2) *Accesibilidad*: los derechos tienen que ser accesibles para todas las personas sin ningún tipo de discriminación. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
 - a) *No discriminación*: los derechos tienen que ser accesibles para todos, pero en especial para los grupos más vulnerables de la sociedad.
 - b) *Accesibilidad física*: los derechos tienen que estar al alcance físico de todos los sectores de la población, en particular para aquellas personas que tienen algún tipo de discapacidad.
 - c) *Accesibilidad económica (asequibilidad)*: los derechos socioeconómicos deben estar al alcance de todos. Los Estados deben asegurar que los servicios son asequibles para todas las personas, incluyendo a los grupos excluidos⁶⁴.

62. MORTENSEN, Gemma: *op. cit.*, p. 21.

63. La mejor definición de estos criterios viene de la mano del Comentario General nº 14 relativo al derecho a la salud, en *El derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)*..., *op. cit.*, para. 12. Existe un criterio adicional establecido por el Comité en lo que concierne al derecho al agua; se trata del criterio de la *sostenibilidad*, teniendo en cuenta no sólo las necesidades de las generaciones presentes, sino también las necesidades de las generaciones futuras, en *El derecho al agua*..., *op. cit.*, para. 11.

64. La principal preocupación en torno a la privatización de servicios es hasta qué punto se respeta el criterio de la asequibilidad. Existen varios ejemplos que demuestran que la privatización, especialmente en el sector del agua, acaba afectando al acceso de los grupos más marginados de la sociedad a los servicios privatizados,

d) *Acceso a la información*: la accesibilidad debe incluir también el derecho a buscar, recibir y difundir todo tipo de información que concierna a los servicios que hayan sido privatizados.

3) *Aceptabilidad*: el funcionamiento de los servicios debe ser culturalmente apropiado, tomando especialmente en cuenta las necesidades de las minorías étnicas y de los pueblos indígenas.

4) *Calidad*: la calidad de los derechos es un elemento crucial; la privatización no debería conllevar una disminución en la calidad de los servicios dispensados.

Adicionalmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone tres tipos de obligaciones a los Estados parte del Pacto: la obligación de respetar, de proteger y de cumplir (*respect, protect y fulfil*, en versión inglesa)⁶⁵. La *obligación de respetar* exige que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. La *obligación de proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la satisfacción de tales derechos. Por último, la *obligación de cumplir* demanda de los Estados que adopten todas las medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otro carácter para dotar de plena efectividad a los derechos de segunda generación.

En lo que toca a los procesos de privatización, la obligación de proteger es la más relevante, dado que requiere que los Estados prevengan las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por terceras partes. Los Estados tienen que “velar por que la privatización... no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”⁶⁶ de los servicios prestados. Por lo tanto, los Estados tienen que ejercer la *debida diligencia (due diligence)* en la supervisión y el control de la gestión de los servicios por parte de los actores privados. Esta obligación de ejercer la debida diligencia viene exigida por las Directrices de Maastricht que antes hemos mencionado cuando señalan que

en SHULTZ, Jim: “Privatization versus human rights: Lessons from the Bolivian Water Revolt”, *ESR Review* n° 4, November 2003.

65. Ver al respecto: *El derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)...*, *op. cit.*, para. 33.

66. *Ibid.*, para. 35.

la obligación de proteger incluye la responsabilidad del Estado de asegurar que las entidades privadas o los individuos, incluyendo las empresas transnacionales sobre las que ejerzan jurisdicción, no priven a los individuos de sus derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados son responsables de las violaciones de dichos derechos que resulten de su falta de *diligencia debida* en el control de la conducta de los mencionados actores no estatales⁶⁷ (la cursiva es nuestra).

Esta obligación de la debida diligencia impone a los Estados la necesidad de implementar un *esquema regulador* para prevenir cualquier tipo de abuso por parte de actores privados⁶⁸. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto... que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento”⁶⁹.

Al mismo tiempo, el Comité “es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una *obligación mínima* de asegurar la satisfacción de por lo menos *niveles esenciales* de cada uno de los derechos”⁷⁰ (la cursiva es nuestra). El establecimiento de esta obligación mínima y de los niveles esenciales tiene como corolario que un Estado parte no puede, bajo ninguna circunstancia, justificar su incumplimiento; esta obligación es de naturaleza no derogable. Un determinado proceso de privatización no podría conducir a la violación del umbral mínimo establecido para ciertos derechos; el Estado debe asegurar que los elementos esenciales de cualquier derecho están garantizados para el conjunto de la población.

4. LAS OBSERVACIONES DEL COMITÉ DESC RESPECTO DEL CASO ESPAÑOL

La situación de profunda crisis económica que está viviendo España desde 2008 está suponiendo una merma considerable de los

67. Maastricht Guidelines, *op. cit.*, para. 18.

68. Además de este esquema regulador, el Comité de Derechos del Niño “anima a los proveedores privados de servicios a desarrollar sus propios *mecanismos de auto-regulación* que incluya un sistema de control y supervisión...” (la cursiva es nuestra), en *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider and its Role in Implementing Child Rights*, *op. cit.*, p. 17.

69. *El derecho al agua...*, *op. cit.*, para. 24.

70. *La índole de las obligaciones de los Estados parte...*, *op. cit.*, para. 10.

niveles de protección social alcanzados por nuestro país en las últimas décadas⁷¹. Las últimas reformas emprendidas tanto por el Gobierno central como por la mayor parte de las Comunidades Autónomas están suscitando agrias críticas desde distintos sectores que consideran que, aunque probablemente necesarias, las reformas se están cebando en el recorte de derechos sociales básicos que van a tener un impacto tremendamente negativo en los sectores más vulnerables de nuestra sociedad⁷². Es en este contexto en el que consideramos muy oportunas las observaciones realizadas por el Comité DESC ante la situación de los derechos socio-económicos en nuestro país.

Los días 7 y 8 de mayo de 2012 el Comité DESC examinó el informe periódico que España presentó acerca de la aplicación de los DESC en el Estado. Es muy significativo que un amplio grupo de ONGs ha presentado un informe alternativo al presentado por el Estado, lo que le ha permitido al Comité contar con una información distinta surgida desde diversos ámbitos de la sociedad civil respecto de la situación de los DESC en nuestro país y acerca del impacto de los recortes sociales. Este informe tenía por objetivo poner de relieve “el creciente deterioro en las condiciones de vida de gran parte de la población y las importantes repercusiones que este tendrá en el disfrute de los derechos humanos a mediano y largo plazo”⁷³.

Una vez examinado el informe presentado por el Estado y los datos aportados por la sociedad civil, los expertos del Comité han realizado algunas observaciones que resultan muy interesantes en el actual momento de crisis económica y ajustes que estamos viviendo. Un aspecto que ha sido reiterado por el Comité en varias ocasiones en relación con el status de los DESC en España⁷⁴ es que, con la

71. Tal y como señala Luis Ayala, “la crisis económica ha afectado más a las rentas más bajas y las políticas de ajuste contribuyen a ampliar la desigualdad”, en AYALA, Luis: “Las consecuencias de la austeridad”, *EL PAIS*, jueves 10 de mayo de 2012, p. 31.

72. ORÉ AGUILAR, Gaby: “Derechos sociales: el otro déficit”, *EL PAIS*, lunes 7 de mayo de 2012, p. 29.

73. *Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con motivo del examen del 5º informe periódico de España*, Madrid, 15 de marzo de 2012 (este informe se puede encontrar en <http://cesr.org/downloads/Joint%20Submission%20CESCR%2015%20March%202012.pdf?preview=1>. Consultado el 30 de julio de 2012).

74. No debemos olvidar que en nuestro país los DESC no se sitúan al mismo nivel de protección que los derechos civiles y políticos. Como ya sabemos, los DESC son caracterizados por la Constitución española de 1978 como “Principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III del Título I) y no son recurribles en

excepción del derecho a la educación, “los derechos económicos, sociales y culturales solamente son considerados por el Estado parte como principios rectores de la política social y económica”⁷⁵. Es decir, la protección de los DESC en nuestro país no es significativamente menor que la protección de los derechos civiles y políticos, algo que atenta contra el principio de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

Asimismo, el Comité ha expresado su preocupación “por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas..., perjudicando de forma desproporcionada el disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, especialmente los pobres, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los adultos y los jóvenes desempleados, las personas mayores, los gitanos, los migrantes y los solicitantes de asilo”⁷⁶. Una medida que le resulta especialmente preocupante al Comité es el recorte “de los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de salud”⁷⁷, lo que viene a romper con el principio de la universalidad en las prestaciones sanitarias⁷⁸.

Es interesante comprobar las observaciones que el Comité le ha vuelto a formular al Estado español en 2018, tras haber pasado los momentos más duros de la crisis de derechos socioeconómicos fruto de las políticas de austeridad llevadas a cabo siguiendo las recomendaciones de las instituciones financieras internacionales. En primer lugar, el Comité reconoce “el impacto *profundo* que ha tenido

amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53 de la Constitución). Un estudio reciente sobre los DESC en nuestro país, en ZAPATERO, Virgilio y GARRIDO GÓMEZ, Isabel (Eds.): *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2009. Un repaso al reconocimiento de los DESC en diferentes ordenamientos constitucionales en COOMANS, Fons (Ed.): *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, Intersentia, Antwerp, 2006.

75. UN Doc. E/C.12/ESP/CO/5, 18 de mayo de 2012, para. 6.

76. *Ibidem*, para. 8.

77. *Ibidem*, para 19.

78. Como ha reconocido al respecto Juan José Solozábal, Catedrático de Derecho Constitucional, “el derecho a la salud es un derecho de titularidad universal en virtud de su relación con la dignidad de la persona, de aquí que la legislación española lo reconociese en los mismos términos a los españoles y a todos los extranjeros, siempre que estuviesen empadronados”, en SOLOZÁBAL, Juan José: “El tiempo de la precipitación”, *EL PAIS*, martes 1 de mayo de 2012, p. 28.

la crisis financiera internacional en la economía y en el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado parte⁷⁹ (la cursiva es mía). El Comité subraya el notable “incremento de la desigualdad”⁸⁰ que ha conllevado la aplicación de las medidas de austeridad. En este sentido, el Comité observa con preocupación que, “para un país con el nivel de desarrollo del Estado parte, el índice de población que se encuentra en riesgo de caer en la pobreza y en la exclusión social es alto, afectando de manera significativa a algunos grupos como los jóvenes, las mujeres, la población con menor nivel educativo y la población migrante”⁸¹.

Una observación muy relevante del Comité, dado que es la primera vez que se produce, tiene que ver con el rol de las empresas en el campo de los DESC. Al Comité le llama la atención “la existencia de algunos vacíos normativos que no garantizan el cumplimiento de la debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas”⁸². En este sentido, el Comité se muestra preocupado por que “la legislación del Estado no determine de manera adecuada la responsabilidad legal que puedan tener tanto las empresas que operan en el Estado como las domiciliadas en su jurisdicción, pero cuyas actividades se realizan en el extranjero, respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales”⁸³. Vemos cómo el Comité está abriendo la puerta de manera expresa a la responsabilidad extraterritorial del Estado por las violaciones de derechos que pueden llevar a cabo empresas que están sometidas a su jurisdicción cuando actúan fuera de las fronteras del Estado⁸⁴.

5. DIFICULTADES DE CONTROL DE LA PROHIBICIÓN DE MEDIDAS

79. *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, UN Doc. E/C.12/ESP/CO/6, 25 de abril de 2018, para. 3.

80. *Ibidem*, para. 13.

81. *Ibidem*, para. 33.

82. *Ibidem*, para. 8.

83. *Ibidem*, para. 8.

84. GÓMEZ ISA, Felipe: “Transnational Obligations in the Field of Economic, Social and Cultural Rights”, *op. cit.* Ver al respecto la Observación General No. 24 del Comité sobre las obligaciones de los Estados en virtud del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales, UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017.

REGRESIVAS

A pesar de la claridad con la que tanto el Comité DESC como la doctrina se han pronunciado a favor de la presunción de invalidez de las medidas de corte regresivo en materia de derechos económicos, sociales y culturales, lo cierto es que las posibilidades con las que contamos para hacer efectiva dicha prohibición son bastante limitadas.

En primer lugar, ya hemos mencionado cómo las posibilidades de acudir a los tribunales internos para reivindicar los DESC son escasas, si es que existen, ya que uno de los obstáculos a los que se enfrentan los DESC es su falta de justiciabilidad en muchos países, incluyendo España.

En segundo lugar, en el campo de los DESC nos enfrentamos al problema de que un control preciso de su cumplimiento por parte de los Estados exige una enorme cantidad de datos con un alto grado de sofisticación estadística⁸⁵, algo que normalmente no está disponible en los informes periódicos que los Estados presentan ante el Comité DESC. Debemos reconocer que en este terreno queda mucho por hacer. Se ha avanzado algo en el debate acerca de los *indicadores* de los DESC⁸⁶, pero queda un largo camino para que se conviertan en una herramienta útil para poder monitorear el grado de cumplimiento de dichos derechos por parte de los Estados.

Este problema relativo a los datos disponibles en materia de DESC hace que los tribunales se acerquen con prevención al control de los mismos. Como se ha señalado al respecto, existe una "escasa tradición de litigio sobre la base de pruebas que requieren la sistematización de datos empíricos ante los tribunales"⁸⁷,

85. CHAPMAN, Audrey and RUSSELL, Sage: "Introduction", en CHAPMAN, Audrey and RUSSELL, Sage (Eds.): *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerp, 2002, p. 5. Sobre la dificultad de medir el grado de cumplimiento de los DESC se puede ver ROBERTSON, Robert: "Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the 'Maximum Available Resources' to Realizing Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, 1994, pp. 694 y ss.; CHAPMAN, Audrey: "The Status of Efforts to Monitor Economic, Social and Cultural Rights", en HERTEL, Shareen and MINKLER, Lanse (Eds.): *Economic Rights. Conceptual, Measurement, and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 143-164.

86. CHACON MATA, Augusto: "Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n° 43, 2007.

87. COURTIS, Christian: *El Mundo Prometido...*, op. cit., p. 59.

unos tribunales que tradicionalmente se han mostrado reacios a involucrarse en las decisiones que adoptan los Estados en materia de políticas públicas⁸⁸.

Finalmente, *last but not least*, debemos reconocer que los mecanismos de control de los DESC en el panorama internacional son hoy por hoy muy débiles⁸⁹. El mecanismo de los informes periódicos, con las observaciones finales que adopta el Comité DESC, no se puede considerar como un medio lo suficientemente eficaz como para poder contener las políticas regresivas de los Estados al calor de la crisis económica global, lo mismo que ocurre con sus declaraciones *ad hoc* acerca de determinadas circunstancias que afectan de manera significativa a los DESC⁹⁰.

88. Ahora bien, en algunos países se están produciendo avances significativos en relación con la justiciabilidad de los DESC, como es el caso de Sudáfrica. Ver al respecto McLEAN, Kirsty: *Constitutional Deference, Courts and Socio-Economic Rights in South Africa*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2009; MBAZIRA, Christopher: *Litigating Socio-Economic Rights in South Africa. A Choice between Corrective and Distributive Justice*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2009.

89. La cuestión de las medidas regresivas es uno de los aspectos que van a ser tenidos en cuenta por el Comité DESC una vez que el Protocolo Facultativo acaba de entrar en vigor en mayo de 2013, como ha señalado el propio Comité en una declaración específica al respecto. Ver "An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the Maximum of Available Resources Under An Optional Protocol to the Covenant. Statement", UN Doc. E/C.12/2007/1.

90. Aunque es difícil llegar a una conclusión más o menos concluyente al respecto, debemos reconocer que la declaración del Comité DESC acerca de la crisis alimentaria mundial ha carecido de efectos significativos. Ver al respecto *The World Food Crisis. Statement*, UN Doc. E/C.12/2008/1, o *Deuda Pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, UN Doc. E/C.12/2016/1, 22 de julio de 2016.

LA NUEVA ERA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA: LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES Y SU JUSTICIABILIDAD DIRECTA

Juan Jesús GÓNGORA MAAS**

Abogado por la Universidad Autónoma de Yucatán; Asistente Legal en la Clínica de Derechos Humanos del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OSIDH) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Máster en “*La Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales*”, impartida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Universidad Complutense de Madrid.

1. INTRODUCCIÓN

No han faltado voces que catalogan a los *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, también ahora *Ambientales*¹ (en adelante “los DESCAs” o “los derechos sociales”²), como meras expectativas,

1. En la actualidad existe una tendencia a incluir a los derechos ambientales de manera autónoma, por lo que también es común encontrar la referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales “DESCA”. Véase al respecto: Gutiérrez, Rodrigo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos*, pp. 91-106. en Cervantes Alcayde, Magdalena; Emanuelli, María Silvia; Gómez Trejo, Omar. y Sandoval Terán, Areli., “¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos”, SCJN-UNAM/IIJ, México, 2014.

2. En la tradición constitucional se habla de los “derechos sociales” y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión de los “derechos económicos, sociales y culturales” e inclusive “derechos ambientales”. Para efectos de este trabajo se emplearán indistintamente estas expresiones. Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64 y Aldunte, Eduardo, *De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: Una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales*, p. 22 en Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2014, Santiago de Chile.

promesas o postulados de buena fe por parte de los Estados. Bajo esta premisa, después de la Segunda Guerra Mundial, y con la aparición de los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales no existía tensión aparente en cuanto a su jerarquización. La primera gran ruptura se dio en 1966 cuando se emitieron en dos instrumentos distintos, agrupaciones de derechos. Por un lado, se concibió el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, por el otro, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el "PIDESC")³.

Muchos entendieron esta separación abrupta como una forma de esquematizar las prioridades de los Estados, concibiendo que, en primer lugar, a los seres humanos se les debería asegurar su libertad y luego se verían las condiciones en las que esa libertad pudiera desarrollarse plenamente. Como señalara Textier "en definitiva, [al adop[tar] dos Pactos, [...] se les otorgó a los derechos económicos, sociales y culturales un estatus mucho menos protector que a los derechos civiles y políticos"⁴.

El análisis de los DESCAs para algunos ha sido un tema que quizá no merece una discusión más profunda en el ámbito nacional, ya que en años recientes se han venido instaurando mecanismos para hacer justiciables los derechos de naturaleza social y en donde las discusiones se centran en cómo deben cumplirse las decisiones en materia de derechos sociales⁵. Contrariamente a lo que ocurre a nivel interno, a nivel internacional las discusiones se habían centrado en cómo se podían hacer justiciables los DESCAs ante los tribunales internacionales de derechos humanos.

3. Véase en este sentido: Mayorca Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago de Chile, 1990, pp. 39-59 y Mejía, Joaquín, *Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, p. 60, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, enero -junio 2010, San José, Costa Rica.

4. Textier, Philippe, *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Universal* en "Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales", pp. 13-14, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2004.

5. Véase al respecto: Rodríguez Garativo, César y Rodríguez Franco, Diana, *El Juicio a la Exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2015, pp. 39 y ss.

La realidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante el “Sistema Interamericano” o el “SIDH”) - y en particular en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH” o “el Tribunal Interamericano”) había sido un poco desoladora pues durante muchos años no se hicieron justiciables de manera directa los derechos sociales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”, “la CADH” o “el Pacto de San José”), salvo el artículo 26, no contiene disposiciones que hagan explícitos derechos sociales, para ello los Estados consideraron, en 1988, adoptar el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador. No obstante, dicho instrumento, en su artículo 19.6, sólo permite que los derechos sindicales de asociación (art. 8.1.a) y el derecho a la educación (art. 13) sean exigibles de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano. La anterior anotación hace que el resto de los derechos consagrados en dicho instrumento⁶ se configuren, de alguna manera, como *derechos muertos*⁷, ya que no se permite alegar posibles violaciones de manera directa mediante el Protocolo de San Salvador salvo lo permitido por el artículo 19.6.

Hasta el año 2017, una de las grandes discusiones en el Sistema Interamericano era cómo sería posible hacer justiciables los DESCAs mediante el artículo 26 de la CADH y que no fueron contemplados para ser exigidos de manera directa en el Protocolo de San Salvador. Bajo este panorama, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸ (en adelante la “Comisión Interamericana” o la “CIDH”)

6. Me refiero al derecho a la salud, al medio ambiente sano, a la alimentación, cultura, etc.

7. Al respecto Joaquín Rivera siguiendo a Guastini distingue desde un punto de vista imperativista entre dos tipos de derechos: los derechos verdaderos y los derechos de papel o ficticios. Los primeros serían aquellos que 1.- son susceptibles de tutela jurisdiccional, 2.- que pueden ser ejercitados frente a un sujeto determinado y 3.- cuyo contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, del mismo modo que lo es el sujeto que es su titular. Los segundos, es decir, los de papel o ficticios, serían aquellos derechos que no cumplen con estas tres condiciones. *Cfr.* Mejía, Joaquín, *Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, p. 76 en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, - enero junio 2010, San José, Costa Rica.

8. Aguilar Cavallo, Gonzalo, ¿Cuál es la doctrina de la CIDH en materia de derechos económicos, sociales y culturales?, en Llanos Mardones, Hugo Ignacio y Picand Albónico, Eduardo, “Estudios de Derecho Internacional. Libro en Homenaje

como la Corte Interamericana han jugado un rol determinante en esta nueva temática en el SIDH.

En el caso de la CIDH, su jurisprudencia sobre derechos sociales⁹, sus informes temáticos en materia de DESCAs¹⁰ y la creación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) así como la designación de la señora Soledad García Muñoz como primera Relatora Especial hicieron que los derechos sociales en el Sistema Interamericano formaran parte apremiante de la agenda de derechos humanos¹¹.

Por su parte, la Corte Interamericana, a partir del año 2012 – con el caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*– revitalizó la discusión sobre la justiciabilidad directa de los derechos que no fueron contemplados a tal efecto por el Protocolo de San Salvador en su artículo 19.6¹². En este sentido, el año 2016 fue clave para los derechos sociales, pues la discusión sobre la justiciabilidad directa estuvo presente en los casos *Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, *Yarce y otras Vs. Colombia* y el caso *I.V. Vs. Bolivia*¹³. Así, las álgidas discusiones generadas en los votos

al Profesor Hugo Llanos Mansilla”, Tomo I, Thomson Reuters – Abeledo Perrot, Chile, 2012

9. Véase al respecto: CIDH, Informe No. 32/05, Petición 642-03, Admisibilidad, *Luis Rolando Cuscul Piraval y otras personas afectadas por el VIH/SIDA*, Guatemala, 7 de marzo de 2005; CIDH, Informe No. 70/04, Petición 667/01, Admisibilidad, *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros* (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación VIASA), Venezuela, 13 de octubre de 2004 e Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú*, el 27 de marzo de 2009.

10. Por ejemplo, véase los siguientes informes temáticos: *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales* (2011); *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (2008) y *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de derechos humanos* (2007).

11. Véase: La CIDH decide crear Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/034.asp> y CIDH selecciona a Soledad García Muñoz como Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/090.asp>.

12. Con anterioridad al 2012 la discusión se había presentado con menor intensidad en los casos *Cinco Pensionistas Vs. Perú* (2003), el caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (2009) y el caso *Furlan y familiares Vs. Argentina* (2012).

13. Cfr. Particularmente véanse los votos del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en los casos: *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar*,

concurrentes y disidentes de esos casos crearon un campo fértil para que la Corte Interamericana, en el año 2017, declarara por primera vez – vía artículo 26 – la violación directa del derecho al trabajo como derecho autónomo en el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*.

Hoy en día, la protección de los DESCAs figura de modo destacado en la actual agenda internacional de los derechos humanos, en el sentido de tratar de asegurarles una protección más eficaz. No es coincidencia que el tema cobre relevancia en estos últimos años, pues todo ello concuerda con el estado actual de deterioro de las condiciones de vida de vastos segmentos de la población en numerosos países de Latinoamérica¹⁴ y las grandes brechas de desigualdad entre los pocos que acumulan grandes cantidades de riqueza en contraposición de las mayorías que tienen escasos recursos¹⁵.

II. LOS DERECHOS ECÓNOMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA: EL ANTES Y DESPUÉS DEL CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ

Para efectos de una mejor esquematización, la presente sección se encuentra dividida en tres apartados que abarcan la evolución de los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte IDH. En primer lugar, se hace un breve recuento de la justiciabilidad indirecta y la posición de la Corte IDH respecto del artículo 26 del Pacto de San José. En segundo lugar, se desarrolla la justiciabilidad directa mediante

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318; *Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.; *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

14. Cañado Trindade, Augusto Antonio, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional*, p. 53 en *Revista Lecciones y Ensayos*, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1998.

15. El 25 de septiembre de 2015, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de objetivos globales para erradicar la pobreza y asegurar la prosperidad de todos como parte de la nueva agenda del desarrollo en los próximos 15 años (2030). Entre los Objetivos destaca el poner fin a la pobreza (Objetivo No. 1). La mayoría de estos Objetivos claramente se encuentran en el plano de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

el artículo 26 de la Convención Americana en los casos *Lagos del Campo, Trabajadores Cesados de Petroperú y otros*, en la Opinión Consultiva No. 23 (Medio ambiente y derechos humanos) y en la Opinión Consultiva No. 24 (Identidad de género y derechos entre parejas del mismo sexo). Y en tercer y último lugar, se exponen algunos casos en los cuales la Corte IDH posiblemente desarrollará criterios jurisprudenciales sobre la justiciabilidad directa de los derechos sociales mediante el artículo 26 del Pacto de San José.

i) Los DESCA y su justiciabilidad por conexidad indirecta con derechos civiles y políticos

La primera ocasión que este tema ocupó la preocupación de un juez en el Sistema Interamericano fue en 1984 en el voto concurrente del Juez Rodolfo Piza Escalante en la Opinión Consultiva No. 4 sobre la *Propuesta a la modificación de la Constitución de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. El ex Juez Rodolfo Piza consideraba, en su voto, que todos los derechos humanos son *exigibles, progresivos y expansivos*, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, *la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento*, convertido en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; *el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales*¹⁶. Para el ex juez, lo que verdaderamente importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, *“exigibles directamente por sí mismos”*, y derechos de carácter progresivo que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, *“exigibles indirectamente”*, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación¹⁷.

16. Voto concurrente del Juez Rodolfo Piza Escalante a la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 3.

17. Voto concurrente del Juez Rodolfo Piza Escalante a la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 6.

Aunado a lo anterior, en 1986 la propia Corte Interamericana reconocía, en ese entonces, la justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano en los siguientes términos:

11.- El límite entre los [DESC] que pueden llegar a ser objeto de una protección internacional de tipo regional en la que es posible la intervención de la Corte Interamericana y los restantes, que no pueden tener hoy un régimen de protección de tipo jurisdiccional que se integre a la competencia contenciosa de la Corte, no es un límite invariable y fijo, resultado de una condición ontológica, sino que, en gran parte deriva de circunstancias históricas vinculadas al desarrollo y la evolución del Derecho¹⁸.

Es decir, lo que el Tribunal Interamericano dejó sentado es que, si bien en 1986 los límites a la justiciabilidad de los DESC no se podían materializar de manera concreta para todos los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador, ello no implicaba que las circunstancias históricas en ese momento fueran absolutas y que no pudieran evolucionar conforme a las nuevas realidades sociales y jurídicas.

Tuvieron que pasar aproximadamente catorce años para que en el año 2000, en el caso *Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) Vs. Guatemala*, los ex jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli expresaran que en este caso “[el derecho a la vida¹⁹ se conceptualiza] dentro del] dominio de los derechos civiles y políticos, así como en el de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la

18. *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988*, 29 de agosto de 1986, p. 4; en el mismo sentido Opinión de la Corte Interamericana sobre el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en *Revista Del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 3, IIDH, San José, Costa Rica, enero-junio, 1986, pp. 117 y 118.

19. “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, pues precisamente en el caso de los Niños de la Calle, se puso de manifiesto que seguir concibiendo ciertos derechos desde un punto de vista de obligaciones negativas (obligaciones de no hacer) constituía un error debido a que no solo estas pueden ser exigidas a un Estado, sino también las obligaciones de carácter positivo, es decir, las acciones de hacer, relacionadas de manera directa con la vida digna, y a lo que al mismo tiempo ha denominado proyecto de vida de las personas pues se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino”²⁰.

En el año 2003, en el *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*, frente a las alegaciones de la Comisión y de las víctimas se argumentó que el Estado había violado el artículo 26 de la CADH al dictar un decreto, en el cual se constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas, de manera que se impuso un tope sustancialmente inferior al monto de la pensión nivelable que percibían las víctimas. Frente a esto, la Corte Interamericana emitiendo un criterio altamente criticado²¹ expresó que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva [...] el desarrollo progresivo, sobre el cual ya se había pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas se debe medir, en el

20. *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) Vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, Voto Concurrente de los jueces A.A. Cañado Trindade y A. Abreu Burelli pág. 2. En casos posteriores diversos integrantes de la Corte Interamericana siguieron expresando su punto de vista sobre la temática de los DESC en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: 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*, y el voto del Juez Antonio Cañado 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. 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.

21. Christian Courtis, *El mundo prometido. Escrito sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, 2009, México, pp. 203-230 y Mejía, Joaquín, *Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales* pp. 64 a 74 en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, enero -junio 2010, San José, Costa Rica.

criterio del Tribunal, 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”²².

Seis años después, bajo la misma temática de pensiones, en el *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú*, el Tribunal Interamericano consideró pertinente precisar la *interdependencia* existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que debían ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello²³. Añadió, además, que el Tribunal observaba que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales no podría lograrse en un breve período de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido²⁴. Finalmente, consideró que también se desprendía un deber – si bien condicionado – de *no regresividad*²⁵, que no siempre deberá ser entendido como una

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

23. *Caso Acevedo 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.

24. *Ibidem.*, párr. 102.

25. *Cfr. Courtis, Christian, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios* en Courtis, Christian (Coord.), “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho²⁶. Pese a hacer estas interpretaciones amplias sobre el contenido del artículo 26 en este caso, la Corte Interamericana consideró que los derechos afectados eran los relacionados con el recurso judicial efectivo (art. 25) y el derecho a la propiedad (art. 21) por lo que no encontraba elementos para declarar adicionalmente la violación del artículo 26.

Tras una serie de casos, en donde se alegó la violación del artículo 26²⁷, el Tribunal Interamericano no hizo pronunciamiento alguno sobre las dimensiones que podrían tener la obligación de progresividad contenida en la Convención Americana. Sin detrimento de lo anterior, la Corte IDH en su jurisprudencia constante hizo uso de la *conexidad o justiciabilidad indirecta* para proteger derechos sociales como la salud, el medio ambiente, la alimentación, la educación, el trabajo, la cultura o la vivienda²⁸,

En el año 2013, en el caso *Suarez Peralta Vs. Ecuador*, pese a que ni la Comisión Interamericana ni los representantes de la víctima habían alegado la posible violación del artículo 26, en su análisis sobre la violación del artículo 5.1, la Corte consideró pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y que deben ser exigibles en todos los casos ante las autoridades²⁹, por lo que a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco *de la salud*, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita

26. *Caso Acevedo 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. 103. Véase para una documentación más amplia: Courtis, Christian (Coord.), *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Op. cit.

27. *Cfr. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 137 a 139. Con posterioridad al caso Suárez Peralta: *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 159.

28. *Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, pp. 235-239.

29. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131.

prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones³⁰. Sin embargo, la Corte Interamericana sólo circunscribió las violaciones del derecho a la salud de la víctima dentro del derecho a la integridad personal.

En el 2015, los casos *Canales Huapaya y otros Vs. Perú y Gonzáles Lluy Vs. Ecuador* pusieron de nueva cuenta el tema de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En estos dos últimos casos, y aunado a algunos precedentes³¹, los integrantes de la Corte Interamericana vertieron argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana, lo cual ha hecho que esta discusión tome nuevas dimensiones y, quizá, haya sido la antesala de la declaración de la violación del artículo 26 para aquellos derechos que no fueron contemplados como justiciables directamente en el Protocolo de San Salvador. En el año 2016, una serie de casos contenciosos presentaron ante el Tribunal Interamericano el debate de la posible justiciabilidad de los DESC a mediante el artículo 26³² que, en el 2017, desembocaría en la declaración de la violación de manera autónoma de dicho artículo de la Convención Americana³³.

30. *Cfr. Ibídem*, párr. 132.

31. Por ejemplo, el voto de la Jueza Margarette May Macaulay al *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

32. *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318; *Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.; *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

33. En estas decisiones recientes, diversas posturas se manifestaron en la Corte Interamericana sobre la posibilidad de hacer justiciables o no los derechos de carácter social contenidos en el Protocolo de San Salvador, lo que para muchos más que contribuir a su justiciabilidad, implican nuevos problemas interpretativos. Las posturas se han traducido en seis principales líneas argumentativas: *i)* El alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; *ii)* Establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un Protocolo Adicional a la Convención Americana; *iii)* La incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; *iv)* Los métodos de interpretación *Vs.* Interpretación evolutiva; *v)* La imposibilidad de la aplicación del principio *pro persona* y *vi)* La imposibilidad de utilizar el derecho comparado. *Cfr.* Góngora Maas, Juan Jesús,

ii) La justiciabilidad directa mediante el artículo 26 de la Convención Americana; a) El caso Lagos del Campo Vs. Perú

La Corte IDH se ha caracterizado en su jurisprudencia por ir adaptándose a los reclamos que se van suscitando dentro de los Estados que son parte de la Convención Americana y que reconocen su competencia contenciosa. El paso dado en el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*³⁴ es fundamental para entender las dinámicas sociales a nivel interno, pues permiten que los derechos sociales que no fueron contemplados como justiciables por el Protocolo de San Salvador, ahora tengan una vía por la cual se pueda evaluar si el Estado ha incumplido sus obligaciones generales de respeto, garantía, no discriminación, adecuación de derecho interno o progresividad (y por supuesto, la no regresividad)³⁵.

En la sentencia, la Corte IDH declara la violación al artículo 26 con temas relacionados en el ámbito laboral en dos vertientes: a) en lo relativo a la estabilidad laboral y b) en lo concerniente a la asociación de trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses. Temas que comentaremos a continuación.

Sobre la primera vertiente – la violación de la estabilidad laboral– la Corte IDH en la sentencia reconoció “[...] la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, [pues deben ser] entendidos

Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado, pp. 230- 253 en von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coords.) “Construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Max Planck Institute, IJ-UNAM, Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico – Centro de Estudios de Gobierno y Política, Puebla, México, 2016.

34. El caso se relacionaba con el despido del señor Alfredo Lagos del Campo el 26 de junio de 1989 como consecuencia de manifestaciones realizadas siendo presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli.

35. En el caso *Acevedo Buendía*, la Corte IDH señaló que: “100. Asimismo, resulta pertinente observar que 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 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”)”.

integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello³⁶. Para el caso en concreto, los derechos laborales, la Corte IDH usó cuatro elementos para arribar a la conclusión de que se podían proteger mediante el artículo 26 de la CADH.

En primer lugar, el Tribunal observó el mandato plasmado en el artículo 26 y que se refiere a “*derivar derechos de normas contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos*”. En la sentencia³⁷, la Corte IDH constató que los artículos 45.b y c³⁸, 46³⁹ y 34.g⁴⁰ de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la Carta de la OEA”) establecen que el trabajo es un derecho.

36. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 141.

37. *Ibidem*, párr. 143.

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

39. Artículo 46 de la Carta de la OEA: Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad.

40. Artículo 34.g de la Carta de la OEA: Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.

En segundo lugar, consideró pertinente recurrir a lo que ya años antes había establecido en la Opinión Consultiva No. 10, señalando que “[...] 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”⁴¹; por lo tanto, en la Sentencia la Corte IDH expresó que “el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”⁴².

En tercer lugar⁴³, el Tribunal constató que a nivel internacional y nacional se reconoce el derecho al trabajo como derecho autónomo; este *corpus iuris* internacional está conformado por: a) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴, b) la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁵, c) la Carta Social de las Américas⁴⁶, d) el Protocolo Adicional a la Convención Americana

41. *Ídem*.

42. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr.144 y *Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 43 y 45.

43. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr.145

44. Artículo 6.1: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho [...].

45. Artículo 23: Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

46. Artículo 8: La promoción del trabajo decente, la reducción del desempleo y del subempleo y la atención a los desafíos del trabajo informal son elementos esenciales

sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁷, e) la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴⁸, f) la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁹, g) la Carta Social Europea⁵⁰ y h) la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos⁵¹. En lo tocante al ámbito nacional señaló que “[e]ntre

para alcanzar el desarrollo económico con equidad. El respeto de los derechos de los trabajadores, la igualdad de oportunidades en el empleo y la mejora de las condiciones de trabajo son elementos esenciales para lograr la prosperidad. La cooperación y el diálogo social entre representantes de los gobiernos, los trabajadores, empleadores y otras partes interesadas promueven una buena gestión y una economía estable.

47. Artículo 6: Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos [...]. Artículo 7: Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo - Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional [...].

48. Artículo 11. 1: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos [...].

49. Artículo 32.2.: Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

50. Artículo 1: Derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo. 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.

51. Artículo 15: Todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo.

las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho al trabajo, se encuentran: Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 46 y 48), Brasil (art. 6), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Chile (art. 19), Ecuador (art. 33), El Salvador (art. 37 y 38), Guatemala (art. 101), Haití (art. 35), Honduras (arts. 127 y 129), México (art. 123), Nicaragua (arts. 57 y 80), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), Perú (art. 2), República Dominicana (art. 62), Surinam (art. 4), Uruguay (art.36), y Venezuela (art. 87)⁵².

Finalmente, en cuarto lugar, la Corte IDH observó tanto la Constitución Política de 1979 como la de 1993 de Perú, y la ley laboral al momento de los hechos, que reconocían explícitamente el derecho a la estabilidad laboral⁵³.

Estos cuatro elementos los trajo a colación por el artículo 29 de la CADH (normas de interpretación) y aplicó los incisos b, c y d. para interpretar los alcances del artículo 26. Una vez que fundamentó las razones por las cuales el derecho al trabajo se encuentra efectivamente contenido en el artículo 26 de la CADH, el Tribunal Interamericano procedió a interpretar los alcances de la estabilidad laboral conforme a la Observación General No. 18 del Comité DESC y la Recomendación No. 143 de la OIT⁵⁴.

En la sentencia, por primera vez, la Corte IDH permeó obligaciones encaminadas a proteger un derecho social – y ya no enfocar las obligaciones bajo una óptica de derechos civiles y políticos– y consideró que, en principio, en materia laboral, en las relaciones entre particulares, los Estados deben:

149. [...] a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

52. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, nota 199

53. *Ibidem.*, párr. 138.

54. *Ibidem.*, párr. 148.

En el caso se concluyó que efectivamente se había violado el derecho a la estabilidad laboral del señor Lagos del Campo debido a que la víctima había impugnado la decisión de su despido ante los órganos competentes, la cual fue avalada en segunda instancia, al considerar que el despido se había dado bajo causa justificada. Dicha decisión fue recurrida ante diversas instancias internas sin haber encontrado tutela, particularmente, respecto de su derecho a la estabilidad laboral, al alegarse causas injustificadas o carentes de motivos para el despido y afectaciones al debido proceso. Es decir, frente al despido arbitrario por parte de la empresa, el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros⁵⁵. Sin embargo, la Corte IDH precisó que “la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho”⁵⁶.

La Corte IDH finaliza este primer análisis de violación en relación al artículo 26 externando que:

154. Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados [...]. Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.

55. *Ibidem.*, párr. 151.

56. *Ibidem.*, párr. 150.

Cabe precisar que lo que se hace en el caso no es crear una especie de test (cuando se reúnan los 4 elementos que toma en cuenta la Corte IDH) para determinar cuándo procedería la justiciabilidad de los derechos sociales mediante el artículo 26; ello resultaría inapropiado debido a que existen derechos sociales que se pueden encontrar en la Constitución Nacional pero no en los instrumentos internacionales (como el caso del derecho al medio ambiente o al agua) o bien, de manera inversa que el derecho se encuentre en un instrumento internacional del cual el Estado sea parte (como el PIDESC) pero que no se encuentre en la Constitución Nacional. Por ello no será necesario que se cumplan estos 4 elementos que se presentaron en este caso y tendrá que evaluarse caso por caso la justiciabilidad de los otros derechos sociales y ver en qué normas se puede fundamentar su derivación mediante el artículo 26 de la CADH.

En cuanto a la segunda vertiente – la asociación de los trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses- la Corte IDH no es tan detallada como en lo relativo a la estabilidad laboral y se pronuncia en el sentido de establecer que “esta Corte encuentra que el ámbito de protección del derecho de libertad de asociación en materia laboral no sólo se encuentra subsumido a la protección de los sindicatos, sus miembros y sus representantes”⁵⁷, por lo que “la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores”⁵⁸.

Aun cuando el Tribunal Interamericano no hace el mismo ejercicio de derivación en lo relativo a esta faceta del derecho al trabajo, fue adecuada la inclusión y análisis bajo la óptica del artículo 26 pues cuando el artículo 16 de la CADH (derecho de asociación) contempla la “asociación laboral”, en el caso en concreto esta asociación tenía un fin específico : la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores; es decir, pueden existir situaciones en las cuales también existan violaciones a la asociación laboral⁵⁹ pero

57. *Ibidem.*, párr. 157.

58. *Ibidem.*, párr. 158.

59. En otros casos la Corte IDH ya ha extendido la protección del derecho de asociación más allá de los casos de sindicatos; no obstante, lo particular de este caso es la finalidad que llevaba la asociación: la promoción y defensa de sus intereses, cuestión que no se había presentado en otros casos no sindicales. *Cfr. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 3 de abril de

donde el fin de esa asociación no sea la de promover y proteger los intereses de los trabajadores. En el primer supuesto se protegería únicamente por el artículo 16 mientras que en el segundo supuesto (cuando se tenga como finalidad la protección de los derechos e intereses de los trabajadores) lo podría ser por los artículos 26 y 16 de la CADH como sucedió en este caso.

No optar por esta visión integral hubiera creado distinciones entre los trabajadores que forman parte de sindicatos de los que no, mientras que en el primero se analizaría bajo la visión de un derecho social (art. 8.1.a) del Protocolo de San Salvador por disponerlo el artículo 19.6 del Protocolo en conjunción con el artículo 16 de la CADH⁶⁰, en el segundo supuesto aun cuando tuvieran la misma finalidad ambas asociaciones (promoción y defensa de los intereses⁶¹) solo se hubiera aplicado el artículo 16 del Pacto de San José. Afortunadamente la Corte IDH opta por la visión integral en el presente caso y trata a este tipo específico de asociación también como parte de un derecho social que se deriva del artículo 45 inciso

2009. Serie C No. 196 y Caso *Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

60. La Corte IDH señaló además que: “157 [...] Incluso, la importancia que los Estados le han reconocido a los derechos sindicales se refleja en el hecho de que el artículo 19 del Protocolo de San Salvador le confiere a esta Corte competencia para pronunciarse sobre violaciones a la obligación del Estado de permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente”. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 157.

61. Si analizamos conjuntamente el art. 45.c de la Carta de la OEA y el art. 8.1.a podemos ver que lo único que varía es el “sujeto” al que se protege, pues en ambos casos la finalidad es la misma, la promoción o defensa de los derechos de las personas que se asocian. Al respecto: 45. c) Carta de la OEA: Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva. Art. 8.1.a: Derechos Sindicales del Protocolo de San Salvador_1. Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente [...].

c) de la Carta de la OEA mediante el artículo 26 de la CADH. De esta manera concluye que:

158. Sin embargo, la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores. Esta protección deriva del propio artículo 16 de la Convención Americana, el cual protege la libertad de asociación con fines de cualquier índole, así como de otros instrumentos internacionales, que reconocen una protección especial a la libertad de asociación con fines de protección de los intereses de los trabajadores, sin especificar que esta protección se restrinja al ámbito sindical. En este sentido, el propio artículo 26 de la Convención Americana, que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reconoce el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, y el Preámbulo de la Carta Democrática Interamericana reconoce que el derecho de los trabajadores de asociarse para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos. [Énfasis añadido]

En cuanto a las reparaciones, dado que la Corte IDH ahora enfoca la violación hacia el derecho al trabajo, la reparación gira en torno al derecho declarado violado⁶² y considera el Tribunal que “con motivo de las violaciones fijadas, derivadas del despido arbitrario, la vulneración de la estabilidad laboral y la subsecuente desprotección judicial, el señor Lagos del Campo perdió la posibilidad de acceder a una pensión y beneficios sociales”⁶³.

62. Si bien la Corte IDH en su jurisprudencia constante ha dado reparaciones enfocadas a la naturaleza económica, social, cultural o ambiental, ahora en realidad lo que se hace es que el fondo de lo decidido guarde plena congruencia con lo que ordena reparar

63. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 216. La Corte IDH expuso que “153. En vista de lo anterior, la Corte concluye que, con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, se le privó de su empleo y demás beneficios derivados de la seguridad social, ante lo cual el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo”.

b) El caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú

El caso de los *Trabajadores Cesados de Petroperú* versaba sobre los ceses colectivos de 84 trabajadores de Petroperú, 39 trabajadores del Ministerio de Educación, 15 trabajadores del Ministerio Economía y Finanzas y 25 trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos en el marco del proceso de racionalización llevada a cabo por las entidades públicas a las cuales pertenecían en la década de los noventa. En el caso, la Corte IDH encuentra que el Perú es responsable por la violación de las garantías judiciales y de la protección judicial y del derecho al trabajo mediante el artículo 26 de la Convención Americana.

En este caso hay que destacar tres aspectos: a) la naturaleza que deben tener los recursos judiciales mediante los cuales se cuestionan derechos sociales, b) las diferencias con el caso *Lagos del Campos* y c) las medidas de reparación.

En cuanto al primer punto, es de destacar que cuando la Corte IDH analiza las garantías judiciales y la protección judicial de los 15 trabajadores de los miembros del Ministerio de Economía y Finanzas, la Corte IDH notó que la decisión del Tribunal Constitucional del 29 de enero de 2001 declaró infundado el amparo interpuesto, debido a que *no se había acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno*⁶⁴.

Sobre este argumento, el Tribunal Interamericano advirtió que el Tribunal Constitucional no realizó⁶⁵ un análisis de las alegadas violaciones del derecho al trabajo como resultado de los ceses; sobre esta cuestión, la Corte IDH estimó “que los Estados tienen el deber de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Esto implica que el recurso judicial debe ser idóneo para combatir la violación, por lo que la autoridad competente debe examinar las razones invocadas por el demandante y pronunciarse en torno a ellas”⁶⁶.

En el caso, la Corte IDH constató que el Tribunal Constitucional no había realizado un análisis de las alegadas violaciones al derecho

64. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344, párr. 175.

65. *Cfr. Ibidem.*, párrs. 176-177.

66. *Cfr. Ibidem.*, párr. 177.

al trabajo por considerar que el amparo no era la vía idónea para estos efectos por carecer de etapa probatoria⁶⁷; de esta manera, el Tribunal Interamericano consideró que el Tribunal Constitucional se encontraba obligado a realizar una adecuada revisión judicial del acto reclamado como violatorio por las víctimas, lo que implicaba examinar los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento. Así, la Corte Interamericana determinó que, al no haberse realizado un análisis del derecho al trabajo, se habían vulnerado derechos constitucionales y convencionales en juego, ya que *el Tribunal Constitucional desasoció el derecho sustancial del derecho procesal*, impidiendo así analizar el objeto principal de la controversia⁶⁸.

En otras palabras, lo que la Corte Interamericana sienta con este precedente – y que ya había sido esbozado de alguna manera en el caso *Lagos del Campo*⁶⁹- es que los recursos judiciales tradicionales (como el amparo) que sirven para proteger derechos civiles y políticos, también deben analizar las posibles vulneraciones a derechos sociales, por lo que cuando estén en juego este tipo de derechos no se puede ser omiso al grado de desconocer los derechos sociales en juego. De este modo, la naturaleza del recurso de amparo es, también, la de un recuso por el que se pueden y deben proteger DESCAs.

En segundo lugar, si bien el caso de los *Trabajadores Cesados de Petroperú* y el caso *Lagos del Campo* versan sobre la violación del derecho al trabajo, hay dos diferencias sutiles; en el primero no se invoca el principio *iura novit curia* –tal como había ocurrido en el caso *Lagos del Campo*- debido a que uno de los representantes expresamente argumentó la posibilidad del análisis del derecho al trabajo mediante el artículo 26 – por lo que fue aplicado a la Sentencia-; y en segundo lugar, si bien ambos casos versan sobre las obligaciones de garantía respecto del derecho al trabajo, la Corte IDH

67. Cfr. *Ibidem.*, párr. 180. Además, la Corte identificó que: “179. La Corte advierte que la propia Ley No. 25398 reconoce la facultad del juzgador de aceptar pruebas incidentales o de realizar las diligencias que considere necesarias, situación que no ocurrió en el presente caso, aun cuando el Tribunal Constitucional pudo haber realizado las acciones pertinentes y analizar el proceso de evaluación de personal. Adicionalmente, este Tribunal advierte que en su resolución de 29 de enero de 2001 el Tribunal Constitucional no estableció cuál habría sido la vía idónea para cuestionar dicho proceso de evaluación, limitándose a establecer que debía realizarse “en un proceso judicial más lato”, pero sin motivar su decisión al respecto”.

68. Cfr. *Ibidem.* párr. 178.

69. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 184.

precisa que las obligaciones impactan tanto en el ámbito público (trabajadores directamente vinculados al Estado) como en el caso de los Trabajadores de Petroperú y otros, como en el campo de las relaciones laborales entre particulares (como en el caso Lagos del Campo)⁷⁰.

Finalmente, en cuanto a las reparaciones, la Corte IDH consideró que no correspondía ordenar la reincorporación o la reposición de los trabajadores en sus antiguos cargos o en otros análogos debido a que habían transcurrido aproximadamente 25 años de los ceses laborales por lo que ordenar este tipo de medida presentaba diversos niveles de complejidad y operatividad, en particular por las modificaciones estructurales que habían ocurrido en cada uno de los Ministerios y en Petroperú. De este modo, el Tribunal consideró que este aspecto sería tomado en cuenta al momento de calcular la indemnización compensatoria⁷¹.

c) La Opinión Consultiva No 23 – Derechos Humanos y Medio Ambiente

La Opinión Consultiva No. 23 puede dividirse en dos grandes bloques: a) La relación existente entre el medio ambiente con otros derechos humanos como la vida, la integridad personal, la salud, el acceso a la información, entre otros y b) las obligaciones derivadas del deber de respetar y garantizar en el contexto del medio ambiente.

En cuanto al primer apartado cabe precisar que no ha sido la única ocasión que la Corte IDH ha tenido oportunidad de conocer sobre temas ambientales⁷², sin embargo, a diferencia de otras ocasiones, la Corte IDH externa que la Opinión Consultiva constituye la primera oportunidad para el Tribunal para referirse,

70. *Cfr. Ibidem.* párr. 193.

71. *Cfr. Ibidem.* párr. 231.

72 | Esto por ejemplo lo podemos ver de manera indirecta en los casos indígenas que han versado sobre consulta como los casos Saramaka, Sarayaku y Kaliña o bien sobre acceso a la información como lo fue el caso Claude Reyes. *Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245 y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

de manera extendida, sobre las obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana⁷³. Así, considera que existe una estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, concluyendo que:

- a) Múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente en el Sistema Interamericano de derechos humanos, a la vez que no hay duda que;
- b) Otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de esos derechos. Precisamente, otra consecuencia de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es que, en la determinación de estas obligaciones estatales, la Corte puede hacer uso de principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del *corpus iuris* internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones de la Convención Americana⁷⁴.

Un eje central que se estableció en esta OC, es que la Corte IDH precisó que el derecho a un medio ambiente sano, “también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales, y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que derivan de las normas, económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre [...] y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde a los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma”⁷⁵. Es decir, lo que hace la Corte IDH con este pronunciamiento es

73. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 23 y 46.

74. *Cfr. Ibídem*, párr. 55.

75. *Cfr. Ibídem*, párr. 57.

establecer que el derecho al medio ambiente sano puede ser alegado justiciable mediante el artículo 26 en un futuro caso contencioso. Particularmente, el Tribunal Interamericano da una definición de lo que implica el medio ambiente sano y establece que:

59. El derecho al medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, en el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.

Además, la Corte IDH precisó los componentes que se protegerían mediante este derecho, afirmando que:

62. [...]Los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismo, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger a la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar a otros derechos de las personas, como la salud, la vida, o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos [...].

Un elemento que es importante destacar de la Opinión Consultiva es que hace una clasificación sobre la relación entre el medio ambiente con otros derechos humanos, de este modo la Opinión Consultiva clasifica esta relación en: a) los *derechos particularmente vulnerables frente a la degradación del medio ambiente sano* (por ejemplo la vida, la integridad personal, la salud o la propiedad) y, por el otro lado, b) *los derechos de procedimiento o sustantivos* (como la libertad de expresión, de asociación, de participación política, acceso a la información, recursos efectivo)⁷⁶. Esta vinculación que se hace en

76. Cfr. *Ibidem*, párr. 64.

relación a estos conjuntos de derechos permite establecer en primer lugar que las personas que vean afectados sus derechos pueden serlo en múltiples derechos (interdependencia e invisibilidad), mientras que por otro lado (en cuanto a los de procedimiento) estos se convierten en vehículos para que el derecho al medio ambiente sano pueda ser efectivamente protegido.

Otro aspecto a destacar es que la Corte IDH vincula el derecho al medio ambiente sano con el principio de igualdad y no discriminación y cómo tiene especiales afectaciones a ciertos grupos que han sido identificados tradicionalmente como vulnerables; sin detrimento de lo anterior, en cuanto a los grupos de vulnerabilidad, el Tribunal Interamericano agrega, por primera vez, “a las comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales sea el medio marino, las áreas forestales o los dominios fluviales, o por que debido a su ubicación geográfica corren un peligro especial de afectación en casos de daños ambientales, tales como las comunidades costeras y de islas pequeñas”⁷⁷.

Además, la Opinión Consultiva constituye la primera oportunidad que tiene la Corte IDH para orientar diversas obligaciones al derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo. De esta manera, considera que bajo la Convención Americana los Estados deben observar las obligaciones de prevención, de precaución, de cooperación y de procedimiento (existencia de un recurso judicial). En cuanto a la obligación de prevención, la Corte IDH señala que esta comprende: a) la regulación, b) la supervisión y fiscalización, c) la realización de estudios de impacto ambiental, d) el deber de establecer un plan de contingencia y e) el deber de mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.

En cuanto a la obligación de realizar estudios de impacto ambiental, es de destacar que si bien esta obligación se ha desarrollado en toda la jurisprudencia indígena y tribal, lo cierto es que en esta Opinión Consultiva el Tribunal Interamericano extiende la obligación de estudios de impacto ambiental a todo proyecto que pueda causar un daño al medio ambiente, tanto es así que la Corte IDH explícitamente trata de manera separada los supuestos en los cuales el estudio de impacto ambiental se refiere a casos de comunidades indígenas y tribales con otros proyectos que pudieran

77. *Cfr. Ibídem*, párr. 68.

afectar el derecho al medio ambiente⁷⁸. Otro elemento que se agrega en esta OC, es que se debe evaluar el *impacto acumulado*, es decir el impacto ambiental del proyecto principal, pero al mismo tiempo el impacto ambiental de proyectos asociados⁷⁹.

Es de resaltar el análisis que hace la Corte Interamericana en relación a los derechos que se “transforman” – como derechos de procedimiento – a medios (garantías), pues el Tribunal Interamericano reconoce que hay ciertos derechos que adoptan un carácter instrumental como el derecho al acceso a la información, en la medida que permiten la satisfacción de otros derechos, tales como el medio ambiente⁸⁰.

- a) La Opinión Consultiva No. 24- sobre identidad de género y derechos entre parejas del mismo sexo
- b) En el caso de la Opinión Consultiva No. 24 sobre la identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, es de resaltar que ninguna de las preguntas que realizó Costa Rica estaba orientada a DESCAs; sin embargo, dentro de las consideraciones generales que hace la Corte IDH realiza pronunciamientos en materia de derechos sociales, en especial en el caso de las personas trans.

En cuanto al análisis de la discriminación (estructural) existente a la población LGBTI la Corte IDH señala que “a menudo [la discriminación] se ve exacerbada por otros factores tales como el sexo, el origen étnico, la edad, la religión, así como por factores socioeconómicos como la pobreza y el conflicto armado. Estas múltiples formas de discriminación pueden tener efectos a nivel individual, pero también en el plano social, ya que las personas LGBTI que ven vedado su acceso a *derechos básicos como el trabajo, la salud, educación y la vivienda* viven en situaciones de pobreza, privadas de toda oportunidad económica⁸¹.

78. Cfr. *Ibidem*, párrs. 156-170.

79. Cfr. *Ibidem*, párr. 165.

80. Cfr. *Ibidem*, párr. 211.

81. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 41.

Por otro lado, en cuanto a la falta de reconocimiento de la identidad de género de las personas trans, la Corte IDH expresó que la falta de este reconocimiento por un lado puede llegar a constituirse como una censura indirecta a las expresiones de género con lo que se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares tradicionales no contarían con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos⁸². En concordancia con lo anterior, el Tribunal Interamericano manifestó que “la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección [del] derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social [...]”⁸³.

iii) Los nuevos casos y los nuevos horizontes de la justiciabilidad de los DESCAs ante la Corte Interamericana.

Hasta la presente fecha la Corte IDH se ha pronunciado particularmente sobre el derecho al trabajo y, ahora también, sobre el derecho al medio ambiente; esto en sí mismo constituye en gran paso a nivel interamericano. Con independencia de lo hasta ahora abordado por el Tribunal Interamericano, existen dos casos - con audiencia pública realizada- que pueden servir para seguir desarrollando estándares relativos a derechos sociales: el caso *Poblete Vilches y otros Vs. Chile* y el caso *Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*.

El caso *Poblete Vilches*, según el informe de fondo de la Comisión Interamericana, está relacionado con la ausencia de consentimiento informado tanto del señor Vinicio Poblete como de sus familiares para la realización de procedimientos médicos⁸⁴. En los argumentos finales orales de la Comisión Interamericana vertidos durante la audiencia pública, el entonces Comisionado Jesús Orozco refirió que “la Comisión recapitula las consideraciones principales de su informe de fondo [...] en relación con las violaciones del derecho a la

82. Cfr. *Ibidem*, párr. 97.

83. Cfr. *Ibidem*, párr. 98.

84. Véase el Informe de Fondo emitido por la Comisión Interamericana. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12695FondoEs.pdf>.

vida y el derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud”, “conforme a la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte existe una intrínseca relación entre el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal con el derecho a la salud”⁸⁵.

Por otro lado, el caso *Cuscul Pivaral y otros*, según el informe de fondo de la CIDH, se relaciona con la supuesta falta de cumplimiento de las obligaciones de prevención del Estado en materia de VIH/SIDA y la mala atención de salud que han recibido un grupo de personas que están infectadas por el virus⁸⁶.

El caso es interesante desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, ha sido el primer caso en el que ha comparecido por parte la Comisión Interamericana ante la Corte Interamericana, la Relatora Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. En segundo lugar, durante la presentación del caso la Relatora Especial refirió que se alegraría, de manera autónoma, la violación del derecho a la salud desde la óptica del artículo 26 de la Convención. En sus observaciones finales orales la CIDH precisó que “en su informe de fondo [...] la Comisión centró su análisis del derecho a la salud desde la perspectiva de la conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal debido a los términos del informe de admisibilidad”. Sin embargo, también hizo notar que “desde el año 2005, fecha en que se emitió el informe de admisibilidad, ha existido una evolución muy importante en la jurisprudencia interamericana en cuanto al artículo 26 de la Convención [...]”⁸⁷.

Lo que ambas audiencias públicas nos dejan ver, es que el Sistema Interamericano le está apostando a la justiciabilidad directa de los DESCAs; particularmente los dos casos podrían permear la violación del artículo 26 en relación al derecho a la salud, además de desarrollar de manera independiente obligaciones concretas en relación a este derecho y la modalidad de las obligaciones en materia de salud y por otro lado, permitiría a la Corte IDH, por primera vez, pronunciarse sobre si un Estado ha incumplido con su obligación de no regresividad en materia de derechos sociales.

85. Véase Audiencia Pública ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/galeria-multimedia.html>.

86. Véase el Informe de Fondo emitido por la Comisión Interamericana. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12484FondoEs.pdf>.

87. Véase Audiencia Pública ante la Corte Interamericana de derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/galeria-multimedia.html>.

III. CONCLUSIÓN

La importancia de la justiciabilidad directa de otros derechos no contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador radica en la posibilidad que puedan tener las personas en la región para reclamar directamente derechos de naturaleza social ante las instancias interamericanas.

Las decisiones recientes de la Corte IDH han dejado en claro que la justiciabilidad directa de los DESCAs en el SIDH es posible a través del artículo 26 de la Convención. Así, el artículo 26 ha sido interpretado por el Tribunal Interamericano de la manera más favorable y evolutiva a las circunstancias actuales que aquejan al Sistema Interamericano. Los fallos también nos han mostrado que los derechos sociales no necesariamente requieren un análisis de la progresividad o regresividad, sino que en ocasiones el análisis se centrará en verificar que el Estado haya cumplido con sus obligaciones de respeto, garantía, no discriminación o adecuación de derecho interno.

Ahora el punto ciego de los derechos sociales ya no gira en torno a cómo pueden hacerse justiciables todos los derechos sociales, sino que la discusión debe centrarse en cuáles son los alcances que se pueden tener mediante el artículo 26 del Pacto de San José y cómo pueden ser cumplidos y garantizados a nivel interno⁸⁸.

El Tribunal Interamericano debe consolidar una línea jurisprudencial sobre la justiciabilidad de los DESCAs a través del artículo 26 en el Sistema Interamericano ya que ello es de vital importancia para las personas que se encuentran bajo la jurisdicción y protección internacional de este órgano, ya que si bien en sede interna se han emitido pronunciamientos protegiendo derechos de naturaleza social lo cierto es que en muchas ocasiones no se materializa su cumplimiento⁸⁹. Ahora, la Corte Interamericana tiene la oportunidad de proporcionar un piso mínimo de obligaciones a

88. Al respecto el Relator Especial sobre Extrema Pobreza ha enfatizado que: "No obstante, a pesar del importante progreso que se ha logrado recientemente, la realidad es que los derechos económicos y sociales siguen siendo invisibles, en gran medida, en la legislación y las instituciones de la gran mayoría de los Estados". ONU, Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, A/HRC/32/31, 28 de abril de 2016, p. 2.

89. Consúltese al respecto: Langford, Malcolm, Rodríguez Garavito, Cesar y Rossi, Julieta (Editores), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política su cumplimiento*, Colección DeJusticia, Bogotá, 2017.

los Estados en materia de DESCAs y dar mayor claridad sobre las obligaciones, abonando al diálogo jurisprudencial y al control de convencionalidad.

No puedo dejar de señalar que con posterioridad a la sentencia del caso *Lagos del Campo Vs. Perú*⁹⁰, el mismo día se decidió el caso *Vereda la Esperanza Vs. Colombia*⁹¹ en donde estaba involucrado el derecho a la vivienda; sin embargo, como lo expone el Juez Ferrer Mac-Gregor en una muy acertada observación al fallo, se debió haber aplicado vía *iura novit curia*, el artículo 26 para poder derivar el derecho a la vivienda y proteger ese derecho en el caso⁹². Con independencia de ese desafortunado precedente, lo cierto es que el caso de los Trabajadores Cesados de Petroperú, así como el contenido de las opiniones consultivas No. 23 y No. 24 nos dan un panorama mucho más alentador.

Hoy en día se encuentran pendientes algunos casos, como hemos mencionado, en donde la Corte IDH puede - y debe- seguir consolidando su jurisprudencia en materia de derechos sociales, de lo contrario, el paso dado en el caso *Lagos del Campo Vs. Perú* habrá sido literatura jurídica condenada a no tener más efectos en futuros casos. Esperemos que la Corte IDH mantenga una visión amplia e integral para receptar y re- leer las violaciones que se presenten también en un lenguaje de DESCAs.

90. Ambos fallos se decidieron el 31 de agosto de 2017. Mientras que el caso *Lagos del Campo* fue notificado el día 13 de noviembre de 2017 el caso *Vereda la Esperanza* fue notificado el día 30 de noviembre de 2017.

91. Al respecto el Juez Eduardo Ferrer hace esta acotación en los siguientes términos: "7. En ese sentido, la Corte IDH debió tener en consideración que en el *Caso Lagos del Campo Vs. Perú –resuelto el mismo día que el presente caso–*, se abrió una nueva vertiente jurisprudencial al declarar la violación de los derechos laborales de la víctima, a través del artículo 26 de la Convención Americana. En efecto, en esa histórica sentencia, la Corte IDH sostuvo [...]". Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 7.

92. En la sentencia el Tribunal reconoce la existencia de un "derecho a la vivienda" en los siguientes términos: "241. [...] En tal virtud, este Tribunal considera necesario hacer algunas precisiones adicionales sobre la inviolabilidad del domicilio y la vida privada, desde la perspectiva del artículo 11.2 de la Convención y sobre el derecho a la vivienda, esto último tomando en consideración que si bien toda vivienda es susceptible de ser protegida mediante el derecho de propiedad, no toda propiedad es necesariamente una vivienda". *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 241.

Las críticas no han sido ajenas a las decisiones recientes, hay posiciones tanto a favor como en contra del paso dado por la Corte Interamericana; eso es natural en toda decisión y avance que se da, una decisión que no se somete a la crítica es sin duda alguna, un precedente que no seguirá mejorando para tener una mayor efectividad en la vida de todas las personas que ven en el Sistema Interamericano un espacio de justicia a sus reclamos.

El panorama ya no es desesperanzador, el Sistema Interamericano ha avanzado en esta temática urgente en nuestra región, y en ello podemos ver los aportes que, poco a poco, se han ido materializando ante la Organización de Estados Americanos. Más que buscar limitaciones y obstáculos a la exigencia de los derechos sociales, los organismos supranacionales de protección de derechos humanos también están llamados a interpretar de manera más favorable y amplia las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, de lo contrario, sería condenar un campo fértil de protección de derechos humanos a una sequía en la región.

LA OBLIGACIÓN DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA

Julián Daniel López-Murcia

Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional “Francisco Suárez, S.J.” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia; Abogado (graduado con honores) y Magister en Derecho Económico (becado por excelencia académica) de la misma universidad.

Lina María García-Daza

Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana con *Specialization in Advanced Studies in Political, Economical and Social Sciences* (Magna Cum Laude) de *University of Notre Dame* (Estados Unidos) y “Programa especializado en Derechos Humanos” de la *Academy on Human Rights and Humanitarian Law* de la *American University* (Estados Unidos).

1. INTRODUCCIÓN

En los ámbitos jurídico, económico y político siempre ha existido un gran debate sobre el alcance de las obligaciones de los Estados en relación con la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”), en particular, respecto de la obligación de desarrollo progresivo, frente a las obligaciones relativas a los derechos civiles y políticos (en adelante “DCP”). Algunos autores han llegado a señalar que los DESC no son más que políticas públicas, que responden a programaciones de los Estados, más que a garantías de derechos¹. Otros, en contraste, no dudan en reconocer que tienen la misma naturaleza que los demás derechos

1. E.W. Vierdag, *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 103, en *9 Yearbook of International Law* (Netherlands, 1978).

humanos², y que la realización de los DCP sin el goce de los DESC resulta imposible³.

Autores como Mortati afirman que los DESC son “derechos prestacionales”, que nacen de una situación de desequilibrio social y cuya finalidad está en la búsqueda de la igualdad material, razón por la cual suponen por parte del Estado colaboración presupuestal, reglamentación, recursos y adopción de medidas⁴. Nikken afirma que los DCP son derechos frente a los cuales el Estado está obligado a un resultado concreto, referido a la creación de una esfera donde se protejan y garanticen dichos derechos a partir de obligaciones de no hacer que no generan costo alguno para el Estado, en tanto que los DESC refieren obligaciones de medio o de comportamiento que implican que el Estado no sólo debe satisfacer los derechos, sino también comportarse de manera tal que le sea posible alcanzar el fin buscado dentro de los estándares apropiados⁵.

Por su parte, autores muy reconocidos en el ámbito interamericano como Víctor Abramovich sostienen que “*las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado*”, mientras que “*la estructura de los DESC se caracterizaría por obligar al Estado a hacer a través de prestaciones positivas como proveer sistemas de salud, asegurar educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la nación*”⁶.

En el ámbito de los tribunales nacionales, se destacan los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Sudáfrica, que en

2. Haydée Birgin y Beatriz Kohén (comps.), *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, en *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas* (Biblos, Buenos Aires, 2006).

3. La Declaración de Teherán, de 1968, con ocasión de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, establece en su artículo 13: “*Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible*”.

4. Así lo señala Víctor Rodríguez Rescia, Los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano: Mecanismos para su protección, 3.

5. Pedro Nikken, *El concepto de derechos humanos*, en *Estudios básicos de derechos humanos I* (Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza, comps., Edit. Prometeo, San José, Costa Rica, 1994).

6. Víctor E. Abramovich Cosarin, Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1997, en: <http://www.defensoria.gob.cr/detalle.asp?sec=1407&id=874&plantilla=8>).

casos como *Soobramoney vs. Ministro de Salud*⁷, *Grootboom y otros vs. Gobierno de Sudáfrica y otros*⁸ y *Treatment Action Campaign vs. Ministerio de Salud*⁹ ha sostenido que las obligaciones de hacer que tiene el Estado no deben ser orientadas a la provisión de los bienes o servicios como garantía del derecho, sino a la creación de políticas públicas que busquen acabar con el problema, utilizando razonablemente¹⁰ y sin discriminación los recursos disponibles¹¹. Bajo esta perspectiva, los jueces estarían orientados a evaluar si el Estado, en aras de proteger un derecho, ha planificado e implementado políticas o estrategias razonables, y no a evaluar directamente la provisión del bien o servicio. En contraposición, la jurisprudencia venezolana, al igual que la de la Corte Constitucional colombiana (en adelante "CCC"), en casos como el de los *Niños, Niñas y Adolescentes con Cardiopatías Congénitas*¹² y en la Sentencia T-1207 de 2001¹³, respectivamente, consideran que la obligación de hacer que tienen los Estados consiste en brindar adecuadamente el bien o servicio al cual están obligados para garantizar los derechos de la población¹⁴. No se trata, entonces, sólo de diseñar programas o planes de acción

7. Corte Constitucional de Sudáfrica. Sentencia de 27 de noviembre de 1997, KwaZulu-Natal.

8. Corte Constitucional de Sudáfrica. Sentencia de 21 de septiembre de 2000.

9. Corte Constitucional de Sudáfrica. Sentencia de 5 de julio de 2002.

10. Vinodh Jaichand, abogado de la Suprema Corte sudafricana, ha sostenido que las formas y el contenido precisos de las medidas a ser adoptadas son fundamentalmente una cuestión de competencia de los poderes legislativo y ejecutivo. Estos deben, con todo, asegurar que las medidas adoptadas sean razonables. Un tribunal que examine la razonabilidad no inquirirá sobre si se hubieran podido adoptar medidas más deseables o favorables o si el dinero público hubiera podido ser mejor usado. El problema se resume a determinar si las medidas tomadas fueron razonables. Es necesario reconocer que el Estado puede adoptar una amplia variedad de medidas para cumplir sus obligaciones. Muchas de ellas se ajustan a la exigencia de razonabilidad. Una vez demostrado que tales medidas lo hacen, esa exigencia se dará por cumplida (*Revista Conectas, Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos, en Los sistemas domésticos de derecho*, Brasil en http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos1/esp/artigo_vinodh.htm).

11. Así lo ha sostenido Viviana Kristicevic, *La tutela de los derechos sociales en el Sistema Interamericano* (en http://www.idrc.ca/en/ev-107410-201-1-DO_TOPIC.html).

12. Tribunal de la Protección del Niño y del Adolescente, Sala Cuarta, República de Venezuela, decisión del 16 de julio de 2001.

13. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-1207 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, y del 16 de noviembre de 2001.

14. Así lo señaló Kristicevic, ob. cit., supra nota 11.

orientados a subsanar las situaciones de conflicto o los déficits que se tengan, sino de proveer eficientemente bienes y servicios que garanticen el bienestar de la población, con independencia del tipo de derecho correspondiente.

Al respecto, en nuestra posición, compartida con otros autores¹⁵, sostener que las obligaciones de hacer de los Estados frente a los DESC están orientadas, únicamente, a la creación de políticas públicas tendientes a garantizar estos derechos, dejando aparte la efectiva provisión del bien o servicio, sería utilizar la obligación de garantía progresiva como excusa para el incumplimiento de este tipo de deberes, cuando, como ha sido establecido por Julieta Rossi y Víctor Abramovich, *“la progresividad (...) está lejos de ser un permiso para dilatar la efectividad de los derechos consagrados”*¹⁶.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”), del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “CADH”) y del Protocolo de San Salvador tienen el mismo valor jurídico de aquellas en las que se sustentan los DCP. Ahora bien, en cuanto a su contenido, preferimos no divagar acerca de las variadas aproximaciones doctrinales, sino acogernos de manera puntual a lo dicho por los intérpretes autorizados de los tratados en cuanto a la obligación jurídica general de progresividad y en cuanto a las obligaciones específicas derivadas de cada uno de los DESC.

En dicha línea, en este artículo analizaremos la obligación de progresividad de los DESC, tal y como ha sido desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Comité”) –ya que no ha tenido mayor desarrollo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CorteIDH”)– y, en dichos términos, la aplicaremos para analizar si el actual régimen tarifario colombiano de los servicios públicos domiciliarios ha sido o no favorable para el cumplimiento de la obligación de progresividad de los DESC.

15. Steven Marks, Obligations to Implement the Right to Development. Philosophical, Political, and Legal Rationales, en *Development as A Human Rights* (Bard Anders Andreassen & Stephen Marks, Harvard School of Public Health & Harvard University Press, 2006).

16. Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Trotta, España, 2002).

Lo anterior, con el fin de precisar el debate sobre dicho régimen desde la perspectiva de los derechos humanos, planteándolo dentro de los criterios que sí son relevantes en el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante "DIDH"), como son los de "accesibilidad" y "calidad" de los servicios, y abandonando otros, verdaderamente irrelevantes para el DIDH, como la titularidad de la propiedad y la nacionalidad del prestador. Así las cosas, ya no se habla de la obligación de "respetar", sino de la obligación de "proteger", como se verá más adelante. De otra parte, superando ideas equívocas como la "obligatoria" limitación del aumento de tarifas al índice de precios al consumidor (en adelante "IPC"), que nunca han sido señaladas en el ámbito del DIDH por los intérpretes autorizados de los tratados.

1. METODOLOGÍA

El desarrollo de este artículo tuvo cinco fases: (i) revisión de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia con el fin de identificar las disposiciones relativas a la obligación de progresividad de los DESC; (ii) revisión de los pronunciamientos de la CorteIDH en relación con el artículo 26 CADH y el artículo 1 del Protocolo de San Salvador; (iii) revisión de los pronunciamientos del Comité en relación con el artículo 2 PIDESC y con los derechos a una "vivienda adecuada" y al "agua"; (iv) revisión de la doctrina internacional sobre el contenido y alcance de las disposiciones relativas a los DESC, y (v) revisión de las sentencias de la CCC, con el fin de identificar la manera como ha aplicado las Observaciones Generales del Comité.

I. LA OBLIGACIÓN DE DESARROLLO PROGRESIVO

A. HA TENIDO MAYOR DESARROLLO EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS QUE EN EL SIDH

Las disposiciones que contienen la obligación de desarrollo progresivo relevantes para la República de Colombia son el artículo 26 CADH, el artículo 1 del Protocolo de San Salvador y el artículo 2 PIDESC. El intérprete autorizado del artículo 26 de la CADH y del artículo 1 del Protocolo de San Salvador es la CorteIDH. Por su parte, el intérprete autorizado del artículo 2 del PIDESC es el Comité¹⁷.

17. Si bien las Observaciones Generales del Comité no son de carácter legalmente vinculante para los Estados, debido a que se trata de la opinión del único órgano

Al examinar la jurisprudencia de la CorteIDH, encontramos que en ninguno de los casos en los que ha habido violaciones de DESC, como *Baena Ricardo y otros*¹⁸ o *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*¹⁹, se ha hecho manifestación expresa sobre la ocurrencia de violaciones al artículo 26 CADH o al artículo 1 del Protocolo de San Salvador sin ligarlo con alguno de los DCP²⁰. Lo anterior porque, como señalan González y Olarte²¹, por regla general, la CorteIDH prefiere proteger los DESC dentro de los DCP, por ejemplo, bajo el concepto de “proyecto de vida”²². Tampoco se le ha dado un desarrollo importante al tema en el ejercicio de sus funciones consultivas.

En cuanto al Comité, el desarrollo de la obligación de progresividad se encuentra en sus “Observaciones Generales”, en las cuales ha dado alcance a dicha “obligación jurídica general” en relación con todos los derechos consagrados en el PIDESC y a las obligaciones específicas de cada uno de éstos, verbigracia del “derecho a la seguridad social”²³, del “derecho al trabajo”²⁴, del “derecho de

de expertos encargado de hacer dichas declaraciones con el fin de facilitar el cumplimiento de las cláusulas del PIDESC, hacer caso omiso de estas opiniones, como ha sido establecido en el folleto informativo No. 16 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, demuestra mala fe por parte de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Pacto. Las observaciones Generales del Comité pueden ser consultadas en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

18. CorteIDH, *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C No. 61.

19. CorteIDH, *Caso Trabajadores cesados del Congreso*, (Aguado Alfaro y otros). Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Serie C No. 174.

20. Cfr. Juanita María López Patrón, *Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* No. 12, (2008).

21. Jorge González-Jácome y Carolina Olarte Bacares, *La influencia de los pronunciamientos de organismos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESC*, en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* No. 12 (2008).

22. Sobre reparaciones por “daño al proyecto de vida” cfr. Julián Daniel López Murcia y Juana Inés Acosta López, *Asistencia estatal a los desplazados y reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 173, en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* No. 8, (2006).

23. Observación General No. 19: El derecho a la seguridad social, aprobada el 23 de noviembre de 2007.

24. Observación General No. 18: El derecho al trabajo, aprobada el 24 de noviembre de 2005.

toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor"²⁵, del "derecho a una vivienda adecuada"²⁶, entre otros.

De acuerdo con lo anterior, y con base en la similitud de las normas regionales sobre progresividad con la norma universal, a partir de este punto, nuestro análisis se centrará en el artículo 2 PIDESC.

B. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2 PIDESC

El artículo 2 PIDESC dispone:

Artículo 2

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

Sobre este artículo, el Comité ha señalado que el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los DESC, en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Se requiere de un dispositivo con la flexibilidad necesaria para que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de estos derechos.

De otro lado, de manera previa y general, es preciso resaltar que el PIDESC reconoce las realidades y metodologías económicas como elementos fundamentales para el análisis de la forma como se garantizan los DESC. De hecho, el Comité interpreta el PIDESC refiriéndose a "costos razonables", a la "utilización de un conjunto de

25. Observación General No. 17: Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto), aprobada el 21 de noviembre de 2005.

26. Observación General No. 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), aprobada el 20 de mayo de 1997.

técnicas y tecnologías económicas apropiadas”, a medidas “eficaces” y al ejercicio “sostenible” de los derechos²⁷.

Así mismo, el Comité señala, con claridad, que lo dispuesto en el artículo 2 debe interpretarse a la luz del objetivo general del Pacto de establecer claras obligaciones para los Estados Parte respecto a la plena efectividad de los derechos de que trata. De modo que impone la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo²⁸. Al respecto, en el principio 21 de los Principios de Limburgo se señala:

la obligación de alcanzar el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos exige que los Estados partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección. Bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos.²⁹

El Comité es muy claro en el sentido de que deben tomarse medidas diferenciales, es decir, que obedezcan a la condición particular de la persona, lo que a nuestro modo de ver no es otra cosa que la obligación de alcanzar en la sociedad la “igualdad de oportunidades”. Y, por supuesto, como señala el Comité, el cumplimiento de todas estas obligaciones supone la utilización de métodos de medición, de modo que sea posible el establecimiento de unas metas específicas y de un proceso de identificación y reconocimiento de las dificultades particulares de cada Estado.

Así mismo, de la obligación de progresividad asumida por los Estados surge una obligación de no regresividad. Si los Estados están obligados a mejorar las condiciones del ejercicio de los derechos y a moverse tan rápida y efectivamente como sea posible para garantizar su goce efectivo, están asumiendo, a su vez, la prohibición de adoptar medidas que empeoren la situación de los DESC. Por tanto, todas las medidas de carácter retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente por referencia a

27. Observación General No. 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2002.

28. Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes, adoptada el 14 de diciembre de 1990, parr. 3.

29. Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1986 (Maastricht, Países Bajos). En el mismo sentido cfr. Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit. supra nota 16.

la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga³⁰.

Sin embargo, no se puede olvidar que la aplicación de esta obligación de progresividad parte de unos niveles mínimos de garantía de cada uno de estos derechos. Al respecto, el Comité ha afirmado que *“corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”*³¹. Por tal razón, para considerar una medida como regresiva, no deberá partirse desde ceros, sino desde un nivel de garantía que ya debe haber sido satisfecho por cada Estado. Así, será regresiva cualquier medida tendiente a disminuir o menoscabar dicho nivel esencial que ponga en peligro el pleno goce y ejercicio de estos derechos. Sobre el tema, en el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia la Comisión afirmó:

el principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de los derechos (...) esa obligación de desarrollo progresivo exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo³².

En conclusión, lo dispuesto en el artículo 2 PIDESC y en las interpretaciones del Comité en sus Observaciones Generales puede graficarse así:

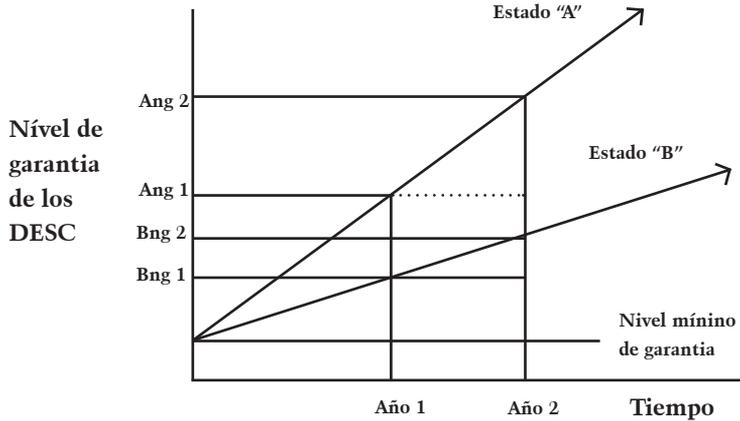
30. Comité DESC, Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Parte, 14/12/90. Ginebra, Suiza. Quinto Periodo de Sesiones. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, párr. 9.

31. *Ibíd*, párr. 10.

32. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser. L/V/II, 102, párrs. 4 y 7.

Gráfica N°. 1

Nivel de Garantía de los DESC



Fuente: Elaboración Propia.

En esta gráfica, el eje vertical es el “Nivel de garantía de los DESC”, es decir, el nivel de avance agregado de todos los DESC en un Estado Parte del PIDESC, y el eje horizontal es el “Tiempo”. De modo que se debe entender que, en principio, cada año el nivel general de garantía de los DESC debe aumentar (de Ang1 a Ang2), y no podría disminuirse, ni mantenerse igual (líneas puntuadas). Lo anterior, partiendo de un “nivel mínimo de garantía” determinado de cada DESC. Igualmente, puede verse que hay desarrollos diferentes de un Estado frente a otro (“A” frente a “B”), lo que da lugar a diferentes niveles de garantía (Ang2 vs. Bng2). Sin embargo, eso no quiere decir que “B” esté incumpliendo la obligación de progresividad, siempre y cuando esté utilizando todos los recursos a su alcance, incluidas las medidas legislativas y la cooperación internacional, que determinarían la pendiente de la curva, sin perjuicio, claro, de que ante altos niveles de progreso la “recta” se vuelva “curva” por un desarrollo marginal decreciente. De otro lado, las medidas regresivas no son admisibles en el “agregado” de los DESC, sino apenas en uno o en parte de ellos, pero, precisamente, con el fin de beneficiar o “no afectar” dicho agregado. Claro está, el factor determinante de la

obligación en su componente “progresivo” siempre será la utilización del máximo de los recursos disponibles.

II. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la Constitución colombiana existe una categoría especial de servicios públicos denominados “servicios públicos domiciliarios”. De acuerdo con el desarrollo legal de dicha categoría, a través de la Ley 142 de 1994, ésta incluye los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible y telefonía fija. En el DIDH, dichos servicios se encuentran regulados, primordialmente, en las Observaciones Generales del Comité relativas al “derecho a una vivienda adecuada” y al “derecho al agua”.

A. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS COMO PARTE DEL “DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA”

En la Observación General N.º 4 el Comité señaló que el “derecho a una vivienda adecuada” no debe interpretarse en un sentido restrictivo, equiparado con el “*mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza*”. Por el contrario, dejó claro que la referencia del párrafo 1 del artículo 11 debe entenderse como una “vivienda adecuada”, que corresponde con el hecho de:

disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.

El Comité también reconoció que hay algunos aspectos del derecho que deben ser tenidos en cuenta *en cualquier contexto*, dentro de los cuales se consideran relevantes para este artículo: (i) la disponibilidad de servicios, materiales e infraestructura, (ii) el que los gastos sean soportables, (iii) la “habitabilidad” y (iv) la “adecuación cultural”. En cuanto al primero, señaló que todos los beneficiarios del derecho a una “vivienda adecuada” deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a *agua potable*, a *energía para la cocina*, a *calefacción y alumbrado*, a *instalaciones sanitarias y de aseo*, de almacenamiento de alimentos, de *eliminación de desechos*, de *drenaje* y a servicios de emergencia. En

relación con que los gastos sean “soportables”, señaló que *no deben impedir la satisfacción de otras necesidades básicas –sin referirse, en momento alguno, al IPC–*, que deben ser conmensurados con los niveles de ingreso y deben existir formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. En cuanto a la “habitabilidad”, consideró que debería poder proteger a sus ocupantes de las amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Y en relación con la “adecuación cultural”, señaló que debe velarse por que se aseguren, entre otros, los *servicios tecnológicos modernos*.

Ahora bien, sobre el diseño de las políticas para garantizar el derecho a una “vivienda adecuada”, entre otras cosas, señaló que: (i) debe darse *prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables*; (ii) deben enfocarse hacia la forma más efectiva de utilizar los recursos en *función del costo*, (iii) deben consultarse con las personas afectadas –incluidas las que no tienen hogar– y (iv) *deben vincular capital privado* pues *“en la mayoría de los casos la experiencia ha demostrado la incapacidad de los gobiernos de satisfacer plenamente los déficits de la vivienda con la vivienda construida públicamente”*. De modo que, en conjunto, las medidas que se están tomando sean suficientes para realizar el derecho de cada individuo *en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles*.

B. ACUEDUCTO - “DERECHO AL AGUA”

En su Observación General N.º 15, el Comité señaló que el “derecho al agua” es *“el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”*. Precisó que está incluido en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y, además, que está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párr. 1 art. 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párr. 1 art. 11). Además, que está reconocido expresamente en un gran número de tratados y declaraciones, por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 14 de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” y en el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Comité precisó que su carácter de “adecuado” no debe interpretarse de manera restrictiva y señaló tres características que

deben cumplir todos los Estados parte del Pacto en relación con dicho derecho: (i) disponibilidad, (ii) calidad y (iii) accesibilidad. En cuanto a la primera, señaló que el abastecimiento de cada persona debe ser continuo y suficiente para el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. En relación con la "calidad", el agua debe ser salubre y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas, y debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. Y en cuanto a los alcances de la "accesibilidad", precisó que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, en sus cuatro dimensiones: accesibilidad física, *accesibilidad económica*, *no discriminación* y acceso a la información sobre las cuestiones del agua.

Así mismo, el Comité es constante en referir la obligación que tienen los Estados de "respetar", "proteger" y "cumplir"³³. Con base en la obligación de "respetar", los Estados deben *abstenerse* de toda actividad que restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad. Las violaciones de esta obligación incluyen, entre otros, la interrupción o desconexión arbitraria o injustificada de los servicios o instalaciones y *los aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio*. En cuanto a la obligación de "proteger", cuando los servicios de suministro de agua sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados deben impedirles que menoscaben el acceso en condiciones de *igualdad* y a un *costo razonable* a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Y en cuanto a la obligación de "cumplir", se subdivide en: a) facilitar, b) promover y c) garantizar. "Facilitar" se refiere a medidas positivas que ayuden a ejercer el derecho. "Promover" se refiere a difundir información sobre el uso higiénico del agua, la protección de sus fuentes y los *métodos para reducir su desperdicio*. "Garantizar" se refiere a que el agua sea asequible, para lo cual los Estados Parte *deben* adoptar las medidas necesarias, entre éstas: *la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas, políticas adecuadas en materia de precios y suplementos de ingresos*. El Estado viola esta obligación, por ejemplo, *al asignar fondos insuficientes o en forma incorrecta,*

33. Observación General No. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), adoptada el 12 de mayo de 1999.

con el resultado de menoscabar el disfrute del derecho al agua de personas o grupos vulnerables o marginados; al no lograr que todos disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable; ante violación que es muy importante –por el auge de TBI's y TLC's– consistente en que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones con respecto al “derecho al agua” al concertar acuerdos internacionales³⁴.

Sobre el diseño de las políticas para garantizar el “derecho al agua”, entre otros, el Comité señaló: (i) la *asignación de los recursos de agua y las inversiones en el sector del agua deben facilitar el acceso al agua a todos los miembros de la sociedad* –advirtiendo que una distribución inadecuada de los recursos puede conducir a una discriminación que quizá no sea manifiesta–; (ii) deben asegurar el suministro necesario de agua a quienes *no disponen de medios suficientes*, en particular para velar por que las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. Al respecto, el Comité distingue entre la incapacidad y la renuencia de un Estado a cumplir sus obligaciones, de modo que la obligación del Estado radica en hacer todo lo posible para utilizar todos los recursos y medidas de que dispone para cumplir, pero si a pesar de ello no puede garantizar el “derecho al agua” a todos, no será responsable; (iii) la estrategia y el plan de acción deberán ser *revisados periódicamente y prever indicadores y niveles de referencia que permitan seguir los progresos realizados*; (iv) los indicadores que el Comité señaló para evaluar el cumplimiento de un Estado en relación con el “derecho al agua” se refieren a los distintos componentes de un agua “adecuada” como suficiencia, salubridad, aceptabilidad, asequibilidad y accesibilidad; (v) todos los *pagos por servicios de suministro de agua* deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos. *Sobre los hogares más pobres no puede recaer una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos*. En

34. Al respecto, de manera expresa, el Comité señaló: “Los Estados Partes deberán velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho al agua y, con tal fin, deberán considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos jurídicos. En cuanto a la concertación y aplicación de otros acuerdos internacionales y regionales, los Estados Partes deberán adoptar medidas para garantizar que estos instrumentos no repercutan negativamente en el derecho al agua potable. Los acuerdos de liberalización del comercio no deben restringir ni menoscabar la capacidad de un país de garantizar el pleno ejercicio del derecho al agua”.

relación con la suspensión del servicio, el Comité señala que, antes de suspender el servicio, es preciso tener en cuenta la capacidad de pago de la persona y que bajo ninguna circunstancia puede privarse a una persona del mínimo indispensable de agua; (vi) el ejercicio del derecho al agua debe organizarse de manera *sostenible*, para que pueda ser ejercido por las generaciones futuras y, de manera explícita, entre las estrategias y programas para ello, señaló el aumento del *uso eficiente* del agua por parte de los consumidores; (vii) en los casos en que la responsabilidad de hacer efectivo el derecho al agua se haya delegado en las autoridades regionales o locales, el Estado debe tener en cuenta que sigue siendo responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Pacto, y por tanto, *debe velar por que estas autoridades tengan a su disposición suficientes recursos para mantener y ampliar los servicios e instalaciones de agua necesarios*. Además, los Estados parte deben velar por que dichas autoridades no nieguen el acceso a los servicios sobre una base discriminatoria.

III. CÓMO SE INCORPORAN LAS OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ EN EL DERECHO COLOMBIANO

Uno de los aspectos más importantes de la Constitución Política colombiana de 1991 fue la voluntad inequívoca de los constituyentes de dar plena eficacia a las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario ratificados por Colombia. Dentro de los mecanismos para su incorporación, es de especial importancia el dispuesto en el segundo inciso del artículo 93 de acuerdo con el cual:

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Sobre este inciso, el profesor Uprimny señaló lo siguiente:

Por su parte: ¿cuál es la importancia y campo de acción del inciso segundo del artículo 93 superior? A mi juicio es que esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no

puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, debemos concluir que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Y como es obvio, para ese ejercicio, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de las instancias internacionales, que constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado³⁵.

De acuerdo con lo anterior, lo señalado por el Comité en relación con la obligación de progresividad de los DESC y con los derechos a una “vivienda adecuada” y con el “derecho al agua” se incorpora en el derecho colombiano a través del “bloque de constitucionalidad”, específicamente, a través del segundo inciso del artículo 93 de la Constitución, debido a que se trata de interpretaciones autorizadas de un tratado de derechos humanos, ratificado por Colombia, que tiene el mayor nivel de desarrollo del derecho constitucional en cuestión –favorabilidad–.

Dentro de las sentencias de la CCC en las que se ha hecho este tipo de interpretación se pueden destacar, para el objeto de nuestro análisis, la C-936 de 2001 y la C-038 de 2004 –por su temática– y la T-405 de 2008 y la T-591 de 2008 –porque permiten conocer la posición vigente de la Corte–. En la sentencia C-936 de 2001, la CCC interpretó el “derecho a una vivienda digna” de la Constitución con base en el “bloque de constitucionalidad”, en atención a lo dispuesto

35. Rodrigo Uprimny, *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, 148-149, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Vol. I (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2002).

en la Observación General N.º 4 del Comité, reconociendo, entre otros, que este derecho implica la adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios. Y en la sentencia C-038 de 2004, la CCC se refirió a la no regresividad en las condiciones laborales con base en la Observación General N.º 3.

Por su parte, en las recientes sentencias T-405 de 2008 y T-591 de 2008, la CCC interpretó el “derecho a la salud” con base en el “bloque de constitucionalidad”, obedeciendo a lo dispuesto en la Observación General N.º 14 del Comité. La Corte fundamentó su interpretación en los siguientes términos:

Dicha regla general, ha evolucionado y en la actualidad ya existe consenso en la comunidad jurídica a partir de la fuerza vinculante del precedente constitucional, en reconocer a la salud no como un mero servicio público que se brinda por el Estado en mayor o menor medida según sus políticas públicas (Art. 49 C.P.) sino como un típico derecho subjetivo cuyo contenido interpretado de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 93 Superior otorga a cada una de las personas residentes en Colombia el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de carácter fundamental autónomo en lo atinente a: i) recibir la atención de salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, ii) a obtener la protección de los elementos esenciales del derecho a la salud como son la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad definidas en la Observación General N.º 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y, iii) en los casos en que el paciente sea un sujeto de especial protección como en el caso de las niñas y niños, las personas con discapacidad y los adultos mayores.

De acuerdo con lo anterior, para determinar el marco dentro del cual se puede mover la regulación económica colombiana es fundamental conocer los pronunciamientos de los intérpretes autorizados de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y la forma como los ha incorporado la CCC. Por su obligatoriedad, ya no es admisible que un operador jurídico no incluya en sus análisis estos pronunciamientos. Por ejemplo, en el denominado “derecho de la competencia” no tiene sentido que en el análisis de la regulación del mercado de la energía eléctrica no se

tenga en cuenta lo señalado por el Comité en su Observación General N.º 4 sobre el “derecho a una vivienda adecuada”, ello por cuanto Colombia ratificó el PIDESC, el Comité es el intérprete autorizado de dicho pacto y la Observación General se refiere de manera explícita a dicho servicio como parte del contenido del “derecho a una vivienda adecuada” denominado en el derecho colombiano “derecho a una vivienda digna”, consagrado en el artículo 51 de la Constitución.

IV. EL RÉGIMEN TARIFARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS COLOMBIANO

En los años ochenta, en Colombia el sector de los servicios públicos domiciliarios se caracterizaba por un equilibrio económico de bajo nivel³⁶, una “trampa de los malos servicios”³⁷. Las empresas eran manejadas, por regla general, por políticos que mantenían tarifas que no reflejaban los costos reales de la prestación del servicio, lo que imposibilitaba contar con recursos para mejorar su *calidad*, por lo cual los usuarios se negaban a aceptar aumentos en las tarifas³⁸. Las señales tarifarias erradas generaban excesos de consumo en los usuarios conectados³⁹ y la *imposibilidad de conexión para los más pobres*, pues las empresas no tenían recursos para ampliar las redes y, en todo caso, sus decisiones de inversión no respondían a criterios de eficiencia económica⁴⁰.

Frente a lo anterior, el constituyente de 1991 sentó las bases para darle fin al esquema en que dichos servicios eran prestados directamente por el Estado, porque los prestaba de manera ineficiente, había escasa cobertura y una inmensa carga fiscal⁴¹. Lo anterior tenía

36. Económica Consultores, *Impacto sectorial de los diez años de la legislación marco de servicios públicos domiciliarios en Colombia*, 16 (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá, 2004).

37. Uso la expresión “trampa de los malos servicios” de forma análoga a la expresión “trampa de la pobreza” que se utiliza en Economía. Sobre la trampa de la pobreza cfr. Jeffrey Sachs, *El fin de la pobreza*, 345-347 (Debate, Bogotá, 2005).

38. *Ibíd.*, 16.

39. *Ibíd.*, 18.

40. Como señaló Económica Consultores: “Se incluían proyectos en el plan de inversión que no arrojaban la menor relación costo beneficio; se presentaban errores en el dimensionamiento de la capacidad instalada por sobre o sub estimación del comportamiento de la demanda”. *Ibíd.*, 17.

41. *Ibíd.*, 15.

como efecto la afectación de la calidad de vida de las personas⁴² y, en general, de la productividad de la economía. Con dicho esquema, Colombia estaba incumpliendo sus obligaciones del Pacto⁴³.

Por ello, en la Constitución se señalan como criterios especiales para el nuevo régimen *“los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”*. Como señala Palacios, de acuerdo con el criterio de *“costos”*, las tarifas deben permitir su recuperación, pero con base en políticas de control de eficiencia por parte de las autoridades competentes⁴⁴. En cuanto al criterio de *“solidaridad”*, como señala el mismo autor, éste se refiere a medidas que tengan en cuenta *“no tanto la capacidad permanente o habitual de una persona para cumplir con las obligaciones que se derivan de su calidad de usuario de los servicios públicos, sino las situaciones que la incapacitan en forma temporal para atenderlas”*⁴⁵. Y por su parte, el criterio de *“redistribución de ingresos”* implica tomar recursos que existen en la comunidad y orientarlos hacia quienes tienen menos ingresos, como los subsidios a los que se refiere el artículo 368 de la Constitución⁴⁶.

En cuanto a la fijación de las tarifas, de acuerdo con la ley que desarrolló el mencionado esquema constitucional, mientras no haya condiciones de competencia, las empresas no tienen completa libertad para establecer sus tarifas, deben hacerlo con una *“fórmula”* fijada por la comisión de regulación que corresponda según el servicio que presten. Dicha *“fórmula”* debe basarse en el costo de prestación bajo condiciones de *“eficiencia económica”* y *“suficiencia financiera”*. Además, debe atender a los criterios de neutralidad, solidaridad, redistribución, simplicidad y transparencia.

42. A nivel de política internacional, por ejemplo, dentro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), el número 7, *“Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente”*, incluye la siguiente meta: *“Meta 10. Reducir a la mitad para el año 2015 el porcentaje de personas que carezcan de acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento”*. Cfr. <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/report2007/mdgreport2007r2.pdf>

43. De acuerdo con los *“Principios de Limburgo”* un Estado parte incurre en una violación, *inter alia*, si no elimina rápidamente los obstáculos a que está obligado a eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho contemplado en el Pacto.

44. Hugo Palacios, *El derecho de los servicios públicos*, 83 (Derecho Vigente).

45. *Ibíd.*, 84.

46. *Ibíd.*

Así, el carácter “eficiente” de las tarifas, de un lado, protege a los usuarios de que las empresas les trasladen el costo de sus ineficiencias⁴⁷ y, de otro, provee una importante herramienta para que las comisiones de regulación incentiven a las empresas para ser eficientes. Ambos objetivos, acordes con el Pacto. Y, por su parte, el principio de “suficiencia financiera” ordena tener en cuenta dentro de las fórmulas tarifarias los costos de capital que requiere la operación de la empresa, que incluye los de expansión, de reposición y de mantenimiento, con lo cual fomenta la expansión y mantenimiento de la infraestructura⁴⁸. Para ello, entre otros, permite que las fórmulas tarifarias tengan en cuenta los planes de expansión de las empresas para que puedan financiarse con las tarifas (art. 87.4 Ley 142 de 1994) o mediante el cobro de cargo por aportes de conexión (art. 90.3 *ibíd.*). Claro está, a través de lo dispuesto en los artículos 90 numeral 3⁴⁹ y 96⁵⁰ de la Ley 142, el legislador buscó evitar proyectos de inversión

47. Incluso existe una disposición expresa al respecto en la Ley 142 de 1994: *“Artículo 94. Tarifas y recuperación de pérdidas. De acuerdo con los principios de eficiencia y suficiencia financiera, y dada la necesidad de lograr un adecuado equilibrio entre ellos, no se permitirán alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales. La recuperación patrimonial deberá hacerse, exclusivamente, con nuevos aportes de capital de los socios, o con cargo a las reservas de la empresa o a sus nuevas utilidades”*.

48. Dicho objetivo puede encontrarse en el artículo 3° numeral 8 de la Ley 142 de 1994 que establece: *“Artículo 3° Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, especialmente las relativas a las siguientes materias: (...) 8. Estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos”*.

49. El artículo 90 numeral 3 dice: *“Un cargo por aportes de conexión el cual podrá cubrir los costos involucrados en la conexión del usuario al servicio. También podrá cobrarse cuando, por razones de suficiencia financiera, sea necesario acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura, siempre y cuando estas correspondan a un plan de expansión de costo mínimo. La fórmula podrá distribuir estos costos en alícuotas partes anuales. El cobro de estos cargos en ningún caso podrá contradecir el principio de la eficiencia, ni trasladar al usuario los costos de una gestión ineficiente o extraer beneficios de posiciones dominantes o de monopolio. Las comisiones de regulación siempre podrán diseñar y hacer públicas diversas opciones tarifarias que tomen en cuenta diseños óptimos de tarifas. Cualquier usuario podrá exigir la aplicación de una de estas opciones, si asume los costos de los equipos de medición necesarios”*.

50. El artículo 96 dice: *“Otros cobros tarifarios. Quienes presten servicios públicos domiciliarios podrán cobrar un cargo por concepto de reconexión y reinstalación, para la recuperación de los costos en que incurran. En caso de mora de los usuarios en el pago de los servicios, podrán aplicarse intereses de mora sobre los saldos*

sin un adecuado análisis costo-beneficio. En estos numerales se dispone que las tarifas sólo deben tener en cuenta las inversiones correspondientes a “*planes de expansión de costo mínimo*”⁵¹. Sin duda, un tipo de control muy útil para cumplir con la obligación derivada del Pacto, consistente en usar los recursos estatales –que se reconocen como escasos– de manera eficiente, como un medio para avanzar en la garantía de los derechos.

En cuanto a los subsidios, como señala Palacios, además de beneficiar directamente a los usuarios –ya conectados– de menores ingresos, posibilitan la vinculación de nuevos usuarios –de otro modo no podrían tomar el servicio–, lo que tiene como efectos el beneficio de éstos y el de las empresas, que así tendrán una cantidad de clientes suficiente para ser viables⁵². Claro está, al contrario de lo que sostienen, entre otros, Palacios⁵³ y los autores del reciente documento del Departamento Nacional de Planeación titulado “Pobreza y servicios públicos domiciliarios”⁵⁴, para el Estado colombiano no es “potestativo” entregar subsidios para el pago de los servicios públicos domiciliarios a las personas de menores ingresos, ya que esta disposición de recursos está sometida a las obligaciones internacionales descritas en el primer capítulo de este artículo.

insolutos. *Las comisiones de regulación podrán modificar las fórmulas tarifarias para estimular a las empresas de servicios públicos domiciliarios de energía y acueducto a hacer inversiones tendientes a facilitar a los usuarios la mejora en la eficiencia en el uso de la energía o el agua, si tales inversiones tienen una tasa de retorno económica suficiente para justificar la asignación de los recursos en condiciones de mercado*”.

51. En el artículo 14 .12 de la Ley 142 se define qué es un “plan de expansión de costo mínimo”: “Plan de expansión de costo mínimo. *Plan de inversión a mediano y largo plazo, cuya factibilidad técnica, económica, financiera, y ambiental, garantiza minimizar los costos de expansión del servicio. Los planes oficiales de inversión serán indicativos y se harán con el propósito de garantizar continuidad, calidad, y confiabilidad en el suministro del servicio*”.

52. Hugo Palacios, *El derecho de los servicios públicos*, 84 (Derecho Vigente, Bogotá, 1999).

53. *Ibíd.*, 87 y 230. Palacios Mejía, expresamente señala: “*Por eso, ni la Constitución, ni la ley, obligan a las autoridades, y mucho menos a los particulares, a dar subsidios a los usuarios de servicios públicos. Las normas permiten a las autoridades, y a sus entidades descentralizadas, dar subsidios, dentro de ciertos requisitos, a los usuarios de menores ingresos; pero no los obligan*”.

54. Econometría S.A., *Pobreza y servicios públicos domiciliarios*, 57 (Departamento Nacional de Planeación, Colombia, 2007, en: http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/MP_En_Que_Vamos/SERVICIOS%20PUBLICOS.pdf).

5. EL ACTUAL RÉGIMEN TARIFARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS: ¿PROGRESIVO O REGRESIVO?

La pregunta de fondo, desde el DIDH, en relación con el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, es si éste ha sido progresivo o regresivo en relación con la garantía de los DESC, es decir, si ha sido o no útil para mejorar la accesibilidad y la calidad de los servicios. En este punto, es preciso advertir que no es relevante, de manera directa, para el DIDH, si la propiedad de los prestadores es pública o privada, o si es extranjera o nacional. Lo relevante es que se presten servicios de buena calidad, a un costo razonable, sin discriminación alguna y de manera sostenible. En línea con lo anterior, a continuación, nos referiremos a los efectos del régimen tarifario sobre la “accesibilidad” y la “calidad” de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.

6. EFECTOS DEL RÉGIMEN EN RELACIÓN CON LA “ACCESIBILIDAD”

1. APROXIMACIÓN GLOBAL AL INCREMENTO DE LA ACCESIBILIDAD FÍSICA

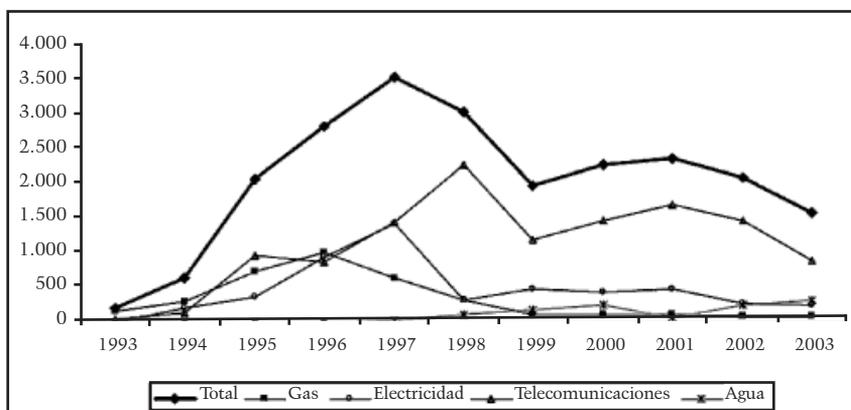
En mayo de 2004, el prestigioso economista Guillermo Perry señaló que en los únicos países de la región en que aumentó la inversión en infraestructura pública en la década de los noventa fueron Colombia y Chile. En Colombia, gracias al marco regulatorio, y en Chile por aumentos en el gasto del sector público⁵⁵. Por su parte, de acuerdo con el documento CONPES 3385 del 10 de octubre de 2005, entre 1993 y 2003 la inversión privada en los servicios públicos alcanzó un total estimado de \$22.6 billones de 2004, cifra en la que el sector eléctrico aportó un total aproximado de \$5.2 billones

55. Económica Consultores, ob. cit., supra nota 36, 27 a 28. De manera puntual se señaló: “Durante este período, los flujos de capital y las tasas de crecimiento promedio de la región cayeron drásticamente y las economías se vieron forzadas a ajustar el gasto en capital público con una reducción mayor a un punto porcentual como proporción al PIB. De acuerdo con Perry, la solidez del marco regulatorio en Colombia permitió atraer flujos de capital hacia este sector, que compensaron más que proporcionalmente las reducciones en las inversiones del sector público. De promedios de alrededor del 4% del PIB en la década de los 80, se pasó a un gasto en infraestructura pública en los 90 alrededor del 6%. La importancia del marco regulatorio en este comportamiento se reafirma si se tiene en cuenta que el crecimiento en las inversiones en infraestructura en Chile está explicado por aumentos en el gasto del sector público”.

(23%), el sector de gas \$3.7 billones (16%), las comunicaciones domiciliarias y no domiciliarias \$12.4 billones (55%) y el sector de agua y alcantarillado más de \$1.3 billones (6%). En la gráfica, es preciso fijarse en el nivel en el que se encontraban estas inversiones antes de la entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994 que desarrolló el nuevo régimen tarifario:

Gráfica 2

Comportamiento de la inversión privada en servicios públicos en Colombia
Miles de millones de pesos de 2004



Fuente: Documento CONPES 3385 del 10 de octubre de 2005.

De otro lado, según Montenegro y Rivas⁵⁶, el Banco Mundial se refirió a la situación colombiana de la siguiente manera:

Frente a estándares latinoamericanos, Colombia ha alcanzado altas coberturas en su infraestructura social, en particular en agua y alcantarillado (...) en lo que supera a todos los países de nivel de ingreso alto-medio, excepto Chile, y en electricidad, aunque está por debajo de los países de ingresos más altos, está 10 puntos porcentuales por encima de sus pares (...) aun frente a estándares globales, las coberturas en Colombia son significativamente más altas que las de países de condiciones similares.

56. Armando Montenegro y Rafael Rivas, *Las piezas del rompecabezas. Desigualdad, pobreza y crecimiento*, 266 (Taurus, Bogotá, 2005).

Por su parte, en el estudio “Pobreza y servicios públicos domiciliarios” del Departamento Nacional de Planeación, se señala lo siguiente:

Una década después de la reforma, Colombia está muy cerca de alcanzar la prestación universal de servicios como electricidad, agua potable y saneamiento básico en las áreas urbanas, aunque existe un retraso importante en la cobertura de muchas áreas rurales⁵⁷.

2. APROXIMACIÓN POR SERVICIOS AL INCREMENTO DE LA ACCESIBILIDAD

En cuanto al *acueducto*, para las cinco principales ciudades del país, las coberturas promedio pasaron del 89.2% al 96.3% en la década 1991-2001; en alcantarillado, el aumento fue de casi 10 puntos porcentuales, pasando del 83.6% al 93% en el mismo período. Se destacan Barranquilla, que en acueducto tuvo un incremento de 14 puntos en esa década, y Bogotá, que en alcantarillado aumentó la cobertura desde el 60% a principios de los noventa hasta el 95% en 2001⁵⁸. En contraste, en el sector rural, las coberturas siguen siendo muy bajas. Por tanto, la regulación deberá revisarse en relación con este específico aspecto, para hacer las modificaciones que sean necesarias a fin de poder cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto. En el caso del *aseo*, no es pertinente hablar de coberturas, en la medida en que se trata de un bien público en el cual no se excluye del servicio a quien no tiene un contrato de condiciones uniformes⁵⁹. En cuanto a la *energía eléctrica*, en la primera parte de los noventa hubo un aumento en el ritmo de expansión de coberturas, pero a medida que se van alcanzando niveles cercanos al 100% en las áreas urbanas, éste disminuye. En el año 2003 la cobertura en cabeceras municipales llegó al 99.8%, por tanto, el ritmo de las nuevas conexiones dependerá del crecimiento demográfico en las áreas urbanas. En cuanto al área rural, las coberturas entre 1997 y 2003 pasaron del 77.2% al 83.1%⁶⁰. En relación con el gas, las coberturas crecieron en forma acelerada: en los primeros seis años del nuevo régimen, el número de suscriptores de gas se duplicó

57. Econometría S.A., ob. cit., supra nota 54, 10.

58. Económica Consultores, ob. cit. supra nota 36, 87.

59. *Ibíd.*, 30.

60. *Ibíd.*, 28 a 29.

bajo la iniciativa de empresas de distribución de capital privado y por el esfuerzo estatal en la planeación y financiación de la red de gasoductos hacia el interior del país⁶¹. En cuanto a la *telefonía fija*, la tasa de crecimiento en los noventa es del 10% promedio anual y la densidad telefónica pasó de 8 a 22 por cada cien habitantes. De otro lado, en el sector rural la cobertura pasó del 5% al 10%⁶². En conclusión, no hay duda del importante y positivo impacto que ha tenido el régimen tarifario en el aumento de la accesibilidad de los servicios.

B. EFECTOS DEL RÉGIMEN EN RELACIÓN CON LA “CALIDAD”

1. PERCEPCIÓN GLOBAL DE LOS AUMENTOS DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS

En opinión de los ciudadanos⁶³, en general, la calidad de los servicios públicos domiciliarios en Colombia es buena (3.2 en una escala de 1 a 5)⁶⁴. Al indagar acerca de la calidad de los servicios en el año 2004 con respecto a la que tenían diez años antes, el 54% de los encuestados afirmó que mejoró, el 38% que está igual y el 8% restante que empeoró⁶⁵. Al respecto, es destacable que el grupo de estratos bajos es el que percibe en mayor proporción una mejoría⁶⁶.

2. EVOLUCIÓN DE LA CALIDAD EN RELACIÓN CON CADA UNO DE LOS SERVICIOS

En cuanto al *agua potable*, aunque ha habido avances importantes, para el año 2002 sólo el 51% del agua distribuida era

61. *Ibíd.*, 29.

62. *Ibíd.*, 29 y 30.

63. La encuesta fue hecha por el Centro Nacional de Consultoría para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La muestra estuvo comprendida por 2.230 encuestas efectuadas a hombres y mujeres mayores de 18 años en Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla y Bucaramanga, durante el período comprendido entre el 2 y el 10 de junio de 2004. La muestra se distribuyó por grupos de estratos (bajo: 1 y 2, medio: 3 y 4, alto: 5,6 e industriales y comerciales). El estrato bajo concentró el 42% del total de encuestados; el estrato medio, el 51%, y el estrato, alto el 7%. Cfr. Centro Nacional de Consultoría, *Encuesta de Percepción Ciudadana sobre los Servicios Públicos Domiciliarios* (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Colombia, 2004).

64. *Ibíd.*, 11.

65. *Ibíd.*, 17.

66. *Ibíd.*, 18.

apta para el consumo humano⁶⁷. En *telefonía*, en 1994 Colombia tenía unos índices bajos incluso a nivel regional. Si bien la brecha no se ha cerrado, son evidentes los avances: así, del año 2002 al 2004 el factor Q y el sistema de información de calidad del servicio establecido en torno a este indicador han tenido un impacto muy positivo en la calidad del servicio⁶⁸. En cuanto a la energía eléctrica, el indicador DES, que acumula las horas de interrupción del servicio de energía eléctrica, se redujo casi a la mitad entre 2000 y 2001, pasando de 38 a 21, y el indicador FES, que acumula el número de interrupciones en los circuitos eléctricos, cayó de 43 a 20 en el mismo período⁶⁹. En conclusión, en los estudios económicos y en la opinión de los ciudadanos –técnicamente medidos– se reconoce que la Ley 142 de 1994 ha dado un importante impulso a la calidad de los servicios, debido, en buena parte, a los incentivos a la eficiencia y a un mayor flujo recursos derivados del nuevo régimen tarifario.

5. CONCLUSIÓN: EL RÉGIMEN HA TENIDO EFECTOS PROGRESIVOS, NO SE PUEDE REFORMAR DE MANERA ARBITRARIA

Como vimos en el análisis de la obligación de progresividad, no obstante el Pacto permite al Estado parte cierto margen de discreción con respecto a la selección de los mecanismos que utilizará para llevar a cabo sus objetivos –como se explica en los Principios de Limburgo–, lo cierto es que una vez se ha alcanzado cierto nivel de garantía de los DESC a través de ciertas medidas, la “discreción” de los Estados para modificar y enfocar sus medidas está limitada por la razonable prueba de que con las nuevas medidas no se afectarán los niveles de “accesibilidad” y “calidad” de los servicios, o que tendrá un efecto positivo mayor en la protección general de los DESC.

En este caso, el régimen tarifario desarrollado a partir de la Constitución de 1991 y mediante la Ley 142 de 1994, si bien generó importantes aumentos en el costo de los servicios, también tuvo como efecto que Colombia superara la “trampa de los malos servicios”, de modo que, en muy poco tiempo, se consiguieron “revolucionarios” aumentos en cuanto a “accesibilidad” –incluyendo la económica– y “calidad” de los servicios públicos domiciliarios. De modo que, respondiendo la pregunta central de este artículo, el régimen tarifario

67. Económica Consultores, ob. cit., supra nota 36, 41.

68. *Ibíd.*, 40.

69. *Ibíd.*, 40 y 41.

de la Ley 142 de 1994 tuvo una incidencia favorable y determinante en el cumplimiento de la obligación de progresividad de los DESC relacionados con los servicios públicos domiciliarios, en particular el “derecho a una vivienda adecuada” y el “derecho al agua”.

De todo lo anterior puede concluirse que *por sus resultados* el actual régimen tarifario de la Ley 142 está “protegido” por la obligación de progresividad, frente a reformas arbitrarias, entendidas como aquellas sin fundamento sobre sus posibilidades de mejorar la garantía de los DESC.

APROXIMACIONES CONCEPTUALES AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES*

Néstor Javier Calvo

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Libre Seccional Pereira; Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales; Juez 1 Administrativo Oral de Cartago - Valle del Cauca; Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 introdujo un cambio en la concepción de Estado colombiano, al establecer la figura de Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, como evolución histórica y política del anterior Estado de Derecho.

De la misma manera, como parte de esa nueva concepción de Estado, se amplía el catálogo de derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales y colectivos en cabeza de las personas, y se consagran diferentes mecanismos jurídicos para lograr su protección. Lo anterior establece mayores responsabilidades para las autoridades, quienes en el ejercicio de sus funciones deben superar las dificultades que plantea el cometido de realización paulatina de los derechos consagrados en la Constitución Política.

Por otra parte, se fortalece el papel de los jueces en la interpretación del Derecho, quienes a través del conocimiento de diversos asuntos les corresponde decidir sobre la protección efectiva de los derechos constitucionales en los casos particulares y concretos y el control de la actuación de las demás autoridades públicas. Ese nuevo rol dinámico de la función judicial ha representado en los últimos años múltiples conflictos con las diferentes autoridades del Estado, por cuanto se considera que algunas de las decisiones adoptadas por los jueces y tribunales invaden el ámbito de competencia de aquellas, desbordando el poder conferido en la Constitución Política y comprometiendo la estabilidad y la viabilidad del mismo Estado. A raíz de diferentes decisiones judiciales que se han referido a la

ampliación progresiva de los derechos consagrados en la Constitución Política, se ha levantado polémica frente a la administración pública, la que argumentando la insuficiencia presupuestal, ha colocado en entredicho la conveniencia de dichos fallos, llegando hasta la promoción de reformas normativas que limiten las obligaciones del Estado frente a los particulares, determinando un retroceso en lo consagrado constitucionalmente.

1.1 Metodología

La investigación que se desarrolló fue de tipo descriptivo, puesto que lo que se buscó fue establecer el significado y alcance del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. Para el efecto, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional y la doctrina, se estableció cuál es el papel del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales en un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho.

Se acudió a un método de investigación de análisis, donde a partir de la teoría jurídica y la jurisprudencia se determina el papel de los principios en el Derecho, el significado del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales, y finalmente el papel del principio de progresividad en la materialización de los cometidos estatales.

1.2 Resultados Parciales

Como tarea previa se hará la diferenciación en primer lugar entre reglas y principios, y en segundo lugar entre principios y valores constitucionales, para luego definir el concepto de principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales.

2. REGLAS Y PRINCIPIOS

Atienza y Ruiz Manero (1991, p. 107) refieren que las normas pueden ser reglas o principios. Con respecto a la cuestión de cómo distinguir los principios de las reglas, los referidos autores explican lo siguiente (p. 108):

En nuestra opinión, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde

esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).

Robert Alexy, desarrollando, por lo demás, algo que ya estaba presente en Dworkin, ha escrito que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser solo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida entonces hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.” (Alexy, 1993, pp. 143-4)

3. PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

La Corte Constitucional en Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992 destaca el nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.

Para el efecto explica que “los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política”. Siendo de

este tipo los plasmados en el preámbulo de la Constitución y los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado.

Con respecto a los principios constitucionales, la misma Corporación establece que “a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional”. Siendo principios constitucionales, los consagrados en los artículos primero y tercero, que hacen referencia a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Dichos principios son una pauta de interpretación por ser parte de la Constitución misma y están dotados de la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental.

4. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Ahora se indicará cuál es el significado que ha atribuido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional y la doctrina a dicho principio; qué otros significados jurídicos tiene el principio de progresividad y cuál es el papel del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales en un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho.

5. SIGNIFICADO A PARTIR DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El principio de progresividad tiene sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que este contempla la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

El artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC– de 16 de diciembre de 1966, establece:

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

De conformidad con la Observación General No. 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” adoptada en el Quinto Período de Sesiones de 1990, documento E/1991/23, las obligaciones contraídas por los Estados Partes del Pacto Internacional DESC (PIDESC) se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado. En las últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en materia de los DESC. Dicho Comité precisó el alcance del artículo 2.1. del PIDESC en los siguientes términos:

La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse

a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

Con respecto al anterior fundamento de Derecho Internacional, la Corte Constitucional, (Sentencia C-443 de 2009. Referencia: expediente D-7419. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 (parcial) de la Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el Código de Minas”. Actores: Daniel Manrique y Jerónimo Rodríguez Lugo. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009) ha señalado que “el *mandato de progresividad*, que se desprende del artículo 2.1 del PIDESC, tiene dos contenidos complementarios (Courtis, 2008, pp. 8 y ss), por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad. Por otra parte, también implica un segundo sentido, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Así el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado que ‘el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto período de tiempo’¹.

A su vez, el artículo 11.1. del PIDESC establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”.

Courtis (2006, p. 9) señala que el anterior artículo resume en gran medida el significado de los derechos sociales en cuanto a la garantía de un nivel de vida adecuado y la identificación de los

1. Observación General 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

componentes mínimos a tener en consideración para dar sentido a esa noción de adecuación. “Adicionalmente, el Pacto requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad en el sentido de progreso, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales”.

Observaciones Generales 14 (párr. 4), 15 (párr. 42) y 17 (párr. 42) establecen una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de niveles esenciales de los derechos a la salud y al agua.

También ha señalado la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional. C-228 de 2011. Referencia: expediente D-8216. Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 6° del Decreto-Ley 1282 de 1994 y parcial de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003)^{2*} con respecto al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales:

Por otra parte, se ha venido introduciendo dicho principio a través de la recepción de los criterios dados por los Principios de Limburgo de 1987 y las Directrices de Maastricht de 1997, que son recomendaciones de implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC elaboradas por expertos en el campo del Derecho Internacional y que se han convertido en una fuente directa para comprender la forma de aplicación e interpretación de estos derechos. Por ejemplo, en la Directriz No. 9 de Maastricht se estableció que el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, estipulado en el artículo 2 del PIDESC, no debe ser utilizado como pretexto para su incumplimiento, y que se debe garantizar los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos si no se cuenta con todos los recursos para atender a estos derechos.

Los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del PIDESC fueron elaborados por un grupo de expertos reunidos entre el 2 y el 6 de junio de 1986 en la ciudad holandesa de Maastricht y adoptados por Naciones Unidas (Courtis, 2006, p. 13).

Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptadas por un grupo de expertos entre el 22 y el 26 de enero de 1997 en la ciudad holandesa

2. Actores: María Fernanda Orozco Tous y Nixon Torres Cárcamo. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).

de Maastricht, son un instrumento de interpretación utilizado por los órganos de supervisión de tratados internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Según dicho documento son violaciones de dichos derechos, la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de uno de esos derechos; la adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean el de aumentar la igualdad y mejorar la realización del mismo tipo de derechos; y la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho (p. 11).

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"³, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, señala:

CAPÍTULO III

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

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

Courtis (2006, pp. 13-14) afirma que, en cuanto a la remisión de la Carta de la OEA, "son al menos identificables en forma clara los siguientes derechos: el derecho a la educación; los derechos laborales; el derecho a la seguridad social; el derecho a la vivienda; el derecho a la alimentación; el derecho a la salud y los derechos culturales". Pero considera que "la prohibición de regresividad también constituye, en principio, una obligación general de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y es aplicable por ende a todos los derechos establecidos por la Convención".

3. Con depósito de ratificación de Colombia del 31 de julio de 1973.

Con respecto a la mención de “en la medida de los recursos disponibles”, es calificada por Courtis (2006, p. 50) como cláusula de condicionamiento económico, la que requiere el análisis de aspectos vinculados con la implementación de políticas públicas y la disposición de recursos.

A su turno, el artículo 1.1. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–^{4*}, suscrito en San Salvador - El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos –OEA–, consagra:

Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Igualmente, el artículo 4^o del anterior Protocolo 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, so pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en el Capítulo V del Informe Anual 1993 se refiere a los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con respecto a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región, el documento en cita indica que el principio de desarrollo progresivo “no significa que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización plena de tales derechos. El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos

4. Con depósito de ratificación de Colombia del 23 de diciembre de 1997.

materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos”.

A su vez, el artículo 5.1. de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, aprobadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 7 de junio de 2005, consagra que para “los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de un derecho económico, social y cultural”.

Es de advertir que en los términos consagrados por el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991, “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

6. SIGNIFICADO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Por otro lado, de la Sentencia C-038 del 27 de enero de 2004 proferida por la Corte Constitucional se puede señalar que el mandato de progresividad en materia de derechos sociales (i) implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos, (ii) hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, (iii) no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos, e (iv) implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida.

El principio de progresividad se constituye en referente para la realización del Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991, teniendo sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 2009. Referencia: expediente D-7670. Accionante: Hernán Antonio Barrero Bravo. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 860 de 2003) (M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil nueve

(2009), ha señalado que al ser Colombia un Estado Social de Derecho implica que “las autoridades están obligadas a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores más marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la Nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad”. Dicho mandato se fundamenta en los artículos 1 (principio de la dignidad humana y de la solidaridad), 2 (fines esenciales del Estado), 13 (promoción de condiciones de igualdad real y efectiva), 334 (acceso efectivo a los bienes y servicios básicos por las personas de menores ingresos) y 366 (prioridad del gasto social en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales) de la Constitución Política.

De lo anterior, la misma jurisprudencia deriva dos clases de deberes para el Estado, el primero de adopción y puesta en marcha de medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población (cláusula de erradicación de las injusticias presentes); y el segundo de abstención de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos.

El principio de progresividad ha sido aplicado por la jurisprudencia colombiana, como parámetro de control de constitucionalidad en abstracto y en concreto, en la efectividad de los derechos al trabajo, a la salud, a la seguridad social en pensiones, a la educación, al acceso a la propiedad, a la vivienda, al goce del medioambiente, de las personas con discapacidad y de los desplazados, y a la reparación integral a cargo del Estado en casos de responsabilidad extracontractual; así como también en la previsión de garantías judiciales para la exigibilidad de los derechos (Calvo, 2011, pp. 63-81).

7. SIGNIFICADO A PARTIR DE LA DOCTRINA

Courtis (2006, pp. 3-4) explica que existen dos nociones posibles de regresividad. La primera aplicada a los resultados de una política

pública (regresividad de resultados), entendiéndose que es regresiva cuando sus resultados empeoran en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Y la segunda aplicada a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa), determinándose que la norma es regresiva cuando al compararla con la norma que ha modificado o sustituido, la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior, de tal manera que “el estándar de juicio de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado” (p. 6).

Según Courtis (p. 5), el “nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad” al que alude el artículo 5.2. de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, corresponde al “ámbito en el que pueden emplearse indicadores o referentes empíricos referidos al nivel de satisfacción de derechos tales como el acceso a servicios de salud, el acceso a servicios educativos, el acceso a la alimentación, el acceso a vivienda, etcétera, y la calidad de esos servicios o políticas en términos de resultados, ...”. El párrafo del mismo artículo reconoce una dimensión normativa al identificar la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados, como aspectos que reflejan el cumplimiento de la obligación de progresividad (p. 6).

Son regresivas entonces, las disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho y las políticas que impliquen un retroceso en los resultados, medibles a través de indicadores o referentes empíricos (p. 6).

En cuanto a las nociones de regresividad frente a la exigibilidad judicial de los derechos sociales, Courtis considera que “el estándar de juicio de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado” (p. 6). Y en lo que corresponde a la aplicación judicial de la noción de regresividad de resultados resulta más difícil, puesto que los tribunales están acostumbrados a juzgar sobre problemas litigiosos muy delimitados, y proponerles la discusión de una serie de variables relacionadas con la política pública da lugar al rechazo de la cuestión por falta de competencia técnica o política (p. 7), pareciendo más adecuados “los mecanismos

de seguimiento periódico de las políticas públicas, tales como los ofrecidos por los mecanismos de informes previstos por los tratados de derechos humanos del sistema universal, u otros similares a nivel local, como las evaluaciones periódicas de instituciones nacionales de defensa y protección de los derechos humanos, u “observatorios” de organizaciones de la sociedad civil” (p. 8).

Con respecto a la obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales surgida del artículo 11.1. del PIDESC, Courtis extrae algunas obligaciones concretas a cargo del Estado. Por un lado, la obligación de no regresividad consistente en la prohibición de adoptar políticas y medidas, y de sancionar leyes que empeoren la situación de los derechos de los que gozaba la población al momento de adopción del tratado o en cada mejora progresiva; y, por otro lado, la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o derogar los ya existentes (pp. 9-10).

Courtis (p. 17) define la obligación de no regresividad como una limitación que los tratados de derechos humanos y la Constitución impone sobre los poderes Legislativo y Ejecutivo (sic) a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. Fundamenta tal prohibición en primer lugar en la extensión de la seguridad jurídica y la protección de la confianza, nacidas en el Estado de derecho liberal, al campo de las normas y medidas adoptadas en el Estado Social de Derecho; y en segundo lugar con el contenido material del principio de Estado Social, referido a la satisfacción para todo ser humano de necesidades básicas, a la luz de la noción de dignidad humana y desarrollo material y científico de la sociedad, considerando de manera preferencial a aquellas personas que están en peor situación (pp. 18-19). La prohibición de regresividad opera como una cláusula de control jurídico de cumplimiento por parte de las autoridades del mandato de Estado Social (pp. 20-21).

Para efectos de establecer una metodología judicial de análisis de regresividad de una norma, Courtis (p. 29) señala que aquella corresponde a un control de razonabilidad de la reglamentación, limitación o restricción de un derecho social, agregando un elemento complementario, por lo que la obligación de no regresividad implica un control “agravado”. Efectivamente el legislador y el Ejecutivo, dentro de la concepción tradicional de razonabilidad, están sometidos a la no afectación de la sustancia del Derecho, el análisis de la relación

medio/fin que propone la norma y el análisis de proporcionalidad. La obligación de regresividad agrega limitaciones vinculadas con la evolución histórica, ya que la reglamentación no puede empeorar el alcance y amplitud de goce del derecho vigente (p. 22). En este sentido el control de razonabilidad con la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, debe examinar que la norma no destruya el contenido esencial del derecho que reglamenta o lo reconozca más allá de los límites de su definición afectando otros derechos (p. 25), “que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma” (fl. 27) y “la determinación de la adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida” (p. 28).

En la misma metodología judicial de control de regresividad, una vez se determina la regresividad de la norma, al acreditarse que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior, nace una presunción de invalidez de la nueva norma en la que se invierte la carga de la prueba y le corresponde al Estado demostrar la racionalidad de la norma, es decir, que a pesar de ser regresiva es justificable (pp. 29-33), en cuanto a la estricta necesidad de la medida por la existencia de un interés estatal calificado, el carácter imperioso de la medida y la inexistencia de alternativas menos restrictivas del Derecho (p. 37).

Courtis (pp. 39-40) refiere que el estándar de juicio para considerar justificada y permisible la medida es alto, quedando “excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten el contenido mínimo esencial del derecho en juego”, y el Estado solo puede justificar la adopción de las demás medidas regresivas cuando haya efectuado una cuidadosa evaluación de las alternativas, el objetivo perseguido por la medida sea el de proteger la totalidad de los derechos de PIDESC y la adopción de la medida haya tenido en consideración el máximo de los recursos disponibles.

Para el efecto se debe acudir a un juicio de razonabilidad en el que se exige al Estado la obligación absoluta de cumplimiento del contenido mínimo esencial del Derecho, y la demostración de un fin legítimo y razones estrictas para la justificación de la necesidad de la medida. Además, se debe realizar el examen de proporcionalidad de la medida adoptada, donde resulta útil el empleo de un juicio de ponderación, donde se evalúa la proporcionalidad del sacrificio del

derecho restringido, en comparación con la importancia del objetivo perseguido. “En caso de duda, habrá de estarse contra la validez de la norma regresiva” (pp. 40-41).

Courtis (pp. 41-42) explica que el principio de interpretación in dubio pro justicia sociales favorece la vigencia de la norma de Derecho Social de mayor alcance y “en el caso de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto a la norma posterior que pretende limitar la extensión del Derecho”. Una norma que reglamenta o implementa un derecho social es regresiva con respecto a otra, cuando limita, restringe o reduce la extensión o el sentido de un derecho social, o le impone a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse, es decir, cuando es menos favorable para el titular del Derecho.

Por otro lado, Nikken (2010, p. 71) refiere que la progresividad es una de las características de los Derechos Humanos, al explicar que como estos “son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Ha sido así como se ha ensanchado sucesivamente el ámbito de los derechos humanos y su protección, tanto a nivel doméstico como en la esfera internacional”.

En el caso colombiano, se tiene que el artículo 94 de la Constitución Política de 1991, consagra que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Con respecto a la exigibilidad de los derechos humanos frente a la característica de progresividad, Nikken (p. 73) explica que:

La progresividad no debe entenderse como una nota de la exigibilidad de los derechos humanos, en el sentido de que esta nos sería inmediatamente realizable. Por el contrario, una vez identificado un derecho determinado como “inherente a la dignidad de la persona humana”, este merece protección inmediata como tal. La progresividad, como aquí la entendemos, lo que denota es que la “aparición”, es decir, el reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible. Asimismo, que el número y el vigor de los medios de protección también ha crecido de

manera progresiva e igualmente irreversible, porque en materia de derechos humanos, toda regresividad es ilegítima.

Nikken (p. 87) también establece la progresividad como una característica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al señalar que en el desarrollo de su protección se “demuestra la existencia de una tendencia manifiesta hacia la extensión de su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo tocante al número y contenido de los derechos protegidos como en lo que se refiere a la eficacia y el vigor de las instituciones internacionales de protección”.

Para el efecto se explica que los derechos civiles y políticos no fueron objeto de reconocimiento universal desde su aparición. Así mismo el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales fue una conquista posterior a la de los derechos civiles y políticos, cuando estaba aún pendiente la conquista de muchos de estos últimos. Por lo tanto, los derechos civiles y políticos no son ajenos a la progresividad atribuida a los derechos económicos, sociales y culturales (pp. 121-122).

En este sentido, Picard de Orsini y Useche (2005, p. 427) afirman que “los derechos humanos se encuentran en una constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y, haciendo referencia al principio de progresividad, en cuanto que los preceptos que se refieren a cada derecho, han ido ampliándose en su contenido a través de los diversos tratados y convenciones que los contienen, desarrollando el ámbito del Derecho y sus garantías;...”.

Muñoz Segura (2010, p. 99) señala que el principio de progresividad es una de las limitantes constitucionales con las que cuenta el desarrollo legislativo de los derechos sociales, económicos y culturales, y “que inició como un postulado mucho más abstracto, como un propósito, para convertirse cada vez más en un elemento cierto y exigible judicialmente dentro del sistema pensional colombiano”, siendo posible debatir ante la justicia constitucional si los cambios legislativos son compatibles con dicho principio y “exigir la aplicación del principio de progresividad y no regresividad en casos concretos” (p. 107).

8. OTRAS ACEPCIONES JURÍDICAS DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

También debe indicarse que en material procesal penal el principio de progresividad hace referencia, como objeto del control de legalidad, a la relación, dentro del contexto del proceso penal, de una serie de pasos en el conocimiento que llevan desde la incertidumbre inicial de la denuncia o conocimiento de la notitia criminis, hasta la certeza que como factor necesario se demanda en el fallo condenatorio (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso No. 30164)^{5*}. Según el principio de progresividad, la actividad que se cumple en cada una de las etapas que componen el proceso penal “se adelanta con la finalidad de alcanzar mayores grados en el conocimiento del objeto de la investigación, pasando de la incertidumbre, a la certeza de lo realmente acaecido” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Fernando Enrique Arboleda Ripoll. Proceso No. 15610)^{6*}. En otras palabras (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. María del Rosario González de Lemos. Proceso No. 31052)^{7*}, “el proceso penal se rige por el principio de progresividad cuya característica fundamental es que se avanza de un grado de ignorancia (ausencia de conocimiento) hasta llegar al de certeza, pasando por la probabilidad...” Es de advertir que esta acepción propia del Derecho Procesal Penal no es objeto de estudio en este texto.

En materia de Derecho Tributario, el principio de progresividad establecido en el artículo 363 de la Constitución Política, ha sido concebido por la jurisprudencia contenciosa administrativa (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta)^{8*} como aquel que se asocia al reparto de la carga tributaria entre los

5. Procesado: Gabriel Ernesto Arango Bacci. Aprobado Acta No. 206. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil ocho (2008).

6. Procesado: Lucas Gnecco Cerchar. Sentencia Única Instancia, Santafé de Bogotá, 26 de octubre de 2010.

7. Aprobado Acta No. 138. Bogotá D.C., mayo trece (13) de dos mil nueve (2009).

8. Consejera Ponente (E): Martha Teresa Briceño de Valencia. Bogotá D. C., cuatro (04) de febrero del dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-27-000-2003-01655-02(16634). Actor: Roberto Uribe Pinto. Demandado: Municipio de Anapoima; y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Bogotá, D. C. primero (1°) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-

diferentes obligados a su pago, según la capacidad contributiva de la que disponen, de modo que el sistema que conserva las diferencias entre los aportantes de mayor y menor capacidad contributiva, es neutro; el que las reduce es progresivo; y el que las aumenta es regresivo. De tal manera que la carga tributaria sea mayor cuando mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta)^{9*}. El principio de progresividad se refiere a la distribución de las cargas que impone el sistema tributario y los beneficios que este genera, además mide cómo una carga o un beneficio tributario modifica la situación económica de un grupo de personas en comparación con los demás.

La Corte Constitucional en Sentencia C-419 de 1995 indicó que el principio de progresividad en materia de Derecho Tributario se deduce del principio de equidad vertical, puesto que aquel “permite otorgar un tratamiento diferencial en relación con los contribuyentes de mayor renta, de manera que progresivamente terminan aportando más ingresos al Estado por la mayor tributación a que están obligados”.

En Sentencia C-643 de 2002, se fijaron los alcances de la progresividad en los siguientes términos:

El principio de progresividad compensa la insuficiencia del principio de proporcionalidad en el sistema tributario pues como en este ámbito no basta con mantener en todos los niveles una relación simplemente porcentual entre la capacidad económica del contribuyente y el monto de los impuestos a su cargo, el constituyente ha superado esa deficiencia disponiendo que quienes tienen mayor patrimonio y perciben mayores ingresos aporten en mayor proporción al financiamiento de los gastos del Estado; es decir, se trata de que la carga tributaria sea mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente.

También se aclara que la anterior concepción propia del Derecho Tributario tampoco es objeto de profundización en este trabajo.

27-000-2002-00599-01(18256). Actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Municipio de El Colegio, Cundinamarca.

9. Consejero ponente: William Giraldo Giraldo. Bogotá, D. C., agosto once (11) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00098-02(17556). Actor: Marcel Tangarife Torres. Demandado: Municipio de Chía.

9. EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL, SOCIAL, DEMOCRÁTICO Y AMBIENTAL DE DERECHO

Es indudable que la Constitución Política de Colombia de 1991 ha venido trayendo grandes cambios en la vida política de la sociedad colombiana. Uno de esos cambios se ha referido a la introducción y divulgación de diferentes instituciones políticas y jurídicas que antes de 1991 eran ajenas al conocimiento y apropiación de la mayoría de los colombianos y colombianas.

El Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, como concepción del Estado colombiano, es una de las innovaciones que ha cobrado gran fuerza jurídica y desarrollo político en los últimos años. La actividad del Estado colombiano, en el ejercicio de sus diferentes funciones, ya sea legislativa, ejecutiva, judicial, fiscalizadora, electoral o constituyente, se ha visto influenciada por el contenido del Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho. Pero, desde una finalidad pedagógica, ¿qué significa esta nueva concepción del Estado colombiano?

Con este propósito se hace necesario comentar varios términos: Estado, Estado constitucional, Estado social, Estado democrático, Estado ambiental y Estado de Derecho.

En primer lugar, remitiéndonos al exmagistrado de la Corte Constitucional Vladimiro Naranjo Mesa (2000, pp. 86-87), el Estado se define como “un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad ejercida por sus propios órganos y cuya soberanía es reconocida por otros Estados”. Esta definición hace reevaluar la restringida idea que se tiene sobre Estado, al considerarlo simplemente como el conjunto de personas e instituciones que ejercen el poder político. En realidad, debe interpretarse que el Estado tiene una conformación integral así: Un elemento humano referido a la población, un elemento físico representado por el territorio, un elemento jurídico-político evidenciado en el poder político ejercido por las autoridades y finalmente, un elemento declarativo dado por el reconocimiento internacional de su soberanía.

En segundo lugar, el Estado constitucional se refiere a que todo lo atinente a los derechos y libertades de las personas y la organización, estructura y funcionamiento del Estado se encuentra regulado dentro del marco de una Constitución. Es decir, que la Constitución Política regula lo relacionado, por un lado, con los catálogos de derechos y

sus mecanismos de protección, y, por otro lado, con los habitantes (nacionalidad, ciudadanía y extranjeros), el territorio (límites, conformación y régimen jurídico) y el ejercicio del poder público por parte de los gobernantes (titularidad, designación, competencia y controles).

En tercer lugar, tenemos que el Estado Social implica una actividad permanente del aparato estatal en garantizar a todas las personas condiciones de vida dignas, de tal manera que su dinámica permita superar las desigualdades que se presentan en la sociedad y promover la igualdad de oportunidades para todas y todos, buscando que en la práctica la igualdad sea real y efectiva.

En cuarto lugar, la concepción de Estado que consagra la Constitución Política de 1991 habla de un Estado democrático que se caracteriza por dos aspectos fundamentalmente: El derecho que tienen los ciudadanos y ciudadanas de participar en la conformación y ejercicio del poder político, a través de la elección periódica de los gobernantes, y la facultad de participar en la toma de decisiones, por medio de los mecanismos de participación ciudadana, que han permitido hablar de la democracia participativa.

En quinto lugar, se observa que entre los adjetivos que califican al Estado colombiano se encuentra la novedad del rótulo de ambiental. Podríamos definir en términos generales y a partir del contenido constitucional, que el Estado ambiental hace referencia a que las autoridades y las personas están obligadas a proteger el ambiente y garantizar su sostenibilidad, al igual que el gozar de un ambiente sano es un derecho de toda persona. En palabras de la Corte Constitucional en Sentencia C-126 de 1998, “la protección al medioambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación”.

En lo que respecta a la importancia de lo ambiental en el marco de la Constitución Política de 1991, son varios de sus artículos los que mencionan la protección ambiental. Dada la situación anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-411 de 1992 (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero) acuñó el concepto de Constitución Ecológica, conformada por 34 disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medioambiente. Vale la pena mencionar, entre dichas normas, los artículos 8º sobre la obligación de proteger

las riquezas culturales y naturales de la Nación, 58 que establece la función ecológica de la propiedad, 79 que consagra el goce de un ambiente sano como un derecho colectivo y 95, numeral 8, que relaciona como deber de toda persona velar por la conservación de un ambiente sano.

En sexto lugar, el Estado de Derecho data de la visión liberal promovida por el pensamiento político y filosófico que influenció la Revolución Francesa. El Estado de Derecho establece la limitación del poder político ejercido por los gobernantes, el que debe estar sometido al ordenamiento jurídico en aras de proteger los derechos y libertades de las personas.

De todo lo anterior, se colige entonces que la definición del Estado colombiano es muy precisa y compleja, por cuanto se refiere a aquella visión de Nación identificada por valores, entendida como un grupo de personas, dentro de un territorio, que tiene unos gobernantes elegidos democráticamente y sometidos al ordenamiento jurídico, que participa activamente en la toma de decisiones, que vela por la conservación y sostenibilidad ambiental, cuya soberanía es reconocida internacionalmente y que promueve la igualdad real y efectiva para todos sus integrantes, dentro del marco de una Constitución Política.

Este panorama ha obligado a replantear el objeto de estudio del Derecho en Colombia. Efectivamente, se señala que el Derecho tiene por objeto todo el universo jurídico, incluyendo la ley en sentido general, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, o que su campo de acción solo se circunscribe a la norma jurídica como texto escrito. Pero en las ciencias jurídicas ya no encontramos objetos de investigación, y especialmente cuando el cometido es la realización de un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, donde se presentan escenarios plurales que desarrollan multitud de relaciones sociales. En este sentido, el interés del Derecho no se limita a lo normativo, ya que ahora su objeto recae sobre las relaciones, redes y problemas jurídicos, políticos, económicos, culturales y ambientales que se suceden en el contexto de una sociedad pluralista que pretende teóricamente la realización de los cometidos constitucionales y que en la práctica toma decisiones públicas que ponderan los diferentes intereses en juego.

El principio de progresividad y no regresividad se constituye en un límite a las normas y medidas públicas, en el sentido que

no pueden disminuir el nivel de protección alcanzado ni crear obstáculos para lograr los cometidos de un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, impidiendo “promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, fines esenciales del Estado según lo consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia de 1991. Es decir, que el modelo de Estado adoptado en Colombia debe garantizar la efectividad progresiva y no regresiva de los derechos constitucionales.

10. CONCLUSIONES

Del análisis realizado, a título de conclusiones, se puede indicar que las normas son reglas o principios. Mientras los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados que dependen de las posibilidades fácticas y jurídicas, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Los principios constituyen una pauta de interpretación jurídica válida e importante en la aplicación de los derechos, incluyendo los sociales, económicos y culturales.

El principio de progresividad tiene sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que este contempla la obligación de los Estados de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. La progresividad es una de las características de los derechos humanos.

Finalmente, debe señalarse que el principio de progresividad y no regresividad de los derechos, concebido como la obligación del Estado de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr la plena efectividad de la faceta prestacional de los derechos constitucionales, es un elemento definitorio y estructural del modelo de Estado adoptado y, por tanto, dicho principio se constituye en referente para las autoridades públicas, en ejercicio de sus funciones, para el cometido de materialización del Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (1991). *Sobre principios y reglas*. *Doxa*, 10, 101-120.

Calvo Chaves, N. J. (2011). *Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Memorando de Derecho, 02, 63-81.

Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11 [2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Recuperado el 1º de noviembre de 2012, de <http://www2.fices.unsl.edu.ar/~prosoc/material/14bOG3.pdf> observación general No. 3

Consejo de Estado (2012). Providencias 1992-2012 [en línea]. Recuperado hasta el 31 de octubre de 2012, de <http://www.consejodeestado.gov.co/>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente (E): Martha Teresa Briceño de Valencia. Bogotá D. C., cuatro (04) de febrero del dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-27-000-2003-01655-02(16634). Actor: Roberto Uribe Pinto. Demandado: Municipio de Anapoima; y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Bogotá, D. C. primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00599-01 (18256). Actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Municipio de El Colegio, Cundinamarca.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: William Giraldo Giraldo. Bogotá, D. C., agosto once (11) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00098-02(17556). Actor: Marcel Tangarife Torres. Demandado: Municipio de Chía.

Corte Constitucional Sentencia C-443 de 2009. Referencia: expediente D-7419. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 (parcial) de la Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el Código de Minas”. Actores: Daniel Manrique y Jerónimo Rodríguez

Lugo. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

Corte Constitucional. C-228 de 2011. Referencia: expediente D-8216. Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 6° del Decreto-Ley 1282 de 1994 y parcial de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003. Actores: María Fernanda Orozco Tous y Nixon Torres Cárcamo. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 2009. Referencia: expediente D-7670. Accionante: Hernán Antonio Barrero Bravo. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 860 de 2003. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Fernando Enrique Arboleda Ripoll. Proceso No. 15610. Procesado: Lucas Gnecco Cerchar. Sentencia Única Instancia, Santafé de Bogotá, 26 de octubre de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso No. 30164. Procesado: Gabriel Ernesto Arango Bacci. Aprobado Acta No. 206. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil ocho (2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. María del Rosario González de Lemos. Proceso No. 31052. Aprobado Acta No. 138. Bogotá D.C., mayo trece (13) de dos mil nueve (2009).

Corte Constitucional (2012). Relatoría [en línea]. Recuperado hasta el 31 de octubre de 2012, de <http://www.constitucional.gov.co/>

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997). Recuperado el 6 de noviembre de 2012, de http://ip.aaas.org/escrdocs_sp.nsf/287fccf1bc425ff4852567590054d44b/77e0aa4feb3691a18525691c0068932a?OpenDocument

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Muñoz Segura, A. M. (2010). El principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 11, 93-109.

Naranjo Mesa, V. (2000). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.

Nikken, P. (2010). La protección de los Derechos Humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado el 1º de noviembre de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>.

Picard de Orsini, M. & Useche, J. (2005). *El principio de progresividad y la actuación de los órganos de Poder Público conforme a la Constitución vigente*. Provincia, número especial, 421-449.

Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986). Recuperado el 6 de noviembre de 2012 de <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-6.pdf>

Uprimny, R. & Guarnizo, D. (2006). ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. Recuperado el 1º de noviembre de 2012, de http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=180.

* El artículo es un resultado parcial de la investigación titulada El Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Constitucionales en el Estado Social de Derecho, desarrollada como requisito para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá.



ANEXOS

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES^{1*}

PREÁMBULO

Los Estados partes en el presente Pacto,
Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Convienen en los artículos siguientes:

PARTE I

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

¹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

PARTE II

Artículo 2

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

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

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

Artículo 3

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

Artículo 4

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

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

PARTE III

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

- a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
- c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

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

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

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza,

y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 14

Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

PARTE IV

Artículo 16

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.

2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto;

b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos.

Artículo 17

1. Los Estados Partes en el presente Pacto presentarán sus informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social en el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente Pacto, previa consulta con los Estados Partes y con los organismos especializados interesados.

2. Los informes podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Pacto.

3. Cuando la información pertinente hubiera sido ya proporcionada a las Naciones Unidas o a algún organismo especializado por un Estado Parte, no será necesario repetir dicha información, sino que bastará hacer referencia concreta a la misma.

Artículo 18

En virtud de las atribuciones que la Carta de las Naciones Unidas le confiere en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, el Consejo Económico y Social podrá concluir acuerdos con los organismos especializados sobre la presentación por tales organismos

de informes relativos al cumplimiento de las disposiciones de este Pacto que corresponden a su campo de actividades. Estos informes podrán contener detalles sobre las decisiones y recomendaciones que en relación con ese cumplimiento hayan aprobado los órganos competentes de dichos organismos.

Artículo 19

El Consejo Económico y Social podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos, para su estudio y recomendación de carácter general, o para información, según proceda, los informes sobre derechos humanos que presenten a los Estados conforme a los artículos 16 y 17, y los informes relativos a los derechos humanos que presenten los organismos especializados conforme al artículo 18.

Artículo 20

Los Estados Partes en el presente Pacto y los organismos especializados interesados podrán presentar al Consejo Económico y Social observaciones sobre toda recomendación de carácter general hecha en virtud del artículo 19 o toda referencia a tal recomendación general que conste en un informe de la Comisión de Derechos Humanos o en un documento allí mencionado.

Artículo 21

El Consejo Económico y Social podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el presente Pacto y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el presente Pacto.

Artículo 22

El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la

conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.

Artículo 23

Los Estados Partes en el presente Pacto convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados.

Artículo 24

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el Pacto.

Artículo 25

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

PARTE V

Artículo 26

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.
2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 27

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 28

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 29

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 30

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 26, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 26;

b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 27, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 29.

Artículo 31

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el artículo 26.

LOS PRINCIPIOS DE LIMBURG SOBRE LA APLICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

INTRODUCCIÓN

Un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América), se reunió en Maastricht el 2-6 de junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la consideración por parte del recientemente constituido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del ECOSOC, de los informes presentados por los Estados Partes; y, la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

Los 29 Participantes provenían de Australia, la República Federal de Alemania, Hungría, Irlanda, México, los Países Bajos, Noruega, Senegal, España, Reino Unido, Estados Unidos de América, Yugoslavia, el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de Salud (OMS), la Secretaría del Commonwealth y las organizaciones patrocinadoras. Cuatro de los participantes eran miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del ECOSOC.

Los Participantes convinieron unánimemente en los siguientes principios los que según su criterio reflejan la situación actual del derecho internacional, con la excepción de ciertas recomendaciones que se indican por medio del tiempo condicional del verbo (p.e. “debería” en vez de deberá [*en inglés “should” instead of “shall”*]).

PARTE I: LA NATURALEZA Y EL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

A. Observaciones generales

1. Los derechos económicos, sociales y culturales forman parte integral del derecho internacional de derechos humanos. Estos derechos son el objeto de obligaciones específicas contratadas en el contexto de varios instrumentos internacionales, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo, entraron en vigencia en 1976. Estos Pactos ayudan a ampliar el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos: estos instrumentos en su conjunto constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

3. En vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

4. Conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Pacto”) debería interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta el objetivo y propósito, el sentido ordinario, el trabajo preparatorio y la práctica pertinente.

5. Se debería tener en cuenta la experiencia de las agencias especializadas relevantes, los organismos de las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales, incluyendo los grupos de trabajo de las Naciones Unidas y los relatores especiales de derechos humanos, en la aplicación del Pacto y la supervisión de los logros alcanzados por los Estados Partes.

6. Es posible lograr la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en distintos contextos políticos. La plena realización de estos derechos no responde a un solo camino. Se han registrado éxitos y también fracasos tanto en economías de mercado como en economías dirigidas, en estructuras políticas centralizadas como descentralizadas.

7. Los Estados Partes deberán en todo momento actuar de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que han aceptado conforme al Pacto.

8. Aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo.

9. Las organizaciones no gubernamentales pueden jugar un papel importante en el sentido de fomentar la aplicación del Pacto. Por lo tanto, se debería apoyar el papel de estas organizaciones a los niveles nacional e internacional.

10. Los Estados Partes deben rendir cuentas ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos con respecto al cumplimiento de sus obligaciones bajo el Pacto.

11. Por lo tanto, para avanzar en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, es indispensable unir todos los esfuerzos a nivel nacional con el fin de convocar la participación de todos los sectores de la sociedad. La participación popular es necesaria en cada etapa del proceso, incluyendo la formulación, aplicación y revisión de políticas nacionales.

12. Se debería emprender la tarea de supervisar la efectividad del Pacto con un espíritu de cooperación y diálogo. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante "El Comité", al considerar los informes de los Estados Partes, debería analizar las causas y los factores que obstaculizan la realización de los derechos consagrados en el Pacto y, hasta donde sea posible, señalar soluciones. Este enfoque de ninguna manera debería impedir una conclusión, cuando la información disponible la justifique, de que un Estado Parte no haya cumplido sus obligaciones bajo el Pacto.

13. Al evaluar el cumplimiento del Pacto por parte de los Estados Partes, los organismos de supervisión del Pacto deberían de tener muy en cuenta los principios de no discriminación e igualdad ante la ley.

14. Debido a que la realización progresiva de los derechos estipulados en el Pacto es relevante para el desarrollo, se debería dar atención especial a la adopción de medidas para mejorar el nivel de vida de los pobres y otros grupos desfavorecidos, teniendo en cuenta la posible necesidad de adoptar medidas especiales para proteger los derechos culturales de los pueblos indígenas y las minorías.

15. En la evaluación de los esfuerzos de la comunidad internacional en el cumplimiento de los objetivos del Pacto, se debería tener en cuenta las tendencias de las relaciones económicas internacionales existentes.

B. Principios de carácter interpretativo específicamente relacionados con la Parte II del Pacto.

Artículo 2 (1): “a adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas.”

16. Todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto.

17. Los Estados Partes utilizarán todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.

18. Las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir las obligaciones del Pacto. Sin embargo, se debe de notar que conforme al artículo 2(1) a menudo será necesario adoptar medidas legislativas en casos en los que la legislación existente viola las obligaciones adquiridas bajo el Pacto.

19. Los Estados Partes proveerán de recursos efectivos incluyendo, cuando sea apropiado, los de tipo legal.

20. La adecuación de los medios a ser utilizados en un Estado particular será determinado por el Estado Parte de que se trate, y será sujeta a revisión por el Consejo

Económico y Social de las Naciones Unidas con el asesoramiento del Comité. Dicha revisión se realizará sin perjuicio de la competencia de otros órganos establecidos conforme a la Carta de las Naciones Unidas.

“para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos...”

21. La obligación de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos

destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.

22. Algunas de las obligaciones previstas en el Pacto exigen la plena e inmediata aplicación por parte de cada uno de los Estados Parte, como la prohibición contra la discriminación estipulada en el artículo 2 (2) del Pacto.

23. La obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos; requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga.

24. Además de mediante un aumento en los recursos, también se puede lograr la aplicación progresiva por medio de desarrollar los recursos dentro de la sociedad que sean necesarios para lograr la plena realización de los derechos consagrados en el Pacto para todas las personas.

“hasta el máximo de los recursos de que disponga”

25. Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas.

26. “Los recursos de que disponga” se refieren a los recursos con que cuenta un Estado así como también los recursos provenientes de la comunidad internacional mediante la cooperación y asistencia internacionales.

27. Al determinar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, se tendrá en cuenta el acceso y uso equitativos y eficaces de los recursos disponibles.

28. En la utilización de los recursos disponibles, se dará la debida prioridad a la efectividad de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de servicios esenciales.

“tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas”

29. La cooperación y asistencia internacionales, conforme a la Carta de las Naciones Unidas (arts. 55 y 56) y el Pacto, tendrán en cuenta de manera prioritaria la efectividad del conjunto de los derechos humanos y libertades fundamentales, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales así como también los civiles y políticos.

30. La asistencia y cooperación internacionales deberán orientarse al establecimiento de un orden social e internacional en el que los derechos y libertades previstos en el Pacto pueden lograr su plena realización (cf. art. 28 Declaración Universal de Derechos Humanos).

31. Los Estados cooperarán recíprocamente en la promoción del progreso económico, social y cultural a nivel internacional, y en particular el crecimiento económico de los países en desarrollo, independientemente de las diferencias entre sus sistemas políticos, económicos y sociales y libre de discriminaciones fundadas en dichas diferencias.

32. Los Estados Partes adoptarán medidas de ayuda y cooperación, a través de mecanismos internacionales, orientados a la realización de los derechos reconocidos en el Pacto.

33. La cooperación y asistencia internacionales se fundamentarán en la igualdad soberana de los Estados y tendrán como objeto la realización de los derechos consagrados en el Pacto.

34. Al emprender la cooperación y asistencia internacionales bajo el artículo 2(1), se tendrá en cuenta el papel de las organizaciones internacionales y la contribución de las organizaciones no gubernamentales.

Artículo 2 (2): Sin discriminación

35. El artículo 2 (2) es de aplicación inmediata y requiere de una garantía explícita por parte de cada uno de los Estados Partes. Por lo tanto, esto debería ser sujeto a la revisión judicial y a otros recursos procesales.

36. Los motivos de discriminación mencionados en el artículo 2(2) no son exhaustivos.

37. Al ratificar el Pacto, los Estados eliminarán *de jure* la discriminación mediante la abolición inmediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria (incluyendo acciones de omisión y comisión) que afectan el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

38. Se debería poner fin con toda la rapidez posible a cualquier discriminación *de facto* que resulte de una desigualdad en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales debido a una escasez de recursos u otros factores.

39. No se considerará como discriminación la adopción de medidas especiales cuyo único fin sea asegurar el progreso adecuado de

determinados grupos o individuos que requieren de la protección que sea necesaria para garantizar a dichos grupos o individuos igualdad en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que dichas medidas no resulten en el mantenimiento de derechos separados para distintos grupos y que las mismas no sigan vigentes después de lograr los objetivos planteados.

40. El artículo 2 (2) exige que los Estados Partes prohíban que particulares y entidades privadas practiquen la discriminación en cualquier esfera de la vida pública.

41. En la aplicación del artículo 2 (2) se debería dar la debida consideración a todos los instrumentos internacionales relevantes, incluidas la Declaración y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y las actividades realizadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establecido conforme a dicha Convención.

Artículo 2 (3): Personas que no son nacionales en los países en desarrollo

42. Como regla general, el Pacto aplica por igual a los nacionales y no nacionales de un país determinado.

43. El propósito original del artículo 2 (3) era poner fin a la dominación de determinados grupos económicos no nacionales en la época de la colonización. Por lo tanto, la excepción estipulada en el artículo 2 (3) debería interpretarse en un sentido restringido.

44. Dicha interpretación restringida del artículo 2 (3) se refiere en particular a la noción de los derechos económicos y la noción de los países en desarrollo. Esta última se refiere a aquellos países que han logrado su independencia y se incluyen en las clasificaciones de las Naciones Unidas relativas a los países en desarrollo.

Artículo 3: Asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos

45. En la aplicación del artículo 3, se debería dar la debida atención a la Declaración y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los otros instrumentos pertinentes y las actividades realizadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer conforme a dicha Convención.

Artículo 4: Limitaciones

46. El artículo 4 tenía como objeto principal ser protector de los derechos de los individuos en lugar de ser permisivo en cuanto a la imposición de limitaciones por parte de los Estados.

47. El propósito de este artículo no era sujetar los derechos a limitaciones que perjudicaran la subsistencia o supervivencia de los individuos o la integridad de las personas.

“determinadas por ley” Los Principios de Limburg [Limburg Principles 48-51] se derivan de los Principios de Siracusa [Siracusa Principles 15-18], Naciones Unidas Doc. E/CN.4/1984/4, 28 de septiembre de 1984 y 7 Human Rights Quarterly 3 (1985), p. 5.

48. No se permite sujetar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales a ninguna limitación que no sea prevista por una ley nacional de aplicación general coherente con el Pacto y vigente en el momento de aplicar la limitación.

49. Las leyes que limitan el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales no serán arbitrarias, irrazonables o discriminatorias.

50. Los reglamentos legales limitando el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales serán claros y accesibles a todos.

51. La ley establecerá las protecciones adecuadas y recursos efectivos contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

“promover el bienestar general”

52. Este término se entenderá como la promoción del bienestar del pueblo en su totalidad.

“En una sociedad democrática” Comparar con los Principios de Siracusa [Siracusa Principles] 19-21, *ibíd.*, p. 5.

53. La expresión *“en una sociedad democrática”* se interpretará en el sentido de restringir aun más la aplicación de limitaciones.

54. El Estado que impone limitaciones tiene la obligación de comprobar que éstas no impiden el funcionamiento democrático de la sociedad.

55. Si bien no existe un modelo único de sociedad democrática, se podría considerar que una sociedad que satisface esta definición es la que reconoce y respeta los derechos previstos en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

“compatible con la naturaleza de esos derechos”

56. La restricción “compatible con la naturaleza de esos derechos” requiere que una limitación no deberá interpretarse o aplicarse en menoscabo de la naturaleza intrínseca de un determinado derecho.

Artículo 5

57. El artículo 5 (1) hace hincapié en el hecho de que el Estado no tiene ningún derecho general, implícito o residual a imponer limitaciones que no sean específicamente previstas por la ley. Ninguna disposición legal puede interpretarse en el sentido de destruir “cualquiera de los derechos o libertades reconocidos”. Por añadidura, el propósito del artículo 5 es asegurar que ninguna parte del Pacto se interpretará en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

58. El propósito del artículo 5 (2) es asegurar que ninguna disposición prevista en el Pacto se interprete en menoscabo de las disposiciones de la legislación interna o de los tratados, convenciones o convenios bilaterales o multilaterales vigentes, o que puedan entrar en vigencia, y que garanticen a las personas protegidas un tratamiento más favorable. Tampoco se interpretará el artículo 5 (2) en menoscabo del ejercicio de cualquier derecho humano protegido en mayor grado conforme a las obligaciones nacionales o internacionales aceptadas por el Estado Parte.

C. Principios interpretativos específicamente relacionados con la Parte III del Pacto

Artículo 8: “que prescriba la ley” Los Principios de Limburg 59-69 se derivan de los Principios de Siracusa [Siracusa Principles 10, 15-26, 29-32 and 35-37, *ibíd.*, p. 4-7].

59. Véanse los principios interpretativos mencionados bajo el término sinónimo

“determinado por ley” en el artículo 4.

“necesarias en una sociedad democrática”

60. Además de los principios interpretativos mencionados bajo el artículo 4 relativos a la frase “en una sociedad democrática”, el artículo 8 impone una mayor restricción sobre un Estado Parte que ejerza limitaciones sobre los derechos sindicales. Dicho artículo exige que esa limitación sea de hecho necesaria. El término “necesaria” implica que la limitación:

- (a) responda a una urgente necesidad pública o social;
- (b) persiga un objetivo legítimo; y
- (c) sea en proporción a dicho objetivo.

61. Cualquier evaluación en cuanto a la necesidad de una limitación se basará en consideraciones objetivas.

“seguridad nacional”

62. Se permite invocar la seguridad nacional para justificar medidas que limitan determinados derechos sólo cuando éstas se adopten con el fin de proteger la existencia de la nación o su integridad territorial o independencia política contra alguna fuerza o amenaza de fuerza.

63. No se permite invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones con el fin de prevenir una amenaza al orden público meramente local o relativamente aislada.

64. La seguridad nacional no se puede utilizar como pretexto para la imposición de limitaciones vagas o arbitrarias y la misma se puede invocar sólo cuando existen protecciones adecuadas y recursos efectivos contra el abuso.

65. La violación sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales socava la seguridad nacional verdadera y podría perjudicar la seguridad y la paz internacionales. Un Estado responsable de dicha violación sistemática no invocará la seguridad nacional para justificar medidas dirigidas a suprimir la oposición a la misma o incurrir en prácticas represivas contra su población.

“orden público (ordre public)”

66. La expresión “orden público (*ordre public*)” tal como se utiliza en el Pacto, se puede definir como el compendio de reglas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios fundamentales sobre los cuales se funda una sociedad. El respeto de los derechos económicos, sociales y culturales constituye un elemento del orden público (*ordre public*).

67. El orden público (*ordre public*) se interpretará en el contexto de la finalidad de los derechos económicos, sociales y culturales específicos que se limiten por ese motivo.

68. Los órganos o agentes estatales encargados de mantener el orden público (*ordre public*) serán sujetos a controles sobre el ejercicio de su autoridad a través del parlamento, los tribunales y otras entidades competentes.

“derechos y libertades ajenos”

69. El alcance de los derechos y libertades ajenos que podrían actuar como limitación sobre los derechos previstos en el Pacto se extiende más allá de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto.

D. Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

70. El incumplimiento por parte de un Estado Parte de una obligación prevista en el Pacto constituye, bajo el derecho internacional, una violación del Pacto.

71. Para determinar en qué consiste el incumplimiento, es necesario tomar en cuenta que el Pacto permite al Estado Parte cierto margen de discreción con respecto a la selección de los mecanismos que utilizará para llevar a cabo sus objetivos y que existen factores ajenos a su control inmediato que pueden ejercer un efecto adverso sobre su capacidad de hacer efectivos ciertos derechos.

72. Un Estado Parte incurre en una violación del Pacto, *inter alia*, si:

- no toma alguna medida que le es requerida por el Pacto;
- no elimina rápidamente los obstáculos a que está obligado a eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho;
- no aplica sin demora un derecho a que está obligado a garantizar de inmediato conforme al Pacto;
- incumple intencionalmente una norma mínima internacional de realización ampliamente reconocida y cuya efectividad está dentro de sus posibilidades;
- impone una limitación a un derecho reconocido en el Pacto en contraposición con lo estipulado en el Pacto;
- retrasa o interrumpe intencionalmente la realización progresiva de un derecho, al menos que se actúe dentro del contexto de una limitación admitida por el Pacto o por razones de la falta de recursos disponibles o de fuerza mayor;
- no presenta informes tal como lo estipula el Pacto.

73. De conformidad con el derecho internacional, cada Estado Parte al Pacto tiene derecho a expresar su posición de que otro Estado Parte está incumpliendo sus obligaciones conforme al Pacto y hacer del conocimiento de ese Estado Parte dicha posición. Cualquier disputa que pueda surgir se resolverá de conformidad con las reglas del derecho internacional pertinentes a la resolución pacífica de disputas.

PARTE II. CONSIDERACIÓN DE LOS INFORMES DE LOS ESTADOS PARTES Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL BAJO LA PARTE IV DEL PACTO

A. Preparación y presentación de los informes de los Estados Partes

74. La eficacia de los mecanismos de supervisión previstos en la Parte IV del Pacto depende en gran parte de la dualidad y puntualidad de los informes presentados por los Estados Partes. Por lo tanto, se insta a los gobiernos a asegurar que sus informes sean lo más significativos posible. Con este propósito, se deberían crear mecanismos internos para la realización de consultas con las agencias e instancias gubernamentales competentes, la recopilación de datos pertinentes, la capacitación del personal, el acopio de información básica y consultas con las instituciones no gubernamentales e internacionales relevantes.

75. La preparación de los informes estipulados en el artículo 16 del Pacto se podría facilitar con la puesta en marcha de algunos aspectos del programa de servicios de asesoramiento y asistencia técnica, tal como lo recomendaron los presidentes de los principales órganos de supervisión de derechos humanos en su informe de 1984 a la Asamblea General (Documento de las Naciones Unidas A 39/484).

76. Los Estados Partes deberían ver a la obligación de presentar informes como una oportunidad para promover un amplio debate público en torno a los objetivos y políticas dirigidos a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Con este propósito, los informes deberían recibir una amplia divulgación y cuando sea posible circularse en forma de borrador. La redacción de los informes también debe servir para examinar hasta qué punto las políticas nacionales pertinentes reflejan adecuadamente el alcance y contenido de cada derecho y para especificar los mecanismos que se emplearán para dar cumplimiento a dicho derecho.

77. Se alienta a los Estados Partes considerar la posibilidad de involucrar a las organizaciones no gubernamentales en la redacción de sus informes.

78. Al informar sobre las medidas legales adoptadas para dar efectividad al Pacto, los Estados Partes no deberían limitarse a una mera descripción de las disposiciones legales correspondientes. En cambio, ellos deberían describir, de la manera adecuada, los recursos

legales, procedimientos administrativos y otras medidas que se hayan adoptado para dar efectividad a dichos derechos y se debería incluir también una descripción de la práctica asociada a dichos recursos y procedimientos.

79. Los informes de los Estados Partes deberían incluir información cuantitativa a fin de demostrar hasta qué punto los derechos son protegidos en la realidad. Para tales efectos, se debería incluir datos estadísticos e información sobre las asignaciones y gastos presupuestarios a manera de facilitar una evaluación del cumplimiento de las obligaciones adquiridas conforme al Pacto. Los Estados Partes deberían adoptar, en lo posible, objetivos e indicadores bien definidos en la aplicación del Pacto. Para aumentar la relevancia y comparabilidad de los datos presentados en los informes de los Estados Partes, los objetivos e indicadores escogidos deberían de regirse, en la medida de lo posible, por criterios establecidos en el ámbito de la cooperación internacional.

80. Si fuese necesario, los gobiernos deberían llevar a cabo o encargar estudios que les permitieran suplir cualquier vacío de información sobre los progresos obtenidos y las dificultades enfrentadas en el afán de lograr el respeto de los derechos previstos en el Pacto.

81. Los Estados Partes deberían destacar en sus informes las áreas en las cuales se podría avanzar aun más con el apoyo de la cooperación internacional y proponer programas de cooperación económica y técnica que podrían contribuir a ello.

82. Para asegurar un dialogo substantivo entre los Estados Partes y los órganos responsables de evaluar el cumplimiento de éstos con las disposiciones previstas en el Pacto, los Estados Partes deberían designar representantes que conocen a profundidad los temas planteados en el informe.

B. La función del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

83. Al Comité se le ha encargado la responsabilidad de asesorar al Consejo Económico y Social en lo que respecta al trabajo sustantivo que el Pacto le asigna. En particular, su función incluye la consideración de los informes presentados por los Estados Partes y la formulación de sugerencias y recomendaciones generales, incluyendo sugerencias y recomendaciones sobre como los Estados Partes pueden cumplir mejor sus deberes para con el Pacto. La decisión del Consejo

Económico y Social de sustituir el Grupo de Trabajo del período de sesiones por un comité de expertos independientes debería mejorar la eficacia de la supervisión del cumplimiento de los Estados Parte.

84. El Consejo Económico y Social debería asegurar al Comité un número de sesiones suficiente para el pleno ejercicio de sus responsabilidades. Para la ejecución efectiva de las funciones del Comité conforme a la resolución del ECOSOC 1985/17, es imprescindible que éste cuente con el personal y las instalaciones necesarios.

85. Para abordar en toda su extensión los temas sustantivos cubiertos en el Pacto, el Comité podría considerar la posibilidad de delegar algunas tareas a sus miembros. Por ejemplo, se podrían establecer criterios de redacción para preparar formulaciones preliminares o recomendaciones generales o resúmenes de la información recibida. Asimismo, se podría designar relatores que asesoren al Comité, especialmente en la preparación de informes sobre determinados temas. Con esta finalidad, dichos relatores harían consultas con los Estados Partes, las agencias especializadas y expertos en la materia y formularían propuestas sobre proyectos de asistencia económica y técnica que podrían contribuir a superar las dificultades experimentadas por los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Pacto.

86. De conformidad a los artículos 22 y 23 del Pacto, el Comité, junto con otros órganos de las Naciones Unidas, agencias especializadas y otras organizaciones interesadas, debería considerar la posibilidad de adoptar otras medidas internacionales que pudieran contribuir a la aplicación progresiva del Pacto.

87. El Comité debería examinar nuevamente el actual ciclo de seis años para la presentación de informes a la luz de retrasos que han resultado en la consideración simultánea de informes presentados en distintas fases del ciclo. Asimismo, el Comité debería revisar las directrices elaboradas para asesorar a los Estados Partes con la redacción de sus informes y proponer cualquier modificación necesaria.

88. El Comité debería considerar la posibilidad de invitar a los Estados Partes a hacer comentarios sobre algunos temas seleccionados con el fin de iniciar un diálogo directo y sostenido con el Comité.

89. El Comité debería dar la atención adecuada a los aspectos metodológicos relacionados con la evaluación del cumplimiento

de las obligaciones prescritas en el Pacto. Para la evaluación de los informes presentados conforme al Pacto, podría ser útil incluir referencias a indicadores en la medida que éstos faciliten la medición de los progresos obtenidos en la realización de determinados derechos. El Comité debería tomar debidamente en cuenta indicadores seleccionados pelas, o en el marco de las agencias especializadas y cuando identifique algún vacío, debería recurrir a o promover investigaciones adicionales, en consulta con las agencias especializadas correspondientes.

90. Siempre que el Comité no esté convencido de que la información proporcionada por el Estado Parte es adecuada para llevar a cabo una evaluación sustantiva de los progresos obtenidos y las dificultades enfrentadas, debería solicitar información suplementaria, especificando, cuando sea necesario, los temas o preguntas que quisiera que el Estado Parte abordara.

91. El Comité, al redactar sus informes de conformidad a la resolución 1985/17 del ECOSOC, debería considerar, además del “sumario de sus consideraciones de los informes”, resaltar los asuntos temáticos planteados en sus deliberaciones.

C. Relaciones entre el Comité, las agencias especializadas y otros órganos internacionales

92. La creación del Comité debería verse como una oportunidad para desarrollar una relación positiva y de beneficio recíproco entre el Comité, las agencias especializadas y otros órganos internacionales.

93. De conformidad con el artículo 18 del Pacto, se debería considerar la concertación de nuevos acuerdos siempre y cuando éstos puedan mejorar la contribución de las agencias especializadas a la labor del Comité. Tomando en cuenta que los métodos de trabajo con respecto a la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales varían de una agencia especializada a otra, es conveniente ser flexible en lo referente a los acuerdos mencionados en el artículo 18.

94. Para asegurar una supervisión adecuada de la aplicación del Pacto bajo la Parte IV, es imprescindible que se entable un dialogo entre las agencias especializadas y el Comité sobre asuntos de interés común. En las consultas, se debería tratar de forma especial la necesidad de establecer indicadores de evaluación del cumplimiento del Pacto; redactar directrices para la presentación de los informes de

los Estados Partes; acordar mecanismos para la presentación de los informes de las agencias especializadas conforme al artículo 18. Se debería también tener en cuenta cualquier procedimiento pertinente adoptado por las agencias. Sería muy beneficioso que representantes de estas últimas asistieran a las reuniones del Comité.

95. Sería muy beneficioso que los miembros del Comité visitaran las agencias especializadas interesadas, que conocieran personalmente los programas de las agencias que resultan relevantes para la realización de los derechos previstos en el Pacto y que además conversaran sobre las posibles áreas de colaboración con dichas agencias.

96. Se deberían iniciar consultas entre el Comité, las instituciones financieras internacionales y las agencias de desarrollo para intercambiar información e ideas sobre la distribución de los recursos disponibles relativa a la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto. En el contexto de estos intercambios se debería analizar el impacto de la asistencia económica internacional en los esfuerzos de los Estados Partes por aplicar el Pacto y las posibilidades de cooperación técnica y económica conforme al artículo 22 del Pacto.

97. Además de las responsabilidades consignadas en el artículo 19 del Pacto, la Comisión de Derechos Humanos debería tener en cuenta el trabajo del Comité en el momento de tratar los puntos de su agenda relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales.

98. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son instrumentos complementarios. Aunque la mayoría de los derechos caben claramente dentro del marco de uno de los dos Pactos, existen varios derechos y disposiciones que se mencionan en ambos instrumentos y que no se prestan a una clara diferenciación. Es más, algunas disposiciones y artículos aparecen en ambos Pactos. En vista de lo anterior, es importante establecer mecanismos de consulta entre el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Humanos.

99. Dada la relevancia que otros instrumentos legales internacionales tienen para el Pacto, el Consejo Económico y Social debería dar consideración prioritaria a la creación de mecanismos de consulta eficaces entre los distintos órganos de supervisión.

100. Se les insta a las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales dedicadas a la realización de los derechos

económicos, sociales y culturales a adoptar medidas adecuadas para fomentar la aplicación del Pacto.

101. En vista de que el Comité es un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, se insta a las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social a asistir y dar seguimiento a las reuniones del Comité y, cuando sea conveniente, presentar información de conformidad a la resolución 1296 (XLIV) del ECOSOC.

102. El Comité debería crear conjuntamente con otras organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales e instituciones de investigación, un sistema común para registrar, archivar, y facilitar el acceso a la jurisprudencia y otros materiales interpretativos relacionados a los instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales.

103. De acuerdo a las medidas recomendadas en el artículo 23, se propone que periódicamente se celebren seminarios con el fin de revisar el trabajo del Comité y los progresos obtenidos por los Estados Partes en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”

(Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988)

PREÁMBULO

Los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros;

Reconociendo los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación entre los Estados y de las relaciones internacionales;

Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a

cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos;

Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades,

Han convenido en el siguiente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”:

Artículo 1

Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2

Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este

Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

Artículo 3

Obligación de no Discriminación

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

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.

Artículo 5

Alcance de las Restricciones y Limitaciones

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

Artículo 6

Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional

y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7

Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
- e. la seguridad e higiene en el trabajo;
- f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;

- g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

Artículo 8

Derechos Sindicales

1. Los Estados partes garantizarán:
 - a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;
 - b. el derecho a la huelga.
2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.
3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

Artículo 9

Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica

y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Artículo 10

Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Artículo 11

Derecho a un Medio Ambiente Sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Artículo 12

Derecho a la Alimentación

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.
2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

Artículo 13

Derecho a la Educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
 - a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean

apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

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

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

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

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

Artículo 14

Derecho a los Beneficios de la Cultura

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;

b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;

c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y

culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

Artículo 15

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;

b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Artículo 16

Derecho de la Niñez

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

Artículo 17

Protección de los Ancianos

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

- a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada, a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;
- b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;
- c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

Artículo 18

Protección de los Minusválidos

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

- a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;
- b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;
- c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;
- d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

Artículo 19

Medios de Protección

1. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

2. Todos los informes serán presentados al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el presente artículo.

El Secretario General enviará copia de tales informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos transmitirá también a los organismos especializados del sistema interamericano, de los cuales sean miembros los Estados partes en el presente Protocolo, copias de los informes enviados o de las partes pertinentes de éstos, en la medida en que tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos, conforme a sus instrumentos constitutivos.

4. Los organismos especializados del sistema interamericano podrán presentar al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura informes relativos al cumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, en el campo de sus actividades.

5. Los informes anuales que presenten a la Asamblea General el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura contendrán un resumen de la información recibida de los Estados partes en el presente Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes.

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.

7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado.

8. Los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo.

Artículo 20

Reservas

Los Estados partes podrán formular reservas sobre una o más disposiciones específicas del presente Protocolo al momento de aprobarlo, firmarlo, ratificarlo o adherir a él, siempre que no sean incompatibles con el objeto y el fin del Protocolo.

Artículo 21

Firma, Ratificación o Adhesión.

Entrada en Vigor

1. El presente Protocolo queda abierto a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. La ratificación de este Protocolo o la adhesión al mismo se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

3. El Protocolo entrará en vigor tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión.

4. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor del Protocolo.

Artículo 22

Incorporación de otros Derechos y Ampliación de los Reconocidos

1. Cualquier Estado parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrán someter a la consideración de los Estados partes, reunidos con ocasión de la Asamblea General, propuestas de enmienda con el fin de incluir el reconocimiento de otros derechos y libertades, o bien otras destinadas a extender o ampliar los derechos y libertades reconocidos en este Protocolo.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificadores de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes en este Protocolo. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.