



Pontificia Universidad Católica del Perú

Escuela de Graduados

Maestría en Derechos Humanos

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados.

Tesis presentada por Renata Anahí Bregaglio Lazarte para optar por el grado de magíster en derechos humanos

Asesora: Elizabeth Salmon Gárate.

Lima, 10 de agosto de 2010

*A mi mamá, por la
paciencia y el
sacrificio de todos
estos años.*



Resumen Ejecutivo

En el Derecho internacional de los derechos humanos, históricamente se han establecido diferencias entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos. Estas diferencias han sido justificadas con diversos argumentos, siendo el principal la supuesta onerosidad en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales que determinaría su carácter de obligación progresiva. Esta bifurcación se refleja tanto en la normativa adoptada, como en el establecimiento de mecanismos de judicialización. En la presente tesis se cuestiona la ficticia separación entre derechos económicos, sociales y culturales y derechos civiles y políticos, tomando como argumentos centrales una correcta interpretación del concepto de progresividad, así como la necesidad de dotar de efectividad a las tantas veces consagradas indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Para ello, en la presente tesis se examinan los mecanismos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales indirectos cuyo mayor desarrollo se ha dado en el marco del sistema interamericano. De esta manera queda demostrado que hoy en día operan manifestaciones de defensa, o al menos análisis, de los derechos económicos, sociales y culturales ante los órganos y tribunales internacionales de derechos humanos. En este orden de ideas, se postula que más allá de la voluntad soberana estatal de aceptar ser juzgados por la responsabilidad internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, se pueden identificar patrones que demuestran una tendencia a brindar una real protección a dichos derechos que vaya más allá de dicho consentimiento estatal.

Abreviaturas, Siglas y Acrónimos

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CDESC: Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CorteIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DADDH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

DIDH: Derecho internacional de los derechos humanos.

DCP: Derechos Civiles y Políticos.

DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

ECOSOC: Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas

OEA: Organización de los Estados Americanos.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PSS: Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Índice

Introducción	Pág. 7
Capítulo I	Pág. 13
La progresividad como fundamento de la consagración normativa de los derechos económicos, sociales y culturales	
1.1 La evolución normativa de los DESC	Pág. 14
1.1.1. Los primeros instrumentos	Pág. 15
1.1.2. La consagración normativa de los DESC	Pág. 17
1.1.2.1. Los DESC en el sistema universal	Pág. 18
1.1.2.2. Los DESC en el sistema interamericano	Pág. 29
1.1.3. La tesis de las “generaciones” de derechos como justificación/consecuencia del planteamiento normativo	Pág. 37
1.2. La evolución conceptual de la progresividad y su impacto en el DIDH como pilar para la judicialización de los DESC	Pág. 40
1.2.1. Hacia un nuevo concepto de progresividad	Pág. 44
1.2.2. El corolario de la progresividad: la no regresividad	Pág. 49
1.2.3. ¿Es judicializable la progresividad? El caso del artículo 26 de CADH y su desarrollo jurisprudencial. “El <i>corpus iuris</i> de los DESC”	Pág. 57
1.2.4. Un caso concreto de judicialización de la progresividad: la problemática del artículo 26 y los límites para judicialización	Pág. 61
1.2.5. A manera de conclusión preliminar	Pág. 70
Capítulo II	Pág. 72
Los actuales escenarios de judicialidad indirecta de los DESC en el sistema interamericano y sus implicancias en el Derecho internacional de los derechos humanos	
2.1 La superación de la tesis de las generaciones de derechos desde la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos	Pág. 73

2.2 La judiciabilidad indirecta de los DESC en el sistema interamericano a partir de la indivisibilidad e interdependencia	Pág. 80
2.2.1 Las denuncias por violación de la DADDH	Pág. 80
2.2.2 La judiciabilidad de los DESC a través de la denuncia por violación de un DCP	Pág. 85
2.3 La superación de la soberanía estatal a partir de la judiciabilidad de los DESC: ¿imposición o evolución?	Pág. 94
Conclusiones	Pág. 100
Bibliografía	Pág. 104



Introducción

Los derechos humanos surgen como límites al poder de los Estados. En esta medida, son garantías o potestades que los seres humanos poseen frente a los gobiernos y que permiten la vida plena de las personas.

A nivel internacional existe un gran número de tratados que recogen y consagran un amplio grupo de derechos. Estos tratados, la mayoría de las veces, contemplan también la creación de un órgano de control, encargado de vigilar el cumplimiento de los derechos por parte de los Estados. Sin embargo, en la historia de los derechos humanos, los DESC no han sido pasibles de una judicialización directa plena mediante órganos internacionales.¹ Ello en vista de que la comunidad internacional consideró que los DESC, a diferencia de los derechos civiles y políticos DCP, son derechos cuyo cumplimiento resulta oneroso. Así por ejemplo, los Estados consideraban que para cumplir con el derecho a la vida bastaba una abstención de cometer ejecuciones arbitrarias, mientras que para cumplir con el derecho a la educación era necesario, entre otras medidas, construir centros educativos, contratar docentes y capacitarlos, y financiar la educación primaria que debe ser gratuita para todos. Esta idea motivó formulas jurídicas como las del artículo 2 del PIDESC (y su versión regional americana, el artículo 1 del PSS), que establece que la implementación de esos derechos debe realizarse "hasta el máximo de los recursos" que posea el Estado..

La pretendida onerosidad de los DESC y la mala comprensión de la idea de "progresividad" llevaron entonces a establecer serias restricciones a la competencia de los organismos internacionales de derechos humanos para judicializar situaciones de violación de DESC, y a plantear la tantas veces defendida tesis de las "generaciones de derechos". Concretamente, en el marco de las discusiones para la adopción de los Pactos de la ONU (con argumentos plenamente aplicables a los debates para la adopción de los instrumentos regionales americanos), muchos Estados plantearon que los DESC no tendrían el mismo estatus jurídico que los DCP. Esto en razón de la vaguedad del alcance de sus derechos, de los costos de su implementación y de la progresividad de su implementación. De acuerdo con estas ideas, establecer un

¹A efectos de la presente investigación, tomaremos como punto de partida la definición formulada por Castro Cid en relación con los DESC, entendido a estos como "un conjunto de exigencias que los individuos o los grupos plantean a la sociedad y al Estado para que estos les proporcionen los medios que hacen posible el disfrute de una existencia humana digna". CASTRO CID, Benito, citado por CANESSA, Miguel. Los derechos sociales en el marco de los derechos humanos. Disponible en Comisión Andina de Juristas. Red de Información Jurídica. <http://www.cajpe.org.pe/guia/canes-1.htm>

procedimiento de comunicaciones individuales en el marco de los DESC sería prácticamente imposible, debido a la dificultad que tendrían los miembros del CDESC para determinar el alcance de los derechos, determinar en qué medida los Estados sí estaban en condiciones de llevar a cabo esos derechos y en qué medida ya había agotado sus recursos disponibles, y atribuir responsabilidad al Estado.

A nivel americano, si bien el PSS contempla la posibilidad de que la CIDH y CorteIDH conozcan denuncias por violación a los DESC, sólo está prevista, de acuerdo con su artículo 19.6, en relación con el derecho a la educación y a la libertad sindical. Ello en virtud de que ambos derechos fueron comprendidos como DESC que poseen un gran contenido de obligaciones de “libertad”, que sí podrían ser analizadas por órganos de control.

Paralelamente (e incluso de manera contraria) a este desarrollo normativo, el desarrollo del DIDH estuvo orientado hacia la consagración de la universalidad, integralidad y complementariedad de los derechos humanos. Así, tal como lo estableció la Declaración de Viena en 1993, los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, por lo que la afectación de un derecho en la mayoría de los casos afectará a otro u otros más. Piénsese, por ejemplo, en como una expropiación arbitraria puede generar como consecuencia la afectación del derecho a la propiedad de un ser humano pero también en su derecho a la vivienda, si en el terreno expropiado se encuentra la residencia de esa persona. De igual manera, la negativa de los Estados de cumplir con el pago de pensiones de jubilación vulnerará no sólo el derecho a la seguridad social, sino también el derecho a la propiedad, en la medida que las pensiones constituyen derechos adquiridos y entran a formar parte del patrimonio de una persona.

No obstante, la restricción formal que existe en los tratados de DESC para permitir su judicialización por parte de los órganos de control, estos propios órganos han venido desarrollando algunas estrategias orientadas al logro de la generación de estándares de protección en torno a estos derechos, fundamentadas en la idea de interdependencia entre los derechos humanos. En este sentido, partiendo de la idea de que un mismo hecho puede generar afectaciones a dos o más derechos, sin importar que se trate de un DCP o un DESC, los órganos de control han tramitado denuncias que, si bien formalmente reclaman la vulneración de un DCP, entrañan una violación solapada de un DESC.

Como nota a pie de página, cabe precisar que a los efectos de esta tesis, se entiende como órganos de control de derechos humanos tanto a aquellos de naturaleza claramente jurisdiccional (como es la CorteIDH), que llevan a claro procedimientos plenamente contenciosos; como aquellos llamados por algunos autores “cuasijurisdiccionales”, que desarrollan los llamados mecanismos “cuasicontenciosos” (como son la CIDH o los comités de la ONU). Esta clasificación surge en la medida que la resolución de este segundo grupo de órganos, si bien pone fin a un procedimiento en donde se enfrenta una víctima (o varias víctimas) y un Estado, no es una sentencia en sentido estricto, en la medida que dichos órganos no son tribunales jurisdiccionales² ni tienen competencia (entendida como la capacidad de “decir derecho”). A pesar de ello, el dictamen de los comités tiene la apariencia formal de una sentencia y sus decisiones inspiran los desarrollos jurisprudenciales. Asimismo, para este trabajo, los términos “mecanismos de judiciabilidad” o “mecanismos de justiciabilidad” son usados como sinónimos de estos procedimientos.

Si bien de manera general, en los sistemas de protección de derechos humanos del mundo esta tramitación solapada de los DESC se ha venido produciendo, la judiciabilidad de los DESC ha tenido un desarrollo más fuerte en el sistema regional americano con los pronunciamientos jurisprudenciales de la CIDH y CorteIDH. Ello porque a nivel del sistema interamericano existen dos normas que dejaron abierta una puerta que, aunque no poseen una clara regulación, ha venido permitiendo la tramitación de denuncias individuales por situaciones que impliquen la vulneración de un DESC diferentes a la libertad sindical y educación (cuyo trámite, como hemos señalado, se encuentra autorizado por el PSS). Nos referimos al artículo 26 de la CADH y a la consagración de la DADDH como norma vinculante para los Estados de la OEA y cuyo cumplimiento es pasible de ser observado por la CIDH en el marco de un proceso de denuncias individuales. Ello, sumado a la cercanía regional y al hecho de que el Estado peruano es uno de los principales usuarios del sistema interamericano, ha motivado que la presente investigación centre su campo de estudio en los pronunciamientos desarrollados en el marco del sistema interamericano. No obstante, cuando sea pertinente, se harán breves referencias y comparaciones con el sistema europeo y africano.

Ahora bien, como se ha dejado claro, el desarrollo en materia de judiciabilidad de los DESC es eminentemente jurisprudencial, ya que ateniéndose a lo establecido en los

² VILLAN DURAN, Carlos. Curso de Derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: Trotta, 2002. p. 437.

instrumentos convencionales que los Estados soberanamente aceptaron, la posibilidad de tramitar una denuncia por violación a un DESC se encuentra seriamente restringida. Ello podría llevar, de una primera lectura del problema, a considerar que la práctica de los órganos de derechos humanos, principalmente los órganos del sistema interamericano, ha traspasado sus barreras y viene atentando contra la idea de soberanía estatal. La presente tesis busca analizar justamente esas consideraciones, con el objeto de determinar hasta qué punto la tendencia generada por los órganos del sistema, y que ciertamente supera los límites establecidos en los tratados, resulta jurídicamente permitida (y motivada) en el marco del DIDH. El objetivo de este estudio será entonces determinar si hoy en día asistimos a una paulatina apertura de la competencia de los órganos del sistema interamericano para conocer situaciones de violación de un DESC, o si por el contrario, es posible plantear todavía un esquema restrictivo y sancionar las conductas de los órganos de control. En este sentido, el estudio indagará las situaciones en las que estos órganos de protección han analizado indirectamente la violación de un DESC. En este proceso, no sólo serán tomados en cuenta los razonamientos en los que estos órganos expresamente asumen a los DESC como elementos interpretativos, sino también aquellos en los que la referencia a los DESC está más encubierta.

Este análisis resulta importante, porque además de esclarecer estrategias para la judiciabilidad de los DESC, se analiza hasta qué punto los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano, en aras de lograr una protección integral de derechos, están estableciendo estándares superiores a la capacidad de los Estados, o están incluso, superando los estándares mínimos establecidos en los instrumentos de DESC. Esto último porque debe tomarse en cuenta que, aunque se plantee la interdependencia entre los derechos humanos, los DESC gozan de la característica de la progresividad, que implica que la obligación de respeto y garantía de estos derechos debe (o puede) hacerse de manera paulatina. En este sentido, si bien es deseable dotar de la mayor protección posible a los derechos humanos (lo cual implica no sólo el establecimiento de normas protectoras, sino de mecanismos de control en la aplicación de dichas normas), esta protección no debe hacerse sin tomar en consideración los elementos propios de los DESC.

El presente documento se encuentra estructurado en dos capítulos. En el Capítulo I se hará una reseña de las causas por las cuales la posibilidad de que los órganos de derechos humanos declaren la responsabilidad internacional del Estado por violación de DESC fue vetada, provocando una equivocada jerarquía entre derechos apoyada

por la tesis de las “generaciones”. Como se ha adelantado esta jerarquía tuvo que ver con una mala interpretación de la idea de “progresividad”, por lo que también en esta sección se analizarán las nociones de progresividad y no regresividad, a efectos de entender su cabal contenido, y concluir que ella no es un obstáculo real al establecimiento de mecanismos de judicialización directa, prueba de ello, como se expondrá, son los pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano en torno a las presuntas violaciones del artículo 26 de la CADH.

Habiéndose establecido que la separación entre categorías de derechos en virtud de la progresividad es artificial y equivocada, corresponderá reflexionar en torno a si esta es permitida o se encuentra dentro de los márgenes del DIDH, o si por el contrario este acto soberano de los Estados debe ser superado desde una mirada amplia y dinámica del DIDH. Por ello, en el Capítulo II, se postulará como fundamento de esta mirada amplia a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos que viene siendo afirmada por los órganos de protección desde hace más de 50 años.

De esta manera, se ilustrará con algunos ejemplos, de qué manera los órganos interamericanos de derechos humanos se han pronunciado en torno a estas nociones, y han conocido indirectamente violaciones a los DESC, y así determinar la viabilidad jurídica de estos pronunciamientos. Desde nuestra perspectiva, y es la tesis que postulamos, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos constituye un principio del DIDH que debe ser dotado de plena eficacia. Ello sólo será posible si se permite el análisis de sus violaciones bajo un trámite de denuncia individual, de la misma manera que ocurre con los DCP. Desde nuestra perspectiva entonces, estos pronunciamientos jurisprudenciales pese a no encontrar una clara justificación en la norma positiva, se encontrarían justificados desde la consagración del principio de indivisibilidad e interdependencia, que toma como fundamento la necesidad de otorgar real protección al ser humano y dotarlo de una vida digna .

Cabe precisar esta investigación toma a los derechos humanos como realidades concretas plasmados en la norma positiva, y no pretende ingresar al problema de si estos derivan de principios naturales o morales. Consideramos que la presente investigación puede leerse tanto desde una postura iusnaturalista como positivista. Al margen del fundamento mismo de los derechos, lo cierto es que éstos existen como artificios (morales o netamente jurídicos) creados para otorgar garantías a las diferentes esferas que el ser humano necesita para satisfacer sus necesidades básicas.

Quiero agradecer la generosa ayuda de mi asesora de tesis, la doctora Elizabeth Salmón Gárate, quien me introdujo en la materia del Derecho internacional y los derechos humanos y que a través de sus acertadas opiniones ha encaminado este trabajo hacia el resultado que hoy presento.

Asimismo, quiero agradecer mi familia, especialmente a mi mamá, por el apoyo brindado durante todos estos años, y que han permitido lo logrado el día de hoy; y a Piero Vásquez Agüero y Jessica Maeda Jerí por sus desinteresados aportes con relación a las ideas plasmadas en este documento. Finalmente, un agradecimiento especial va para Mariana Chacón Lozano por la infinita paciencia para ayudar a resolver cuestiones administrativas que permitan la presentación de esta tesis.



Capítulo I

La progresividad como fundamento de la consagración y separación normativa de los DESC



1.1. La evolución normativa de los DESC

Una mirada superficial por los instrumentos de derechos humanos de los diferentes sistemas de protección del mundo nos llevará a notar que, con excepción del sistema africano (de creación relativamente reciente en comparación con los sistemas universal, americano y europeo), todos los demás poseen dos instrumentos generales: uno referido a los DCP y otro referido a los DESC.³

Esta distinción no resulta casual. Si bien hoy en día, pese a las limitaciones en su judicialización internacional que serán analizadas más adelante, nadie niega el carácter de verdaderos derechos humanos de los DESC, éstos no siempre tuvieron el mismo reconocimiento jurídico, sino que durante muchas décadas, permanecieron a la sombra de los DCP. Incluso hoy en día, aún es posible cuestionar si a nivel normativo los DESC poseen la misma jerarquía o categoría que los DCP.

Las consideraciones en torno a la imposibilidad de judicializar violaciones a los DESC estuvieron fundamentadas en la malinterpretada naturaleza de estos derechos, que los Estados acordaron en llamar “progresiva”. Era esta progresividad, que los Estados consideraban atribuible únicamente a los DESC, la que implicaba por un lado, una dispensa en el cumplimiento respecto de los Estados con escasos recursos; y por otro lado, esta dispensa generaba que no hubiera parámetros temporales claros para medir el cumplimiento.

A continuación se analizará el devenir histórico de la consagración normativa de los DESC en los sistemas universal e interamericano. Las razones de esta artificial separación serán esgrimidas de acuerdo con los argumentos alegados por los Estados, y serán refutadas hacia el final de este capítulo, luego de una cabal comprensión del concepto de “progresividad”

³ Así, en el caso del sistema universal se encuentra el PIDCP y el PIDESC; en el caso del sistema americano, la CADH y el PSS; y en el sistema europeo se encuentra el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. Por su parte, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de las Personas contempla dentro de su articulado los derechos al trabajo con condiciones justas y bajo remuneración (artículo 15), a la salud (artículo 16), y a la educación y cultura (artículo 17).

1.1.1 Los primeros instrumentos

La Carta de la ONU, adoptada el 26 de junio de 1945, proclamó como uno de sus propósitos, el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos humanos.⁴ Dentro de la estructura planteada por dicho instrumento, correspondía al ECOSOC ser el órgano de promoción y defensa de los derechos humanos, para lo cual se establecerían comisiones en los ámbitos económicos y sociales.⁵ De acuerdo con ello, en 1946, en el marco de su primer periodo de sesiones, el ECOSOC estableció dos comisiones: la Comisión de Derechos Humanos⁶ (hoy reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos) y la Comisión sobre el Estatus de la Mujer, como órgano especializado.

Concretamente, la Comisión de Derechos Humanos se creó con un triple propósito: (i) formular una declaración de derechos humanos, (ii) adoptar un instrumento jurídicamente vinculante de derechos humanos (pacto), y (iii) establecer medidas para la puesta en práctica de los derechos reconocidos en la declaración y el tratado internacional adoptado.⁷

De estos tres propósitos sólo el primero fue logrado plenamente, cuando el 10 de diciembre de 1948 se adoptó la DUDH.⁸ Esta, a diferencia de lo que ocurriría más adelante con los pactos internacionales adoptados al interior de la ONU, no distinguió según se tratara de DCP o DESC, sino que, apostando por la interdependencia y complementariedad de los derechos, los abordó todos en un único instrumento. Así, dentro de los DESC recogidos por la DUDH figuran los siguientes derechos: al trabajo en condiciones satisfactorias (artículo 23), al descanso y disfrute del tiempo libre (artículo 24), a un nivel de vida adecuado, en especial a la alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y otros servicios sociales necesarios (artículo 25), a la educación (artículo 26), y a la vida cultural (artículo 27).

A pesar de que la DUDH ha cobrado mayor fuerza en la comunidad internacional, y es el referente por excelencia de los derechos de las personas, debe resaltarse que en el

⁴ Preámbulo de la Carta y artículos 1.3, 13, 55, 56, 62, 68, 73 y 76 de la misma.

⁵ Artículo 68 de la Carta de Naciones Unidas.

⁶ Adoptada mediante Resolución 9 (II) del 21 de mayo de 1946.

⁷ Resolución de la Asamblea General No. 217.

⁸ Cabe señalar que pese a su popularidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos no fue la primera declaración en esta materia. Tres meses, en el marco de la Organización de Estados Americanos se había aprobado la Declaración Americana de Derechos y Deberes de Hombre.

marco de la OEA se gestaron instrumentos que contemplan DESC, incluso de manera previa a lo ocurrido en ONU.

En este sentido, la Carta de la OEA, que entró en vigor el 13 de diciembre de 1951, a pesar de no ser un tratado de derechos humanos, proclama los derechos fundamentales del individuo, sin distinción alguna por motivos de raza, nacionalidad, credo o sexo. Asimismo, establece el deber de los Estados, de respetar los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal⁹.

Asimismo, antes de que la Carta de la OEA entrara en vigor, en 1948, y de manera previa a la DUDH, se adoptó la DADDH, como el primer instrumento (aunque no jurídicamente vinculante) en materia de protección de derechos humanos del mundo, y que, de manera similar a como lo haría la DUDH, parte de una visión integral de los derechos humanos, sin distinguir entre los DCP y los DESC.¹⁰ De este modo, dentro de los DESC reconocidos por la DADDH se encuentran los siguientes derechos: 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).

Si bien, como se ha señalado, ambas declaraciones fueron concebidas, como su nombre lo indica, como instrumentos no vinculantes, ambas han experimentado también una evolución similar tendiente a la obligatoriedad. En relación con la DUDH, la Corte Internacional de Justicia ha señalado en el asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, que ésta constituye una interpretación generalmente aceptada de la Carta de la ONU.¹¹ En el mismo sentido, a la fecha la DADDH ha variado su valor y status jurídico. A decir de la propia CorteIDH en su Opinión Consultiva N° 10:

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

⁹ Artículo No. 13 de la Carta de la OEA. En el mismo sentido, artículo 1.3 de la Carta de la ONU.

¹⁰ Adicionalmente, la DADDH establece un conjunto de deberes que permiten calificar a las personas como sujetos de derechos y deberes al interior del sistema.

¹¹ CIJ. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Merits, Judgement of 24 May 1980, párr, 91.

*Americana constituye en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales*¹²

La naturaleza declarativa de los inicios normativos de los derechos humanos fue tal vez lo que permitió que estos instrumentos contemplaran un cuerpo homogéneo de derechos, sin distinguir su naturaleza. Es ante la inminente necesidad de aprobar instrumentos convencionales que vinculen jurídicamente a los Estados, y que generen mecanismos de supervisión y control, que estos se plantean la necesidad de distinguir entre DCP y DESC, tomando en consideración fundamentalmente la naturaleza las obligaciones emanadas por estos grupos de derechos, y sus posibilidades y limitaciones en torno a la judicialización de las violaciones.

1.1.2 La consagración normativa de los DESC

Pese a que los instrumentos declarativos apostaban por una visión integral de los derechos humanos, los Estados cuando se enfrentaron a la necesidad de adoptar instrumentos vinculantes en materia de derechos, se decantaron, contrariamente a lo que había incurrido con la adopción de estos primeros instrumentos, por diseñar convenios separados, uno para DCP y otro para DESC.

Esta decisión, estuvo motivada, más que en una consideración sustantiva del derecho, en un análisis sobre los impactos en el derecho adjetivo. Si bien es cierto que a nivel teórico la obligatoriedad de una norma de Derecho internacional no depende de que ésta sea pasible de control por un órgano, en la práctica (al igual que ocurre con las normas adoptadas en el marco del Derecho interno), su eficacia en gran medida es lograda gracias a la existencia de este tipo de mecanismos que, de alguna manera, coaccionan su cumplimiento; y es justamente esta eficacia la que se vio limitada por los Estados desde el argumento de que la progresividad imposibilitaba la creación de control judiciales, es decir, que permitieran la interposición de mecanismos judiciales directos de control de DESC.

No obstante, como se verá a continuación, este desarrollo no fue exactamente igual en los sistemas universal e interamericano, ya que el segundo sí permite la interposición de mecanismos directos para algunos DESC.¹³

¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 14 de julio de 1989, Serie A, N° 10. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1989, párrafos 43 y 44.

¹³ Sobre este punto cabe precisar que en el marco del sistema europeo, si bien existe la posibilidad de interponer una denuncia por violación a la Carta Social Europea, esta no puede ser planteada por sujetos

A efectos de esta investigación, por mecanismos “justiciabilidad directa” se entenderá aquellos generados a partir de un tratado que atribuye expresamente competencia a los órganos de control para tramitar denuncias individuales por violación a los DESC. Un segundo subgrupo denominado de “justiciabilidad indirecta”, cuyo principal desarrollo se viene gestando en el marco del sistema interamericano, se refiere a aquellos mecanismos utilizados por los órganos para conocer situaciones que impliquen el análisis de una violación a un DESC, a partir de la interpretación de una norma, ya que no se cuenta con un instrumento expreso que habilite la competencia de dicho órgano.

Dado que esta sección analiza la consagración normativa y positiva de los DESC, en ella se hará referencia a los mecanismos directos de judiciabilidad, que son los plasmados en los tratados. Los mecanismos indirectos, fundamentales para los efectos de la presente investigación, serán abordados en el segundo capítulo de la presente investigación, ya que su desarrollo toma como fundamento la indivisibilidad e interdependencia que opera entre los derechos humanos en general.

1.1.2.1 Los DESC en el sistema universal

Como se ha señalado, además de la adopción de la DUDH, la Comisión de Derechos Humanos tuvo como una segunda función adoptar un pacto o instrumento jurídicamente vinculante en materia de derechos humanos. La opción de adoptar un único tratado se mantuvo de manera firme hasta el año 1951. Esto puede observarse cuando en 1950, a través de su Resolución 421 (V)¹⁴, la Asamblea General postulaba implícitamente la tesis en torno a la complementariedad e interdependencia de los derechos humanos, al señalar que el cumplimiento de los DESC se encontraba íntimamente vinculado al cumplimiento de los DCP. De esta manera, en relación con el proyecto de Pacto de Derechos Humanos que venía siendo elaborado, señaló la necesidad de:

individuales, Así, un Protocolo adicional a la Carta Social Europea adoptado en 1995 añadió un sistema de reclamaciones colectivas que permite a determinados sindicatos, organizaciones patronales y ONG's presentar reclamaciones ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). En el contexto del sistema africano, por su parte, a partir del 2001 la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha comenzado a pronunciarse en casos motivados en violaciones a DESC, como la denuncia interpuesta contra Nigeria por la violación de estos contra el pueblo Ogoni por parte del ex gobierno militar. Ver African Commission on Human & People's Rights. Communication 155/96. ACHPR/COMM/A044/1, 27th May 2002.

¹⁴ Adoptada el 4 de diciembre de 1950.

Incluir en el Pacto de Derechos del Hombre los derechos económicos, sociales y culturales y el reconocimiento explícito de la igualdad de hombres y mujeres en cuanto a esos derechos, según consta en la Carta de Naciones Unidas;

[Invitar] al Consejo Económicos y Social a pedir a la Comisión de Derechos del Hombre que, conforme al espíritu de la Declaración Universal, enuncie claramente en el proyecto de Pacto los derechos económicos, sociales y culturales en forma que los vincule a las libertades cívica y políticas proclamadas en el proyecto de Pacto.¹⁵

No obstante, el resultado de este proceso fue la adopción en 1966, de dos tratados diferentes pero con estructura similar: el PIDCP, y el PIDESC. Esta distinción fue resultado las diferencias ideológicas de los Estados que participaron en los debates, y que motivaron dos posiciones en torno a la estrategia legislativa a seguir. Durante las sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, a partir del planteamiento de los Estados de corte occidental se entendió que los DESC no tendrían el mismo estatus jurídico que los DCP, dada la vaguedad del alcance de sus obligaciones y los altos costos de su implementación, lo que motivaría que su cumplimiento fuera progresivo. En este sentido, establecer un procedimiento de comunicaciones individuales en el marco de los DESC, sería prácticamente imposible, debido a la dificultad que tendrían los miembros del eventual comité supervisor para determinar el alcance de los derechos y atribuir responsabilidad al Estado. De acuerdo con esta posición, el cumplimiento de los DESC estaría condicionado no sólo por la voluntad política de los Estados de respetar las obligaciones internacionales, sino por la falta de recursos económicos para satisfacer tales derechos. Por lo tanto, sancionar a un Estado con escasos recursos por no haber podido satisfacer plenamente, por ejemplo, el derecho a la educación, sería injusto y discriminatorio en relación con un Estado que sí ha podido cumplir sus obligaciones por gozar de un presupuesto estatal más holgado¹⁶.

Siguiendo esta línea de razonamiento, Estados como Reino Unido y Estados Unidos consideraron que los DESC eran derechos que por su propia naturaleza resultaban complejos de articular con los DCP, por lo que plantearon la propuesta de elaborar dos pactos, uno referido a los DCP, que además iría acompañado de un protocolo facultativo que permitiría al órgano de control del tratado (denominado Comité de Derechos Humanos) tramitar denuncias individuales y quejas interestatales; y otro referido a los DESC, respecto del cual no existiría la posibilidad de habilitar un mecanismo de denuncias individuales (y que incluso en sus orígenes, no contó con un

¹⁵ Resolución de la Asamblea General 421 (V), parágrafo 7.

¹⁶ TEXIER, Philippe. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal. En: AA.VV. Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales. CEJIL: San José, 2004, p. 13.

órgano de control).¹⁷ Los Estados de corte socialista, por su parte, alegaban una consideración conjunta de los derechos, pero estaban también de acuerdo en poner límites a las posibilidades de judicialización de las violaciones a los DESC.¹⁸

Siguiendo la tesis de la adopción en instrumentos separados, y pese a las iniciales intenciones de la Asamblea General, en 1951 el ECOSOC requirió a la Asamblea General que reconsiderara su posición de contar con una sola convención que contemplara todas las categorías de derechos, porque estimaba que para cada tipo de derecho existían métodos de implementación diferentes, por lo que recomendaba la adopción de dos convenciones distintas. En este sentido, el ECOSOC señaló lo siguiente:

Habiendo tomado nota de la Resolución 421 (V) de la Asamblea General, en la que se invita al Consejo Económico y Social a pedir a la Comisión de Derechos del Hombre [Comisión de Derechos Humanos] que incluya en el proyecto de Pacto de Derechos del Hombre una enunciación clara de los derechos económicos, sociales y culturales en forma que los vincule a las libertades civiles y políticas proclamadas en el anterior proyecto de Pacto,

Tomando nota de que el proyecto de Pacto preparado, en respuesta a esa petición, por la Comisión de Derechos del Hombre en su séptimo período de sesiones, contiene, entre otras, disposiciones relativas a tales derechos,

Considerando que en esas disposiciones se prevén dos métodos diferentes de aplicación, sin indicar qué método o métodos han de aplicarse:

- a) A los derechos políticos y civiles, y*
- b) A los derechos económicos, sociales y culturales.*

Consciente de las dificultades que pueden surgir de la inclusión en un solo Pacto de dos categorías diferentes de derechos y obligaciones,

Dándose cuenta de la importancia de formular, según el espíritu de la Carta, de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y de la Resolución 421 (V) de la Asamblea General, los derechos económicos, sociales y culturales, del modo más adecuado para asegurar la efectividad de su aplicación.

Invita a la Asamblea General a considerar nuevamente la decisión que tomó en la Resolución 421 E (V), de incluir en un solo Pacto artículos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, junto con artículos relativos a las libertades civiles y políticas.¹⁹

Como hemos adelantado, este debate concluyó con la aprobación de dos pactos, ambos adoptados el 16 de diciembre de 1966, y un protocolo adicional facultativo al PIDCP, que permite entablar denuncias individuales contra los Estados parte del protocolo por violación a dicho tratado.

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 13 y 14.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 14.

¹⁹ Resolución 384 (III), de 29 de agosto de 1951.

El PIDESC entró en vigor meses antes que el PIDCP, el 3 de enero de 1976, luego de la ratificación o adhesión de 35 Estados²⁰. Entre los derechos contemplados en dicho tratado se encuentran el derecho al trabajo (artículo 6), al disfrute de condiciones de trabajo justas y favorables (artículo 7), a la seguridad social (artículo 9), a la protección de la familia (artículo 10), a gozar de un adecuado nivel de vida (artículo 11), a la salud (artículo 12), a la educación (artículos 13 y 14), y a gozar de una vida cultural (artículo 15). Estos derechos no están simplemente enunciados en el PIDESC, sino que son descritos y definidos, y generalmente establecen los pasos que los Estados deben cumplir para lograr su adecuada implementación. Sin embargo, si se compara la redacción del PIDESC con la de la Carta Social Europea,²¹ se puede observar que el primero, si bien cubre una amplia gama de derechos, tiene una redacción muy vaga y genérica. De este modo, por ejemplo, mientras la Carta Social Europea utiliza tres artículos para referirse al derecho a la seguridad social, el PIDESC solo hace una breve enumeración de las disposiciones relativas a este derecho²². Además, en comparación con el tratado europeo, el PIDESC no señala de manera específica todos los grupos de personas que merecen una especial protección, sino que esta mención es hecha sólo en relación con las mujeres y los niños²³. Hubiera sido deseable, por tanto, que el PIDESC se refiriera de manera expresa a los extranjeros, trabajadores migratorios, adultos mayores y personas con discapacidad física o mental. No obstante, a la fecha, existen en el sistema universal tratados que amparan a la mayoría de estos grupos vulnerables y específicos (por ejemplo mujeres, niños, personas con discapacidad y trabajadores migratorios).

Respecto de los órganos de vigilancia y mecanismos de control, a diferencia del PIDCP que estableció en su artículo 28 la creación del Comité de Derechos Humanos como órgano de control del tratado, el PIDESC no estableció órgano alguno, ni atribuyó la responsabilidad del monitoreo a un órgano ya existente. Será posteriormente el ECOSOC el que, mediante la Resolución No. 1985/1724, cree el CDESC como nuevo órgano, conformado por expertos independientes y con

²⁰ Mientras que el PIDCP lo hizo el 23 de marzo de 1976, luego de recibir la misma cantidad de ratificaciones. Actualmente el PIDESC cuenta con 160 Estados parte, entre los que figura el Perú desde el 28 de abril de 1978.

²¹ Adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en vigor desde el 26 de febrero de 1965. Fue posteriormente revisada mediante la Nueva Carta Social Europea, adoptada el 3 de mayo de 1996, y en vigor desde el 1 de julio de 1999.

²² CRAVEN, Matthew. The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. En. HANSKI, Raija y Markku SUKSI (ed.). An introduction to the international protection of human rights. Segunda edición. Turku/Abo: Institute fo Human Rights, Abo Akademi university, 2000, p. 105.

²³ Artículo 3 y 10 del PIDESC.

²⁴ Adoptada el 28 de mayo de 1985.

competencias específicas (aunque limitadas) para controlar el cumplimiento del PIDESC.²⁵

De esta manera, pese a operar de una manera muy similar al resto de comités, el CDESC no se conformó con competencia para conocer denuncias individuales (y menos aún, quejas interestatales), como sí lo permitía el PIDPC respecto del Comité de Derechos Humanos (mediante la suscripción de su protocolo adicional), y como a la fecha (con la única excepción de la Convención sobre Derechos del Niño), lo permiten todos los tratados de derechos humanos del sistema universal convencional. Por el contrario, las dos únicas funciones otorgadas al CDESC eran funciones de control que podríamos denominar “indirectas” o “no contenciosas”: i) recibir y examinar los informes que los Estados parte deben enviar, señalando (mediante Observaciones Finales) las medidas que se están tomando en su jurisdicción para implementar los derechos consagrados en el PIDESC²⁶; y ii) adoptar observaciones generales, orientadas a asesorar a los Estados parte para dar efecto a las disposiciones del PIDESC, mediante el análisis e interpretación de las obligaciones contenidas en dicho tratado.

Esta situación actualmente viene siendo modificada desde el interés de los Estados por generar mecanismos directos de control de los DESC. En efecto, dadas estas manifiestas limitaciones en torno a la judiciabilidad directa de los DESC, en 1993 la Conferencia de Derechos Humanos de Viena solicitó al CDESC la elaboración de un proyecto de protocolo facultativo al PIDESC.²⁷ El proyecto, que tomaba como punto de partida las regulaciones del Protocolo Facultativo al PIDCP y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, fue elaborado y sometido en 1997²⁸ a la consideración de la Comisión de Derechos Humanos, la cual decidió en el 2001 nombrar un experto independiente para examinar el proyecto y analizar todas las opciones de codificación posibles.²⁹

Dicho proyecto planteaba la posibilidad de que el CDESC tramitara denuncias individuales por violación a los derechos contenidos en el PIDESC; mas no autorizaba,

²⁵ De manera previa a la creación de este Comité, el ECOSOC estableció el Grupo de Trabajo sobre la Implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como el Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales), el cual, sin embargo, nunca logró un adecuado desempeño debido a las constantes divergencias políticas.

²⁶ Artículo 16 del PIDESC.

²⁷ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. DOC UN A/CONF.157/23, parágrafo 75.

²⁸ Proyecto presentado a la Comisión de Derechos Humanos, examinado en el marco de su 53º periodo de sesiones en 1997.

²⁹ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos No. 2001/30 de 20 de abril de 2001.

a diferencia de lo establecido en el Protocolo que finalmente fue adoptado, la tramitación de denuncias interestatales.³⁰ Al igual que ocurría con los otros convenios, el procedimiento del protocolo, además de ser facultativo, sería confidencial.³¹ En relación con los derechos que podrían ser amparados bajo el procedimiento de denuncias, el CDESC señaló:

Tras un largo debate de esta cuestión, la mayoría de los miembros del Comité que participaron en él expresaron una clara preferencia por un enfoque amplio que requiera que todo Estado, al hacerse parte en el protocolo facultativo, acepta el procedimiento pertinente respecto de todos los derechos reconocidos en el Pacto. Por otro lado, una fuerte minoría se declaró a favor de adoptar un enfoque selectivo que permita a los Estados aceptar obligaciones sólo en relación con una gama de derechos concreta. La minoría consideró que esto podría conseguirse ya sea mediante el requisito de que los Estados se "desvinculen" expresamente de disposiciones que ellos mismos tendrían que señalar en el momento de hacerse partes en el protocolo o mediante su "vinculación" a disposiciones que ellos mismos especificarían.³²

No obstante el debate, la posición final adoptada por el CDESC fue la aplicación del Protocolo Facultativo a todos los DESC enunciados en el Pacto, es decir, aquellos señalados en los artículo 1 a 15. Sin embargo, el CDESC estableció que, en relación con el derecho a la libre determinación (artículo 1 común a los pactos), éste debía abordarse en el marco del procedimiento del Protocolo Facultativo sólo "en la medida que estén en juego dimensiones económicas, sociales y culturales de ese derecho", ya que las dimensiones civiles y políticas quedarían a cargo del Comité de Derechos Humanos. Otro aspecto que vale la pena destacar del proyecto es que, a diferencia del Protocolo Facultativo al PIDCP, permitiría que las comunicaciones fueran remitidas no sólo por personas individuales, sino también por grupos de personas.³³ Finalmente, se previó la posibilidad de que el CDESC solicite medidas provisionales en caso de que hubiera un peligro de daño irreparable.³⁴

Este proyecto fue puesto a consideración de los Estados, organizaciones de derechos humanos y órganos de la ONU y se solicitó que hicieran llegar sus observaciones a la Comisión de Derechos Humanos.³⁵

En el año 2001 la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos organizó una sesión de trabajo con el objeto de discutir de manera general, diferentes aspectos de la justiciabilidad de los DESC, y en particular, el proyecto de

³⁰ Doc. ONU E/CN.4/1997/105, de 18 de diciembre de 1996, párrafo 14.

³¹ Artículo 6 del Proyecto. Doc. ONU E/CN.4/1997/105, de 18 de diciembre de 1996, párrafos 38-41.

³² Doc. ONU E/CN.4/1997/105, de 18 de diciembre de 1996, párrafo 28.

³³ Artículo 2 del proyecto.

³⁴ Artículo 5 del proyecto.

³⁵ Resoluciones 1997/104, 1998/33, 1999/25 y 222/9 de la Comisión de Derechos Humanos.

Protocolo Facultativo al PIDESC.³⁶ Producto del debate suscitado en dicha sesión de trabajo, el Experto Independiente encargado de examinar la cuestión de un proyecto de Protocolo Facultativo al PIDESC, elaboró un informe que fue puesto a consideración de la Comisión de Derechos Humanos en el marco de su 58º periodo de sesiones.³⁷ En dicho informe se analizaron cuatro aspectos principales en torno al Proyecto de Protocolo Facultativo: i) los derechos incluidos, ii) el órgano competente, iii) la competencia personal y iv) las posibilidad de adoptar medidas cautelares. De estos cuatro puntos, cabe resaltar los dos primeros.

En relación con los derechos incluidos, el Experto Independiente recomendó que el procedimiento de denuncias individuales estuviera limitado para situaciones que revelan cierto tipo de violaciones o infracciones flagrantes y bien caracterizadas de los DESC. Esto debido fundamentalmente a que muchos de estos derechos eran abordados también por otros organismos de la ONU (por ejemplo, en el caso del derecho al trabajo, por la OIT), por lo que existía el riesgo de llegar a una divergencia entre dos instancias internacionales de investigación o conciliación en su interpretación de las normas, derechos y obligaciones en ellas definidas.³⁸ Con relación al órgano competente, el Experto Independiente se mostró de acuerdo con que fuera el CDESC el órgano encargado, pero manifestó sus dudas respecto a que sean los mismos funcionarios quienes conocieran por un lado, los informes periódicos de los Estados, y por otro, los procedimientos de denuncias contra estos. Según el parecer del Experto, debería conformarse un “grupo de expertos” del CDESC especialistas en litigio que se encargaran de conocer las denuncias individuales, o de ser el caso, un comité paralelo.³⁹

Al respecto debemos señalar que no compartimos el razonamiento del Experto Independiente en estos puntos. Con relación a la posible duplicidad de trámites entre las denuncias individuales y los procedimientos llevados a cabo por los organismos de la ONU, como la OIT o la UNESCO, estos difieren sustancialmente del trámite de una denuncia individual. A manera de ejemplo, el procedimiento ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT no puede ser iniciado por una persona como sí ocurre en las

³⁶ La sesión se llevó a cabo entre el 5 y 6 de febrero de 2001 con la participación de representantes de 74 Estados, 6 agencias de la ONU y organizaciones internacionales, y 18 organizaciones no gubernamentales. Para mayor información revisar Doc. ONU E/CN.4/2001/62/Add.2 del 22 de marzo de 2001.

³⁷ Doc. ONU E/CN.4/2002/57, de 12 de febrero de 2002.

³⁸ Doc. ONU. E/CN.4/2002/57, de 12 de febrero de 2002, parágrafos 32 a 37.

³⁹ Doc. ONU. E/CN.4/2002/57, de 12 de febrero de 2002, parágrafo 39 a 42.

denuncias individuales; mientras que UNESCO posee únicamente un sistema de informes, mas no de denuncias.

Por otro lado, respecto de la inconveniencia de que el CDESC tramite las denuncias y examine los informes periódicos, cabe precisar que todos los procedimientos de denuncias individuales del sistema convencional de la ONU son tramitados por los comités de control de cada tratado (quienes también revisan los informes periódicos), sin que exista al interior de estos un “comité de expertos” o un órgano paralelo avocado a las denuncias individuales. No tendría sentido por tanto, plantear esa separación para el caso de los DESC. Del mismo modo, si bien la presentación de informes periódicos es un mecanismo no contencioso, ello no implica (como se puntualizará más adelante), que no sea un mecanismo de control, respecto del cual los comités emiten pronunciamientos manifestando su conformidad o disconformidad respecto a cómo los Estados vienen cumpliendo con los tratados. El que sea un mecanismo que podríamos tildar de “menos invasivo” de la soberanía estatal, no implica que no sea un mecanismo de control que obligue a los comités a tomar posición. Dicho esto, no consideramos que exista incompatibilidad en el hecho de supervisar el cumplimiento de un tratado mediante un mecanismo de informes periódicos, y en simultáneo, mediante la tramitación de denuncias individuales. Incluso, en muchos casos, la información recopilada a través del sistema de informes puede ayudar a contextualizar una práctica sistemática de violaciones de derechos por parte de un comité.

Finalmente, en el referido informe el Experto Independiente recomendó la creación de un Grupo de Trabajo encargado de debatir el proyecto de Protocolo Facultativo, a la vez que prolongar su propio mandato, sugerencia aceptada por la Comisión de Derechos Humanos y el ECOSOC.⁴⁰ Al año siguiente la Comisión de Derechos Humanos solicitó al Grupo de Trabajo que se reuniera antes del 60º periodo de sesiones de la Comisión para analizar el proyecto y las opciones al mismo.⁴¹ Este grupo se reunió en su primera sesión en Ginebra entre el 23 de febrero y el 5 de marzo de 2004; sin embargo, no llegó a ningún consenso sobre la viabilidad del protocolo y obtuvo la renovación de su mandato.⁴² Los desacuerdos tuvieron su fundamento en que las delegaciones de Estados esgrimieron argumentos en relación con la dificultad de precisión del alcance de los derechos, el deber de implementación

⁴⁰ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos No. 2002/24 de 22 de abril de 2002, y Resolución del ECOSOC No. 2002/254, de 25 de julio de 2002.

⁴¹ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos No. 2003/18 de 22 de abril de 2003, parágrafo 12.

⁴² Resolución de la Comisión de Derechos Humanos No. 2004/29 de 19 de abril de 2004, parágrafo 14.

progresiva; la dificultad de Estados en vías de desarrollo; y la naturaleza subsidiaria del CDESC, que haría imposible atribuirle la competencia del examen de denuncias individuales simplemente mediante un protocolo. Asimismo, se debatió respecto a qué derechos podrían ser invocados ante el CDESC, pero en este punto tampoco hubo consenso, ya que algunos abogaban por una aproximación comprehensiva, que abarcara todos los derechos del PIDESC, mientras otros preferían dejarlo a la libre elección de los Estados (la aproximación “à la carte”)⁴³.

Entre el 10 y 21 de enero de 2005 el Grupo de Trabajo llevó a cabo en Ginebra su segunda sesión.⁴⁴ En esta se mantuvieron las reservas de algunos Estados sobre la adopción del Protocolo. Estados como Australia, Estados Unidos, Japón, Noruega y Polonia manifestaron dudas sobre la utilidad del protocolo para lograr una efectiva protección de los DESC; Canadá planteó dudas por la posible interferencia del CDESC en las soberanas decisiones sobre asignación de recursos realizadas por los Estados, y propuso examinar otras alternativas al mecanismo de denuncias; y la Federación de Rusia, si bien apoyó la elaboración de un Protocolo Facultativo, consideró que cualquier mecanismo de reclamaciones debería tener en cuenta el nivel de desarrollo económico y las características de los sistemas jurídicos de los Estados involucrados. Asimismo compartía con Suiza la posición de que el enfoque “a la carta” era el más adecuado.⁴⁵ En la posición contraria a este enfoque se encontraba Emmanuel Decaux, Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, quien señalaba que el enfoque “a la carta”, generaba el riesgo de establecer una jerarquía en los derechos cuando “*el objetivo de un protocolo facultativo no debería ser revisar el Pacto, sino reforzar su aplicación*”.⁴⁶

La tercera sesión del Grupo de Trabajo se llevó a cabo del 6 al 17 de febrero de 2006.⁴⁷ Al igual que en anteriores sesiones, las oposiciones y dudas en torno al

⁴³ Documento ONU. Reporte de la sesión del Grupo de Trabajo para considerar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/CN.4/2004/44 de 15 de marzo de 2004.

⁴⁴ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo período de sesiones. Doc. ONU E/CN.4/2005/52, de 10 de febrero de 2005.

⁴⁵ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo período de sesiones. Doc. ONU E/CN.4/2005/52, de 10 de febrero de 2005, párrafos 6, 15, 17, 103 y 104.

⁴⁶ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo período de sesiones. Doc. ONU E/CN.4/2005/52, de 10 de febrero de 2005, párrafo 22.

⁴⁷ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer período de sesiones. Doc. ONU E/CN.4/2006/47 de 14 de marzo de 2006.

proyecto de Protocolo Facultativo se hicieron sentir, en las declaraciones de Australia, Japón, India, Estados Unidos y la República de Corea;⁴⁸ y también al igual que en anteriores sesiones, el debate giró en torno a qué derechos serían justiciables mediante el procedimiento de denuncias, la posibilidad de formular reservas al Protocolo Facultativo, así como cuestiones relativas al procedimiento mismo (admisibilidad, competencias, plazos, solución amistosa, etc.).

Concluida la tercera sesión, el Consejo de Derechos Humanos pidió a la Presidenta del Grupo de Trabajo, Catarina de Albuquerque, que preparara un primer proyecto de protocolo facultativo que sirva de base para las próximas negociaciones.⁴⁹ El proyecto fue elaborado⁵⁰ y examinado en dos versiones sucesivas: una primera en el marco del cuarto periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, llevado a cabo del 16 al 27 de julio de 2007;⁵¹ y una segunda versión revisada⁵² que fue analizada y debatida en la primera parte de su quinto período de sesiones, realizado en dos partes: la primera del 4 a 8 de febrero de 2008⁵³, y la segunda del 31 de marzo al 4 de abril del mismo año.⁵⁴

⁴⁸ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer período de sesiones. Doc. ONU E/CN.4/2006/47 de 14 de marzo de 2006, párrafo 11, 18.

⁴⁹ Resolución del Consejo de Derechos Humanos No. 1/3, adoptada el 29 de junio de 2006.

⁵⁰ Proyecto de protocolo facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales preparado por la presidenta-relatora, Catarina de Albuquerque. Doc. ONU A/HRC/6/WG.4/2, de 23 de abril de 2007.

⁵¹ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su cuarto período de sesiones (Ginebra, 16 a 27 de julio de 2007). Doc. ONU A/HRC/6/8, de 30 de agosto de 2007.

Los aspectos más relevantes de este proyecto y que suscitaron el debate fueron:

1. Competencia del Comité para de tramitar comunicaciones (art. 1), que podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en las partes II y III de el Pacto (exclusión del derecho a la libre determinación), o en nombre de esas personas o grupos de personas, siempre que se cuente con su consentimiento (art. 2). Asimismo, se permitían comunicaciones colectivas presentadas por ONG con estatuto consultivo (art. 3).
2. Competencia del Comité para de tramitar investigaciones (art.1), cuando el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en el Pacto (art. 10). Podía ser rechazado por los Estados.
3. Competencia del Comité para tramitar quejas interestatales, previa declaración expresa de aceptación por parte del Estado (art. 9).
4. Con respecto a los derechos protegidos por el mecanismos de denuncias individuales (competencia material), el enfoque era amplio. No obstante, el artículo 2 reconocía la posibilidad de que el Estado, al momento de la ratificación, declarara expresamente la exclusión de determinados derechos de la competencia de comunicaciones.
5. Creación de un Fondo especial para prestar asistencia económica, cuando se solicite, a los Estados Partes que carezcan de los recursos financieros necesarios para aplicar medidas correctivas eficaces (art. 14).
6. Prohibición de realizar reservas (lo cual, a nuestro parecer, resultaba absurdo si se toma en cuenta lo señalado en el artículo 2).

⁵² Proyecto revisado de protocolo facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, preparado por la Presidenta-Relatora, Catarina de Albuquerque, Doc. ONU A/HRC/8/WG.4/2, de 24 de diciembre de 2007.

⁵³ Respecto de su antecesor, la versión revisada del proyecto planteaba las siguientes regulaciones:

1. Se mantiene la competencia del Comité para de tramitar comunicaciones (art. 1). La modificación radica en que para presentar comunicaciones a nombre de personas o grupos de personas, se requerirá

Esta versión revisada era prácticamente idéntica a su antecesora. Tal vez la única diferencia sustantiva era la supresión definitiva de las comunicaciones colectivas que habían estado prevista en las anteriores versiones, eliminándose así la posibilidad (similar a la que opera en el sistema europeo) de que ONGs presenten denuncias.⁵⁵

Al término de su sesión, el Grupo de Trabajo consideró que el texto estaba en condiciones de ser remitido al Consejo de Derechos Humanos para que éste lo examinara, dando por concluido el mandato del Grupo de Trabajo.⁵⁶

El texto definitivo del Protocolo, que fue adoptado el 10 de diciembre de 2008, recogía casi en su totalidad la versión revisada del Protocolo de febrero de 2008. A la fecha el

el consentimiento a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento (art. 2).

2. Se restringe la competencia del Comité para tramitar comunicaciones colectivas (art. 2). Se establece la discrecionalidad del Comité para tramitar las comunicaciones presentadas por ONGs con intereses o conocimientos pertinentes en las que se denuncie la violación de alguno de los derechos enunciados en el PIDESC.

3. Se mantiene la competencia del Comité para de tramitar investigaciones (art. 10).

4. Se mantienen la competencia del Comité para tramitar quejas interestatales, previa declaración expresa de aceptación por parte del Estado (art. 9).

5. Se mantienen la posibilidad de que al momento de la firma, ratificación o adhesión el Estado declare la exclusión de determinados derechos de la competencia de comunicaciones, pero señalando que dicha declaración deberá ser actualizada luego de diez años (art. 2).

6. Se mantiene el Fondo especial para prestar asistencia económica (art. 14).

7. Se mantiene la prohibición de realizar reservas (art. 22).

⁵⁴ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su quinto período de sesiones (Ginebra, 4 a 8 de febrero y 31 de marzo a 4 de abril de 2008). Doc. ONU A/HRC/8/7, de 6 de mayo de 2008.

⁵⁵ Esta supresión se ha mantenido en el Protocolo Facultativo aprobado.

⁵⁶ No obstante lo anterior, si bien el Grupo de Trabajo acordó remitir el texto al Consejo de Derechos Humanos, se mantenían algunas discrepancias en torno al texto. Entre las más resaltantes podemos mencionar la posición de Estados Unidos que seguía escéptico en cuanto a la necesidad de un protocolo facultativo, por considerar que aunque tuvieran igual importancia que los DCP, los DESC eran, en sentido jurídico, fundamentalmente distintos y tenían que ejercitarse gradualmente de conformidad con los recursos disponibles. En este sentido, se reservó su posición final sobre el proyecto.

En el mismo sentido Reino Unido, Dinamarca y Polonia reservaron su posición final acerca del proyecto, ya que la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales y el hecho de que su ejercicio efectivo hubiera de ser gradual hacían que fueran insuficientemente justiciables y menos idóneos para un mecanismo de denuncias individuales, corriéndose el riesgo de una interferencia del CDESC en las prácticas nacionales. Así, Dinamarca señaló expresamente que la decisión de transmitir el proyecto al Consejo de Derechos Humanos no suponía que hubiera acuerdo sobre el texto en su integridad, ni que se aceptaran todos sus elementos, mientras que Polonia declaró que no se consideraría obligado por la jurisprudencia derivada del protocolo si no ratificaba este instrumento.

Por su parte Canadá seguía manifestando preocupación por la creación de un procedimiento de comunicaciones respecto de los DESC, en la medida que su progresividad les confería una naturaleza distinta. Asimismo, Canadá consideraba que la redacción de algunos de los derechos del PIDESC era vaga, por lo que dificultaría un análisis respecto a su violación en el marco de un procedimiento de denuncias. Finalmente, Canadá señaló su preferencia por un enfoque "a la carta", que hubiera facilitado la aceptación del instrumento, aunque como ya hemos señalado, la posibilidad de excluir la competencia del CDESC respecto de determinados derechos constituía una especie de mecanismo "a la carta".

Finalmente, Suiza reiteró sus argumentos señalando que la mayoría de las obligaciones previstas del PIDESC eran de carácter programático y, por lo tanto, no justiciables en su ordenamiento jurídico. En este sentido, sólo podía apoyar un procedimiento "a la carta", que hubiese permitido que un mayor número de Estados ratificaran el protocolo.

Protocolo cuenta con las firmas de 33 Estados⁵⁷, de los cuales sólo Ecuador y Mongolia lo han ratificado. De acuerdo con el artículo 18, para entrar en vigor el Protocolo requiere la ratificación de 10 Estados.

De esta manera, con todas las limitaciones señaladas, y los obstáculos a ser superados próximamente, el PIDESC será el primer tratado (instrumento jurídicamente vinculante) en materia de DESC adoptado por los Estados, cuyos incumplimientos podrán ser plenamente analizados por un órgano de control a través de un mecanismo de denuncias individuales.

1.1.2.2. Los DESC en el sistema interamericano

A nivel interamericano la situación resulta similar, pero con algunos matices. Tal como han señalado varios autores, la CADH no debería ser entendida sólo como un instrumento de DCP, sino como uno que “incorpora una visión holística de derechos humanos, aunque en su técnica legislativa se encuentran falencias que puedan imaginativamente, generar tal confusión”⁵⁸

Los antecedentes de la CADH se remontan a 1959, año en que la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores ordenó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un instrumento convencional en materia de derechos humanos para la región.⁵⁹

El primer proyecto de convención, presentado en la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y que luego fuera complementado con propuestas presentadas por los Gobiernos de Chile y Uruguay, distinguió un capítulo para el reconocimiento de los DESC y otro para el de los DCP. No obstante, en 1967 la CIDH remitió al Consejo de Jurisconsultos un estudio sobre el proyecto en el que manifestó su preferencia por contar con un instrumento convencional que sólo abordara lo que consideró “derechos humanos fundamentales”, expresión referida a los DCP. Así, la CIDH señaló lo siguiente:

⁵⁷ Argentina, Armenia, Azerbaijón, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Chile, Congo, Ecuador, El Salvador, Finlandia, Gabón, Ghana, Guatemala, Guinea-Bissau, Italia, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Mongolia, Montenegro, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Senegal, Eslovaquia, Eslovenia, Islas Salomón, España, Timor del Este, Togo, Ucrania y Uruguay.

⁵⁸ IIDH. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Costa Rica: IIDH, 2009, p. 107. En el mismo sentido FAUNDEZ, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3^o ed. San José: IIDH, 2009, pág. 73 y ss.

⁵⁹ Resolución VIII adoptada en el marco de la V Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, llevada a cabo en Santiago de Chile del 12 al 18 de agosto de 1959.

(...) la Convención debería contemplar inicialmente algunos derechos y libertades respecto de los cuales los Estados Americanos se encuentran capacitados al presente para otorgarles una protección internacional que trasciende los límites de su competencia doméstica. La Comisión [Interamericana], al estudiar el Capítulo relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales del Proyecto de Convención del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y de los Proyectos presentados por los Gobiernos del Uruguay y de Chile, tuvo serias dudas respecto de la inclusión de tales derechos en el presente instrumento, pues consideró, a la luz de la experiencia del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, que dichos derechos, por su naturaleza, deberían ser objeto de un régimen especial de protección internacional a que deben estar sometidos.⁶⁰

De esta manera la CIDH, tomando como argumento central la especial naturaleza de los DESC, apostaba por una separación de instrumentos normativos, debido a que en ese momento no era posible diseñar mecanismos contenciosos de control respecto de este grupo de derechos, como sí era posible en relación con los DCP. Sobre este punto, relativo al diseño de mecanismos de control contenciosos – como son las denuncias individuales – nos pronunciaremos más adelante. Baste por ahora sólo señalar que la Comisión consideró, en primer lugar, que existían limitaciones a la posibilidad de judicializar violaciones a los DESC, y en segundo lugar que, sobre la base de dichas supuestas limitaciones, recomendó la aprobación de dos instrumentos convencionales diferentes.

No obstante, dadas las diferentes circunstancias que operaban al interior de la OEA,⁶¹ no era posible restar importancia a la necesidad de otorgar protección a los DESC en el marco de la futura Convención Americana. Por ello, la CIDH, aunque no apoyaba la incorporación de un capítulo específico que detallara los DESC ni el establecimiento de mecanismos de judiciabilidad para éstos, recomendó en relación con el primer punto que *“(...) la futura Convención Interamericana sobre Derechos Humanos debería contener disposiciones en las cuales los Estados Partes en la Convención reconozcan la necesidad de **adoptar progresivamente, en sus legislaciones internas, las garantías que permitan la plena vigencia de esos derechos**”* (el resaltado es nuestro).

⁶⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la labor desarrollada durante el Décimo Quinto Periodo de Sesiones, OEA/Ser.L/V/II.16. Doc. 20, anexo I.

⁶¹ En estas circunstancias se puede mencionar la modificación del Estatuto del Consejo Interamericano Económico y Social en 1959; la creación del Consejo Interamericano de la Alianza para el Progreso, en 1964, cuyas facultades eran promover el bienestar económico y social de los Estados Americanos mediante la cooperación efectiva entre ellos; las resoluciones de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, sobre el “Acta Económico-Social de Río de Janeiro”; y las propuestas tendientes a incorporar en la Carta de la Organización de los Estados Americanos una declaración de DESC.

Y con respecto a los mecanismos de judiciabilidad que “(...) *debería iniciarse cuanto antes la consideración del régimen de protección internacional de los llamados derechos económicos, sociales y culturales*”.

La siguiente propuesta de tratado de derechos humanos regional fue el Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, adoptado por la CIDH como documento de trabajo a solicitud del Consejo de Jurisconsultos en 1968. Dicho Anteproyecto establecía 3 artículos vinculados a los DESC (artículos 25, 26 y 41),⁶² que hacían una expresa referencia normativa a lo adoptado en la DADDH, y establecían un sistema de informes periódicos como mecanismo de control específico para este grupo de derechos.⁶³

Si bien las cuestiones referidas a las implicancias de este artículo 26 en la aplicación de mecanismos contenciosos serán analizadas más adelante, es desde este antecedente que se puede rastrear el supuesto problema sobre el modo de

⁶² Artículo 25

1. Los Estados Partes en la presente Convención reconocen la necesidad de dedicar sus máximos esfuerzos para que en su derecho interno sean adoptados y, en su caso, garantizados los demás derechos consignados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y que no hubieren quedado incluidos en los artículos precedentes.

2. Los Estados Partes manifiestan, además, su propósito de consagrar y, en su caso, de mantener y de perfeccionar, dentro de sus legislaciones internas, las prescripciones que sean más adecuadas para: el incremento sustancial y autosostenido del producto nacional *per capita*; distribución equitativa del ingreso nacional; sistemas impositivos adecuados y equitativos; modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas; y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios; estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; erradicación rápida del analfabetismo y ampliación para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; vivienda adecuada para todos los sectores de la población; condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna; promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y expansión y diversificación de las exportaciones.

Artículo 26.- Los Estados Partes informarán periódicamente a la Comisión de Derechos Humanos sobre las medidas que hubieran adoptado para los fines señalados en el artículo anterior. La Comisión formulará las recomendaciones que sean adecuadas y, cuando exista una aceptación generalizada de dichas medidas, promoverá la celebración de una Convención especial o de Protocolos complementarios de la presente Convención a fin de incorporarlos al régimen de la misma, o al que se estime pertinente.

Artículo 41.-

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar a la Comisión informes periódicos sobre las medidas adoptadas con el fin de garantizar la observancia de los derechos mencionados en el Artículo 25.

2. La Comisión determinará la periodicidad que tendrán estos informes.

3. Cuando se trate de un informe que ha de ser presentado originalmente a uno de los Organismos Especializado de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos, el Estado Parte cumplirá lo prescrito en el párrafo 1 precedente, mediante el envío de una copia del mismo informe a la Comisión.

⁶³ IIDH. La judiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Op. Cit, pp. 121 y 142.

cumplimiento del artículo 26 de la CADH, pues parecería que el control del mismo se ejercería mediante el sistema de informes periódicos. Sin embargo, claro o no, esta aparente confusión, como se verá posteriormente, pierde relevancia en tanto que la CortelDH, ya se ha pronunciado en relación al citado artículo.

La propuesta de la CIDH generó diversas reacciones entre los Estados del continente, por lo que se elaboró una nueva propuesta que recogiera estos diferentes pareceres. De esta manera, el 8 de noviembre de 1969 el Grupo de Trabajo designado para dicha condensación presentó una nueva propuesta de articulado para los artículos 25 y 26 (que básicamente reproducen los actuales artículos 26 y 42 de la CADH),⁶⁴ señalando además que se había convenido en diferenciar dos secciones en la CADH: una que abordaría los DCP, y una segunda referida a los DESC, donde se ubicaban estos dos artículos.

Asimismo, se presentó y aprobó un artículo 26-bis, que otorgaba competencia a la CIDH para formular recomendaciones o promover la celebración de protocolos adicionales a la CADH, con la finalidad de incorporar a los DESC en dicha convención.⁶⁵ De esta manera, si bien la CADH diferenciaba sistemáticamente los dos grupos de derechos, dejaba abierta la posibilidad de que, con el tiempo, a través de reformas vía protocolos, se fueran incorporando los DESC al cuerpo principal de derechos de la CADH. Este artículo, finalmente, no fue incorporado, y en 1969, la CADH quedó aprobada recogiendo a los DESC en sus artículos 26 y 42 (antiguos artículos 25 y 26 en el Anteproyecto), y planteando una tendencia a la separación y

⁶⁴ Artículo 25. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, de acuerdo con los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad, por todos los medios apropiados, y en particular por vías legislativas, de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultural, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 26. Los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos sometan anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella verifique si se están cumpliendo las obligaciones antes determinadas, que son las sustentación indispensable para el ejercicio de los derechos consagrados en esta Convención.

⁶⁵ Artículo 26-bis.- Compete a la Comisión:

- a) Formular las recomendaciones que sean adecuadas y, cuando exista una aceptación generalizada, promover la celebración de una Convención Especial o de Protocolos complementarios a la presente Convención, a fin de incorporar los derechos económicos, sociales y culturales que estimen pertinentes al régimen de la misma; y,
- b) Incluir en su informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos las observaciones que considere pertinentes sobre la aplicación del Artículo 25.

Antes de redactar en definitiva este informe, la Comisión debe transmitir a cada gobierno, con la debida anticipación, copia de sus conclusiones provisionales y tomar en cuenta las observaciones que éstos formulen al respecto, dentro de un plazo razonable.

distinción de derechos. No obstante ello, el Preámbulo de la CADH señala en su segundo párrafo que “*con arreglo a la Declaración Universal de los 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**, (...)*” (el resaltado es nuestro).

Así, el Capítulo II de la CADH (artículos 3 a 25) recoge los DCP, mientras que el Capítulo III se refiere a los DESC, con un único artículo: el artículo 26. Para suplir el vacío dejado en la CADH en torno a la protección de los DESC, el 17 de noviembre de 1988 se adoptó el PSS. Dicho tratado entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, luego de su ratificación por parte de 11 Estados americanos.⁶⁶

El Anteproyecto del PSS fue elaborado por la Secretaría General de la OEA en 1983, a partir de la solicitud que le hiciera la Asamblea General en 1982,⁶⁷ y puesto a consideración de la CIDH y de la CortelDH, 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.⁶⁸

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.⁶⁹ 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

⁶⁶ Perú es parte del Protocolo desde el 4 de junio de 1995.

⁶⁷ Resolución No. 619 (XII-O/82) de 20 de noviembre de 1982.

⁶⁸ Esta posición, si bien similar entre la CIDH y la CortelDH, 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 CortelDH, 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 hijos, y el derecho a la libre sindicalización. Al respecto ver CIDH. Informe anual 1983-1984, OEA/Ser.L/V/II.63.doc.10, del 28 de setiembre de 1984; CIDH Informe anual 1984-1985, OEA/Ser.L/V/II.66.doc.10 rev.1, del 1 de octubre de 1985; CortelDH. Informe anual 1985, OEA/Ser.L/V/III.12.doc.13, del 15 de agosto de 1985.

⁶⁹ CIDH Informe anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68.doc.8 rev.1, del 26 de setiembre de 1986.

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 éste 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 discapacidad⁷⁰ (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 PSS, a diferencia de la actual situación del PIDESC, establece un mecanismo directo de judicialización, permitiendo la tramitación de peticiones individuales ante la CIDH y la CortelDH por violación de los DESC. 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).⁷¹ 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.⁷²

⁷⁰ En el Protocolo se les denomina “minusválidos”.

⁷¹ Artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

⁷² 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, p. 414.

Para otro sector de la doctrina, el PSS, al tratar de llenar el vacío dejado por la CADH, 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 PSS 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 CADH con el artículo 26.⁷³ Así las cosas, si no existiera el PSS, tal vez sería posible argumentar que la CIDH y la CorteIDH están habilitadas para conocer denuncias sobre violaciones de cualquier derecho humano, incluidos todos los DESC consagrados en el PSS; pero, al haber un protocolo adicional a la CADH (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 PSS han quedado desechadas a nivel normativo. Así lo ha dejado en claro la CIDH 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 (...).*⁷⁴

No obstante, una tercera línea argumentativa considera que el que el PSS 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 CADH (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 éste artículo hace referencia (todas ellas recogidas en el PSS). Asimismo, señalan los simpatizantes con esta tesis, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 29.a) de la CADH, 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

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

⁷⁴ CIDH. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Informe No. 38/09. Admisibilidad y fondo. Caso 12.670. (Perú), parágrafo 69.

partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CADH, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.⁷⁵

Al margen de que la problemática suscitada por el artículo 26, lo cierto es que ni siquiera considerando el amplio desarrollo jurisprudencial del sistema interamericano es posible afirmar que la judicialidad directa por la violación de cualquiera de los DESC consagrados en el PSS. No obstante, la posibilidad de plantear denuncias por violación al artículo 26 de la CADH es real, y a ella y sus implicancias nos referiremos más adelante, al abordar los mecanismos de judicialidad indirecta. Por ahora solo será necesario precisar que a nivel positivo, la judicialización de los DESC establecidos en el PSS está reservada únicamente a los dos derechos referidos.

Sin perjuicio de lo anterior, hasta la fecha la CorteIDH no ha tramitado ningún caso que, como tal, busque declarar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de los derechos de asociación y libertad sindical, y educación. Si bien en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá,⁷⁶ Huilca Tecse vs. Perú,⁷⁷ Cantoral Huamaní y otros vs. Perú,⁷⁸ y Kawas Fernández vs. Honduras,⁷⁹ la CorteIDH examinó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, no pudo ampararse en lo previsto por el artículo 8 del PSS, en tanto en el primer caso, al momento en que ocurrieron los hechos, Panamá no había ratificado dicha norma, y en los demás casos sólo se alegó la violación del artículo 16 de la CADH (libertad de asociación), mas no el artículo 8 del PSS. Por otro lado, en relación con el derecho a la educación, la CorteIDH se ha referido a éste sólo de manera indirecta, en el caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay⁸⁰ y en el caso de las Niñas Yean y Boscico vs. República Dominicana⁸¹, mas no declaró la responsabilidad internacional del Estado por violación al derecho a la educación.

⁷⁵ Al respecto ver IIDH. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Op. Cit.

⁷⁶ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

⁷⁷ Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

⁷⁸ Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

⁷⁹ Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

⁸⁰ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

⁸¹ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Boscico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

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 DCP, 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.

En este sentido, simpatizantes o no con la distinción establecida, no puede negarse el valor de las decisiones soberanas de los Estados de legislar según los intereses que cada uno defiende. En este sentido, si bien los Estados en 1950 no apostaron por crear mecanismos contenciosos de control para los DESC, no podemos *a priori* considerar que dicho planteamiento fue equivocado o contrario al Derecho internacional. Será necesario analizar otros elementos que puedan permitirnos, con una mirada más amplia y que supere la estricta juricidad del argumento publicista, postular (siempre dentro de los límites del Derecho), la necesidad de establecer mecanismos de judicialidad de los DESC.

En todo caso por ahora habrá que limitarse a señalar que esta distinción normativa, que como se concluirá al final de este capítulo, resulta completamente artificial, promovió la creación de la tesis sobre las “generaciones” de derechos. A ella nos referiremos a continuación por ser un postulado que ha calado profundamente en el inconciente colectivo del Derecho internacional y que constituye un obstáculo para la superación de los límites a la judicialidad de los DESC.

1.1.3 La tesis de las “generaciones” de derechos como justificación/consecuencia del planteamiento normativo

Como se verá en el siguiente acápite, el debate suscitado al interior de la Asamblea General de la ONU para la adopción de los Pactos en 1966, y de alguna manera reproducido en el ámbito interamericano en el marco del proceso de adopción de la CADH, abonaron en la tesis de que los DCP y los DESC poseían una naturaleza diferente. Esto motivó lo que hoy en día se conoce como la tesis de las “generaciones

de derechos”, que tal como resalta Canessa,⁸² fue propuesta en 1977 por jurista checo Karel Vasak.⁸³

Esta tesis establece una diferencia en la naturaleza de los derechos humanos, sobre la base de dos grandes argumentos: la aparición histórica de los derechos humanos en las demandas sociales, y la diferente naturaleza de estos derechos (que justamente generó su aparición en diferentes momentos de la historia). Así, tomando como punto de partida los conceptos que guiaron la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad, así como el contenido de las reivindicaciones sociales, Vasak plantea que serán derechos de “Primera generación” aquellos derechos de libertad, nacidos a fines del siglo XVIII con la Constitución de los Estados Unidos de América (1776) y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789. Esta generación comprendería a los DCP, en el entendido que son derechos que generan obligaciones de aplicación inmediata y requieren una abstención por parte del Estado (obligación negativa o de no hacer). La “Segunda generación” la ocuparían los derechos de igualdad, aparecidos en el siglo XX con la Constitución Mexicana de 1917, la Revolución Rusa y la Constitución de Weimar (1919). En esta generación, compuesta por aquellos derechos que irrogan a los Estados obligaciones de actuación (obligación positiva o de hacer),⁸⁴ se encontrarían los DESC bajo la consideración que de la satisfacción de estas obligaciones de actuación debía darse progresivamente. Finalmente, la “Tercera generación” la ocuparían los derechos de fraternidad, también llamados derechos de solidaridad”, integrada por los derechos emergentes a la paz, al medio ambiente, entre otros.⁸⁵

No corresponde al objetivo de esta investigación realizar un análisis histórico orientado a determinar si efectivamente los DCP surgieron en el ordenamiento jurídico de manera previa a los DESC.⁸⁶ No obstante, resulta cuestionable considerar una evolución de los DCP aislada de los DESC, justamente porque como se verá más adelante, la indivisibilidad e interdependencia marca su devenir. Dichos

⁸² CANESSA, Miguel. Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lima: PUCP/PLADES, 2007, p. 91.

⁸³ Propuesta presentada en: Karel Vasak, "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", UNESCO Courier 30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977.

⁸⁴⁸⁴ Al respecto ver CANCADO TRINDADE, Antonio. El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 93 y 94.

⁸⁵ CANESSA, Miguel. Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Op. Cit., p. 91.

⁸⁶ Entre los autores que postulan un desarrollo histórico en donde los DCP surgen antes que los DESC, se encuentra Paces Barba. Al respecto ver AGUINAGA, Ernesto, Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos. Tesis de abogado, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

cuestionamientos, a su vez, pueden ser de alguna manera confirmados al revisar la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, que en su artículo 21 dispone que *“La asistencia social es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurando los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar”* (el resaltado es nuestro).

De esta manera, pese a no ser el objetivo de este trabajo determinar los hitos históricos en la aparición de los derechos, no parece tan acertada la tesis de las generaciones desde el punto de vista de su planteamiento histórico, al postular que no es sino hasta el siglo XX que surgen las demandas por los DESC.

En todo caso, al margen de las consideraciones históricas, lo cierto es que esta separación normativa en categorías derechos, que como se ha señalado toma como fundamento la entendida progresividad de los DESC, impactó en la jerarquía asignada éstos y, por tanto, en las limitaciones en torno a la posibilidad de crear mecanismos de judicialización directa, limitación que recién hoy pareciera estar siendo superada desde el sistema universal con la adopción del Protocolo Facultativo a PIDESC.⁸⁷ Así decir de Rabossi.

La positivización de los derechos humanos en dos pactos diferentes tuvo efectos importantes. De un lado, incentivó la idea de que la división responde, en realidad, a una diferencia conceptual básica entre dos tipos de derechos y, consiguientemente, de que la prioridad de un tipo de derechos sobre el otro obedece a razones teóricas. Del otro lado, dado los términos de los respectivos pactos, dio pie a la idea de que el goce de los derechos civiles es garantizable y controlable, mientras que el goce de los derechos económicos es deseable, discrecional y condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio-económica de un país. En suma, la división fortaleció en los foros institucionales (formales y no formales), técnicos, políticos y académicos una distinción teórica y práctica hasta discutible, que ha tenido efectos contundentes en cuanto a la manera de conceptualizar los derechos humanos y a la forma de encarar sus violaciones.⁸⁸

Al respecto, somos de la opinión de que incluso si se acepta el argumento histórico, la aparición temprana de uno u otro grupo de derechos no debería generar relaciones de jerarquía entre estos, ni menos aún un diferente tratamiento jurídico, y que en todo caso la clasificación esgrimida por Vasak no puede sino tener fines metodológicos. En este sentido, Canessa es de la opinión de que la tesis de Vasak buscaba explicar las

⁸⁷ Al margen del posterior desarrollo jurisprudencial en la materia, cabe recordar que en el marco del sistema interamericano el PSS permitió la judicialización de dos derechos que los Estados entendieron como “libertades”, antes que como verdaderos derechos sociales.

⁸⁸ RABOSSO, Eduardo. *Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica*. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N°18, 1993, p. 50.

diferencias entre las diversas categorías (de derechos humanos) que lo componen desde una lectura histórica y desde ella fundamentar la conformación de una nueva generación de derechos humanos: los derechos de solidaridad, sin que hubiera en dicha afirmación una intención de infravalorar a los DESC o presentarlos como menos importantes que los DCP.⁸⁹

Ahora bien, simpatizantes o no con esta tesis, lo cierto es que la consideración en torno a la diferente naturaleza jurídica de los DESC contribuyó a la restricción de los mecanismos de judicialidad, restricción que perdura en la actualidad. Así lo ha señalado Ruiloba al considerar que las objeciones acerca de la naturaleza jurídica de los DESC fue la causa que impidió a los Estados aceptar los mismos mecanismos de control para las dos categorías de derechos.⁹⁰ En el mismo sentido, señala Ferrajoli, el problema de esta supuesta diferencia entre las obligaciones contenidas en los DCP y los DESC ha llevado a los Estados a sostener que estos últimos no son coercibles ni justiciables.⁹¹

Lo analizado hasta el momento da cuenta de que la ruta seguida por los DESC en su consagración como normas no solo declarativas sino de vigencia plena, encuentra un pico relevante en los mecanismos que se han diseñado para su protección y supervisión. Como ha sido señalado, estas separaciones han tenido como fundamento la tantas veces mencionada progresividad de los DESC, comprendida por los Estados como un límite teórico de la judicialidad de los DESC. No obstante, como se analizará en el siguiente acápite, la progresividad en realidad no constituye tal obstáculo, por lo que esta supuesta imposibilidad debe quedar descartada.

1.2. La evolución conceptual de la progresividad y su impacto en el DIDH como pilar para la judicialización de los DESC

En materia de derechos humanos, además de las obligaciones específicas de satisfacción de los diferentes derechos, los Estados tienen dos obligaciones generales. Por un lado, la obligación de respeto, considerada una obligación negativa o de “no hacer”, consistente en el deber del Estado de abstenerse de violar los derechos humanos, es decir, de no intervenir en el libre desarrollo de la vida de las personas (el

⁸⁹ CANESA, Miguel. Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Op. Cit., p. 93.

⁹⁰ RUILOBA ALVARINO, Julia. Los pactos internacionales de las Naciones Unidas de 16/12/1966. En: AAVV. Derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: DILEX, 2000, p. 118.

⁹¹ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Ed. Trotta, 2002, prólogo a cargo de Luigi FERRAJOLI.

Estado no puede matar, torturar, limitar el tránsito de las personas, prohibir las escuelas, etc.). Por otro lado, la obligación de garantía, obligación positiva o “de hacer”, implica el deber del Estado organizar el aparato estatal y las estructuras de ejercicio de poder público, de manera que se asegure jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, e impedir la interferencia de otras personas.⁹² De la obligación de garantía, se derivarían además, cuatro obligaciones adicionales: prevención, investigación, sanción y reparación.⁹³

Asimismo, un fuerte sector de la doctrina distingue ya no entre obligaciones de respeto y garantía, sino entre i) respeto, ii) protección, y iii) satisfacción (y, eventualmente, sanción). Así se entendió en la Declaración de Quito acerca de la Exigibilidad y Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina y el Caribe”, que proclamó que:

Las obligaciones de los Estados respecto a los DESC comprenden:

- a. una obligación de respeto, consistente en la no interferencia del Estado en la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo o de grupos o colectividades, en aras de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales;*
- b. una obligación de protección, consistente en el resguardo del goce de estos derechos ante afectaciones provenientes de terceros;*
- c. una obligación de satisfacer, de manera plena, el disfrute de los derechos; y*
- d. una obligación de sancionar los delitos cometidos por servidores públicos, así como por personas físicas o jurídicas en casos de corrupción que violen o atenten contra los DESC.⁹⁴*

No obstante, a efectos de esta investigación se tomará como marco conceptual la división entre respeto y garantía, en la medida que son las categorías utilizadas por la CIDH y la CortelDH.

Estas obligaciones de respeto y garantía, en el caso de los tratados relativos a DCP, están expresamente establecidas en el artículo 2.1 del PIDCP y 1 de la CADH.

⁹² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166.

⁹³ *Ibíd.*, Loc. Cit.

⁹⁴ Declaración de Quito “Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe”, adoptada por más de 50 organizaciones de derechos humanos en el seno del Encuentro Latinoamericano para la Promoción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 24 de julio de 1998, párrafo 28. En el mismo sentido, el CDESC ha diferenciado en su Observación General 12 entre las obligaciones de “respetar”, “proteger” y “garantizar”. CDESC. Observación General No.12: El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto), adoptada en el Vigésimo Período de Sesiones, 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/5, párrafo 15. Asimismo, en la Observación General 13 el CDESC distinguió entre obligaciones de “respetar”, “proteger” y “cumplir”. CDESC. Observación General No.13: El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), adoptada en el Vigésimo Primer Período de Sesiones, 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/10, párrafo 46.

Asimismo, los Estados tienen una obligación de adopción de medidas oportunas (legislativas o de otro carácter) para hacer efectivos los derechos. Esta obligación, que de acuerdo con Faúndez parte del deber de garantía,⁹⁵ se encuentra recogida en los artículos 2.2 del PIDCP y 2 de la CADH, e implica la adopción de medidas en dos vertientes: i) la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen violación a la CADH, y ii) la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a observar la CADH.⁹⁶ Así, las medidas de deben ser efectivas para que lo establecido en la CADH sea realmente cumplido en el orden jurídico Interno, dotando a la CADH de un efecto útil.⁹⁷

Al respecto la CortelDH ha establecido que:

*En el Derecho de gentes una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su Derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente.*⁹⁸

No obstante, cuando hablamos de los tratados en materia de DESC, estas obligaciones, aunque están presentes, no resultan tan claras a simple vista. Ello porque, como ya se ha señalado, al momento de la redacción de los tratados, los Estados consagraron en materia de DESC una obligación de adopción de medidas “progresivas”, que parecería privar de contenido vinculante a los derechos y por tanto a las obligaciones generales emanadas de estos. Así, el artículo 2.1 del PIDESC dispone, en el marco de estas obligaciones generales, que:

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.

Por su parte, el artículo 1 del PSS:

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de

⁹⁵ FAÚNDEZ, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Op. Cit., p. 82.

⁹⁶ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, parágrafo 143.

⁹⁷ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Op. Cit., parágrafo 142.

⁹⁸ Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26, parágrafo 68.

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.

Finalmente, aunque no se trata de un tratado específico en DESC, resulta pertinente referir el artículo 26 de la CADH, norma que otorga protección a los DESC y que también recoge la idea de la progresividad al señalar que:

*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 (el resaltado es nuestro).*

Como hemos señalado, la aparición de generaciones de derechos y su consecuente limitación en la judiciabilidad de algunos de estos derechos tiene su origen, por un lado, en la aparición histórica de estos, pero también en la naturaleza de los mismos, siendo la progresividad uno de los elementos constitutivos de los DESC, que faculta a los Estados a dar cumplimiento paulatino y por lo tanto, no verificable mediante estándares judiciales. Este razonamiento se encuentra de alguna manera plasmado en las mencionadas normas. Del análisis de éstas salta a la vista que, cuando de DESC se trata, los términos “hasta el máximo de los recursos” y “progresivamente” se encuentran presentes en el marco de su regulación. Como ya se ha analizado, la redacción de estas disposiciones guarda relación con el debate en torno a la dificultad de satisfacer íntegramente los DESC, debido a que son derechos que implican un mayor costo económico a los Estados. Esto es justamente lo que ha considerar que los Estados tienen como especial facultad para dar cumplimiento a los DESC, la “progresividad”, es decir, la posibilidad de dar cumplimiento paulatino a estos derechos, señalándose por tanto que los DESC no constituyen entonces verdaderos derechos, en la medida que ni sus obligaciones están claramente determinadas (es difícil qué debe cumplir el Estado en qué momento), ni su incumplimiento no podría ser judicializable el no ser posible establecer parámetros de cumplimiento objetivo.

En este sentido, Cranston, a quien hace referencia Donelly, señalaría que “*political rights can be readily secured by legislation. The economic and social rights can rarely, if ever, be secured by legislation vary alone (...). To guarantee civil and political rights*

*is relatively cheap, whereas to guarantee economic and social rights is potentially enormously costly.*⁹⁹ No obstante, como refuta Donelly, difícilmente un derecho puede ser realizable o satisfecho sólo mediante la adopción de medidas legislativas, a la vez que tampoco es tan sencillo, en algunos contextos, garantizar los derechos civiles y políticos sin desarrollar ningún tipo de acción complementaria o inversión (a manera de ejemplo, Donelly señala las grandes dificultades que podrían tener Estados como Cuba, China o Liberia para garantizar un derecho como la libertad de expresión a través de un acto legislativo), concluyendo que *“only in particular kinds of political circumstances (...) are civil and political rights likely to be systematically easier to implement. Even then, the differences are more matters of degree than kind. And they vary considerably from right to right and with time and place”*¹⁰⁰

En este sentido, no debe ser considerada la progresividad obstáculo para la satisfacción y evaluación del cumplimiento de los DESC, sino que resulta necesario comprender a cabalidad sus alcances para postular un concepto dinámico y garantista de progresividad que permita dotar de verdadero contenido jurídico a los DESC.

1.2.1 Hacia un nuevo concepto de progresividad

Desde los inicios del debate acerca de la codificación de los derechos humanos, y a lo largo de los años siguientes, los Estados han interpretado la progresividad en el sentido de “cumplimiento paulatino”. Si bien este razonamiento puede interpretarse de las normas sobre cumplimiento progresivo a las que se ha hecho referencia, una interpretación dinámica y coherente con el DIDH debe llevar a comprender la noción de progresividad en dos sentidos complementarios: de una parte, en el sentido de que ciertamente la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto conlleva una cierta *gradualidad*, pero a la vez también, implica una noción de *avance* hacia un objetivo.¹⁰¹

Respecto a la progresividad entendida como gradualidad, el propio CDESC ha señalado desde 1990 en su Observación General N°3 que:

⁹⁹ Cranston citado por Donelly. En DONELLY, Jack. Universal human rights in theory and practice. 2a ed. Ithaca : Cornell University Press, 2003, pp. 28-29.

¹⁰⁰ DONELLY, Jack. Universal human rights in theory and practice. Op. Cit., p. 29.

¹⁰¹ COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En: COURTIS, Christian (Comp.). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 8.

*(el) concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de 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 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes.*¹⁰²

Sin embargo, agrega la Observación General N° 3 que:

*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.*¹⁰³

En el mismo sentido, las Normas para la Confección de los Informes Periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador,¹⁰⁴ han definido la progresividad como: (...) *el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural.*¹⁰⁵

Pero además de entender la progresividad como gradualidad, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Partes para la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, los Estados tienen la obligación de actuar tan rápida y efectivamente como sea posible hacia esa meta.¹⁰⁶ Así, la noción de progresividad tiene también un segundo sentido, referido a la noción de *progreso* o *avance*, conforme a la cual los Estados tienen la obligación de *mejorar* las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, el CDESC ha recalado que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos “*deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.¹⁰⁷

Esta interpretación es apoyada, además, por el artículo 11.1 del mismo PIDESC que, a decir de Courtis, “*resume en gran medida el significado de los derechos sociales: la*

¹⁰² CDESC. Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23, párrafo 9.

¹⁰³ Ibid. Loc. Cit.

¹⁰⁴ Adoptados por la Asamblea General de la OEA mediante Resolución AG/RES.2074 (XXXV-O/05) el 7 de junio de 2005.

¹⁰⁵ Párrafo 5.1.

¹⁰⁶ CDESC. Observación General N° 3. Op. Cit., párrafo 9.

¹⁰⁷ Ibid, párrafo 2.

garantía de un nivel de vida adecuado y la identificación de los componentes mínimos a tener en consideración para dar sentido a esa noción de adecuación”.¹⁰⁸ Así, el artículo 11.1 del PIDESC señala 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**. 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 (el resaltado es nuestro).*

En otras palabras, lo que los tratados en materia de DESC disponen es, ante todo, la obligación de *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 económicos, sociales y culturales. Así lo ha señalado también la CIDH en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador de 1996, cuando estableció que “*el principio de desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera constante, y que constantemente promuevan la plena efectividad de estos derechos*”¹⁰⁹

De esta manera, queda desterrado el argumento por el cual la progresividad es sinónimo de inoperancia o inacción, o en el mejor de los casos, de cumplimiento diferido. Si bien será tolerable un desarrollo paulatino, ello no implicará que sea dejada de lado la necesidad de dar cuenta de los avances en la satisfacción de los DESC.

Ahora bien, habiendo establecido que la progresividad genera obligaciones concretas, cabe analizar en segundo lugar si en el marco de las obligaciones en materia de DESC son todas de cumplimiento progresivo (en el sentido de cumplimiento gradual), o si es posible identificar obligaciones de satisfacción inmediata. En esta línea argumentativa la Observación General No 3 del CDESC¹¹⁰, cuyos estándares son extensibles al contenido de las obligaciones establecidas en el PSS, establece dos obligaciones que resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones en materia de DESC contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que podríamos denominar “sustantiva” o “de contenido” consiste en el compromiso de los Estados se de garantizar que los derechos pertinentes se ejerzan

¹⁰⁸COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. Op. Cit., p. 9.

¹⁰⁹ CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1996, p. 25.

¹¹⁰ CDESC. Observación General No. 3. Op. Cit., párrafos 1 y 2.

sin discriminación de ninguna índole. Al respecto, el artículo 2.2 del PIDESC dispone que:

*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 (el resaltado es nuestro).*

El PSS contempla una disposición similar en su artículo 3 que dispone que:

*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 (el resaltado es nuestro).*

Y si bien el artículo 26 no contempla expresamente una obligación similar, hay que recordar que el artículo 1 de la CADH señala la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar todos los derechos reconocidos en ella 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.

De esta manera, al margen del tiempo con el que cuenten los Estados para cumplir sus obligaciones en materia de DESC, la satisfacción de estos implica, transversalmente, una satisfacción del derecho a la igualdad y no discriminación, mandatos que generalmente no implican costo económico alguno en su cumplimiento, y que son consideradas disposiciones autoaplicativas (o de cumplimiento inmediato), por lo que su cumplimiento no se encuentra condicionado ni limitado por ningún elemento.¹¹¹

Asimismo, señala el CDESC, los Estados tienen una segunda obligación, que podríamos llamar “de procedimiento”, que consiste en el compromiso de adoptar medidas, no sólo legislativas sino de toda índole (institucionales, administrativas, económicas, etc.), orientadas hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el PIDESC. Estas medidas, si bien pueden implicar acciones que sean progresivamente implementadas, no por ello deben demorar en su adopción. Por lo tanto, si bien en virtud de la progresividad entendida en sentido de “cumplimiento gradual”, la realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera

¹¹¹ CDESC. Observación General No. 3 Op. Cit, parágrafo 2.

paulatina, en virtud de la progresividad en sentido de “avance”, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del PIDESC para los Estados interesados. En este sentido, el compromiso de “adoptar medidas” (tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales) es una obligación de efecto inmediato, aún cuando los efectos de esa adopción de medidas sean paulatinos¹¹²

En el mismo sentido, la CIDH en el Informe del año 2000 sobre la situación de los derechos humanos en Perú, ha señalado que:

*El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, **con efectos inmediatos**, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados, sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras decisiones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana (el resaltado es nuestro).*¹¹³

Dicho lo anterior, los Estados, al margen de las obligaciones de cumplimiento progresivo, tendrán dos obligaciones autoaplicativas a adoptar en relación con los DESC: la no discriminación y la inmediatez de la adopción de medidas.

Por otro lado, si bien es correcta la afirmación de que la mencionada progresividad estará presente con un mayor énfasis en el caso de los DESC, ésta es susceptible de ser analizada en todo derecho humano que se pueda considerar. Esta idea cobra mayor fuerza si se tiene presente que muchos DESC son susceptibles de una inmediata implementación, ya que no todas las aristas de su cumplimiento se traducen en obligaciones positivas o de hacer (y por tanto, en obligaciones cuyo cumplimiento genera un costo económico). Este es el caso, por ejemplo, del derecho a una igual remuneración por un igual trabajo (artículo 7.a.i), el derecho a fundar y afiliarse a sindicatos (artículo 8), el derecho de los padres a elegir las escuelas de sus hijos (artículo 13.3 y 13.4), así como el deber de satisfacción del principio de igualdad. En el mismo sentido, para satisfacer los DCP no se requiere únicamente un deber de abstención, sino que en muchos casos el Estado deberá desarrollar medidas que irroguen un costo (por ejemplo, la capacitación a personal de las Fuerzas Armadas en materia de prohibición de la tortura).

¹¹² TEXIER, Philippe. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal Op. Cit, p. 17.

¹¹³ CIDH. Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, 2000, p. 18.

De esta manera, tres son las conclusiones a las que podemos arribar hasta el momento. Una primera sería postular que la progresividad no puede ser entendida como un elemento que difiere la satisfacción de las obligaciones en el tiempo o, peor aún, como privación del contenido de tales obligaciones. Ello en la medida que si bien el cumplimiento paulatino forma parte del contenido de la progresividad, también lo es el avance hacia una meta u objetivo. En segundo lugar, se puede concluir que los DESC, si bien poseen una fuerte naturaleza progresiva, tendrán un ámbito de implementación que no necesitará de mayores recursos económicos, y que justamente por ello, la satisfacción de todos los elementos que componen el derecho no se diferirá necesariamente en el tiempo. Una tercera conclusión será también que la progresividad, si bien cobra fuerza en el análisis de la aplicación de los DESC, no resulta privativa de éstos, sino que puede ser encontrada en los procesos de implementación de los DCP.

En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado en el caso *Airey* que:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio¹¹⁴.

Ahora bien, el CDESC habla, además de las obligaciones de no discriminación e inmediata adopción de medidas, de una tercera obligación, la de no regresividad. Dada la importancia de su análisis para la presente investigación, será analizada en un acápite aparte.

1.2.2. El corolario de la progresividad: la no regresividad

De acuerdo con Abramovich y Courtis, la noción de progresividad implica, en primer lugar y como ya se ha analizado, un deber de avance gradual y constante hacia la efectividad de los DESC. No obstante, señalan los autores implica también una

¹¹⁴ European Court of Human Rights, *Case of Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A, No. 32, para. 26.

obligación de “no reversibilidad”, en el sentido de que se encuentran prohibidas todas aquellas medidas que, sin justificación adecuada, restrinjan la situación de los DESC posteriormente.¹¹⁵

En este sentido, de la obligación estatal de implementación progresiva de los DESC se deriva, a su vez, la obligación mínima asumida por el Estado de “no regresividad”, por cuyo mérito estará prohibido de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población en el momento en que fue adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”. Asimismo, los Estados asumen la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar o empeorar el nivel de disfrute de los derechos ya existentes.

Por lo tanto, la obligación de no regresividad puede ser definida como *“una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes, y eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales”*,¹¹⁶ constituyendo una garantía al mantenimiento de los DESC que goza una persona.¹¹⁷

Dicha noción de regresividad ha sido recogida también por las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consideran violatorias de los DESC, entre otras acciones del Estado, *“la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural de que ya se goza”* y *“la adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos”*.¹¹⁸

Algunos autores postulan a esta obligación de no regresividad como una obligación de respeto, dado su contenido negativo, ya que de lo que se trata es de que los Estados

¹¹⁵ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Op. Cit., p. 92.

¹¹⁶ COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. Op. Cit, p. 17.

¹¹⁷ *Ibíd*, Loc. Cit. De acuerdo con COURTIS, el fundamento de la obligación de no regresividad puede encontrarse en dos fuentes: i) las nociones clásicas del Estado de derechos liberal, orientadas a la seguridad jurídica y protección de la confianza (previsibilidad); y ii) el contenido material del principio del Estado social (satisfacción para toda persona de ciertas necesidades consideradas básicas).

¹¹⁸ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptadas entre el 22 y 26 de enero de 1997 por un grupo de expertos, Directriz 14.a y 14.e.

se abstengan de adoptar medidas que desmejoren la situación vigente.¹¹⁹ No compartimos esta opinión en la medida que un Estado también deberá adoptar medidas (obligación positiva) para evitar que las medidas existentes se vuelvan insuficientes ante determinados cambios sociales, e impliquen una regresión en la satisfacción de derechos.

Relacionado con este punto, y aunque no existe desarrollo jurisprudencial al respecto, se encuentra el planteamiento de si por violación a la idea de progresividad se estaría entendiendo sólo a las medidas regresivas, o también a la inacción y estatismo por parte de un Estado. Siguiendo la línea planteada en el párrafo anterior, a nuestro parecer, en aras de la doble connotación del término “progresividad” (desarrollo paulatino, a la vez que progreso) ambas situaciones (la regresividad y la inacción) deben ser consideradas en el análisis de una posible violación al mandato de progresividad.

En el mismo sentido, la obligación de mejora continua que plantea la progresividad no implicará sólo la obligación de tomar medidas positivas para avanzar en el disfrute de los DESC, sino que también implicará que los Estados no permanezcan pasivos frente a un deterioro en el nivel de goce o disfrute de tales derechos,¹²⁰ siendo posible por tanto hablar de una violación al principio de progresividad y no regresividad por omisión. Así lo han establecido las Directrices de Maastricht el disponer que: “[l]as violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales también pueden resultar de la omisión o incumplimiento del Estado en relación a la adopción de las medidas necesarias derivadas de sus obligaciones legales”.¹²¹

La tesis contraria, además, resultaría peligrosa porque permitiría afirmar que la judicialización de la no regresividad es posible en tanto constituye, al igual que los DCP, obligaciones negativas. Por el contrario, nuestra tesis apunta en el sentido de que la progresividad posee un contenido propio (que dota a su vez de contenido a la no regresividad) y que ésta es realizable tanto por obligaciones negativas, como positivas, y que todas ellas son plenamente judicializables por los órganos de control. Es más, el CDESC, aunque no a través de un procedimiento contencioso, viene

¹¹⁹ PISARELLO, Gerardo. Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. Citado por ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En: COURTIS, Christian (Comp.). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Op. Cit., p. 86.

¹²⁰ SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”. En: COURTIS, Christian (Comp.). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Op. Cit., pp. 125-126.

¹²¹ Directriz 15.

destacando el incumplimiento del PIDESC a través de sus Observaciones Finales. Así, luego de analizar los informes periódicos de los Estados, el CDESC los exhorta a adoptar medidas inmediatas orientadas a la satisfacción de un derecho particular. Este exhorto en algunos casos se dará ante la inacción del Estado que genera una situación de estabilidad (ya que en virtud de la progresividad, debe haber una mejora constante), pero también podrá operar cuando esa inacción tolere un deterioro que implique regresividad.

Así lo recoge la Declaración de Quito al señalar que “[e]l Estado tiene el deber de encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, por lo que viola la idea de progresividad **su inacción**, su irrazonable demora y/o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de tales derechos” (el resaltado es nuestro).¹²² De esta manera, tanto la acción como la omisión de un Estado podrán llevar a que la situación sea regresiva, o a que la situación permanezca estática, correspondiendo al órgano de control el análisis de dicha situación caso por caso.

Por otro lado, es posible aseverar que así como se ha señalado que la noción de progresividad, pese a encontrarse expresamente señalada en los tratados referidos a DESC y en el artículo 26 de la CADH, no resulta ajena a los DCP; la prohibición de regresividad tampoco es privativa de los DESC, sino que pueden encontrarse rastros de esta obligación en las disposiciones referidas a los DCP. Ejemplo de ello es el artículo 2.2 del PIDCP y el 2 de la CADH referidos a la adopción de medidas, ya que así como los Estados deben adoptar medidas para lograr la efectividad de los derechos que no estuvieran ya garantizados, también estos Estados se encuentran prohibidos de adoptar medidas que deroguen o restrinjan arbitrariamente los derechos que ya estuvieran garantizados. Esta constatación, al igual que establecer que la progresividad no es privativa de los DESC, resultará fundamental para el análisis que se realizará posteriormente en torno a las posibilidades y obstáculos en torno a la judicialización de los DESC.

De acuerdo con Courtis esta noción de regresividad puede ser entendida de dos maneras distintas a la vez que complementarias: *regresividad de resultados*, entendida como la prohibición de adoptar medidas que impliquen una regresividad en los resultados de una política pública; y *regresividad normativa*, como aquella referida a la

¹²² Parágrafo 29.d.

no extensión de los derechos concedidos a las personas por una norma.¹²³ De acuerdo con el autor, si bien la medición de la regresividad de resultados resulta fundamental para medir el grado de cumplimiento de las obligaciones emanadas de un tratado en materia de DESC, cuando nos enfrentamos a órganos de protección de derechos que activan mecanismos contenciosos, la noción de regresividad normativa resulta mucho más adecuada a la estructura de la argumentación judicial.¹²⁴ Ello básicamente por tres razones: i) la escasa tradición de litigio sobre la base de pruebas que requieran sistematización de datos empíricos ante los tribunales; ii) los problemas que puedan generarse por la necesidad de establecer una relación de causalidad (imputación del resultado regresivo a la política adoptada por el Gobierno); y iii) la dificultad de, aun cuando se verificara la relación de causalidad y la regresión de resultados, identificar un remedio adecuado para dar solución a esta situación.¹²⁵

En razón de ello, resultará más adecuado que los mecanismos contenciosos analicen la regresividad normativa, reservando el análisis de regresividad de resultados a otro tipo de mecanismos, que permitan un seguimiento periódico de las políticas públicas, como puede ser el mecanismo de informes periódicos que opera en el marco del sistema universal de protección de derechos humanos.¹²⁶

No obstante la obligación de no regresividad resulta absolutamente vinculante para los Estados, puede ocurrir que en determinados supuestos sea inevitable adoptar medidas regresivas, por lo que es necesario establecer criterios que permitan determinar si nos encontramos frente a una medida válidamente regresiva o no. Al respecto, el CDESC en su Observación General N° 3 ha señalado que,

*(...) cualquier medida deliberadamente regresiva (...) requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada 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 dispone.*¹²⁷

En el mismo sentido, el CDESC ha señalado que:

La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la

¹²³ COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. Op. Cit., pp.4-6.

¹²⁴ *Ibíd.*, p.6.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 7.

¹²⁶ *Ibíd.*, pp. 7 y 8.

¹²⁷ CDESC. Observación General N° 3. Op. Cit., parágrafo 9.

*totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte.*¹²⁸

En la misma línea, la CIDH ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “*determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso*”¹²⁹. En este sentido, la adopción de medidas o normas regresivas podrá ser tolerada por los órganos de control, siempre que dichas medidas se encuentren plenamente justificadas (pensemos por ejemplo, en la necesidad de operar un recorte en el disfrute a un derecho luego de ocurrida una catástrofe natural) y se mantengan por un tiempo estrictamente necesario.

Ahora bien, esta posibilidad de plantear medidas regresivas excepcionales debe leerse en consonancia con dos elementos adicionales. Por un lado, la establecida en los artículos 4 del PIDESC y 5 del PSS, referida a los criterios a tomar en cuenta para operar una restricción de derechos. Así, el artículo 4 del PIDESC dispone que:

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.

Mientras que el artículo 5 del PSS establece que:

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.

De esta manera, el cumplimiento de los DESC deberá ser progresivo y podrán admitirse medidas (regresivas) que limiten o restrinjan esos derechos siempre y cuando estas medidas: i) estén previstas en una ley,¹³⁰ ii) respondan a un fin legítimo (preservar el bienestar general),¹³¹ y iii) sean necesarios en una sociedad

¹²⁸ CDESC. Observación General No.13, Op. Cit., parágrafo 45.

¹²⁹ CIDH. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Informe No. 38/09. Op. Cit., párrafos 140-147.

¹³⁰ Para conocer los alcances del término “Ley” en materia de restricciones válidas, ver Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6; European Court of Human Rights, *Case of Sunday Times v. United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979, Serie A, No. 30, para. 79. Asimismo, Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por un grupo de expertos convocados por la Comisión Internacional de Juristas, del 2 al 6 de junio de 1986, Principio 50.

¹³¹ Al respecto los Principios de Limburgo señalan en su Principio 52 que la medida debe reflejar un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto.

democrática.¹³² Esto teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 46 de los Principios de Limburgo, que al comentar el artículo 4 del PIDESC señalan que dicha norma “tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y no, en cambio, el de permitir la imposición de limitaciones por parte del Estado”.¹³³

Adicionalmente, el CDESC ha establecido algunas pautas que pueden ser tomadas en consideración al momento de realizar este análisis. De este modo, ha dispuesto que:

[c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son ‘adecuadas’ o ‘razonables’, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.¹³⁴

Pero adicionalmente, deben ser tomados en cuenta los planteamientos que el CDESC ha realizado en torno a la idea de “contenido mínimo esencial” de los derechos del PIDESC. Así, el CDESC ha señalado que:

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. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria, de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser.¹³⁵

En el mismo sentido, en su Observación General 12 sobre el derecho a la salud, el CDESC concluyó que obligaciones básicas referidas al contenido mínimo del derecho

¹³² De acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por los órganos internacionales de protección de derechos, el estándar de lo “necesario en una sociedad democrática” implica fundamentalmente tres aspectos: i) que la medida restrictiva sea adecuada, ii) que la medida sea proporcional, y iii) que de todas las alternativas posibles la medida utilizada sea la que menos daño generará. Una reciente utilización de este estándar puede ver en el caso resuelto por la CIDH Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Op. Cit.

¹³³ Principios de Limburgo, Principio 46.

¹³⁴ CDESC. Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38 Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párrafo. 8.

¹³⁵ CDESC. Observación General N° 3. Op. Cit., párrafo 10.

a la salud son inderogables.¹³⁶ Asimismo, los Principios de Limburgo establecen de manera expresa que “[s]e obliga a los Estados partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”;¹³⁷ y las Directrices de Maastricht señalan que existirá una violación al PIDESC si el Estado fracasa en satisfacer lo que el CDESC ha denominado “una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos”.¹³⁸

Parecería entonces que el CDESC está postulando la existencia de un contenido esencial de los DESC que no puede ser objeto de medidas regresivas bajo ningún escenario. Si bien no nos encontramos frente a un “núcleo duro” de derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser restringidos, si estamos frente a un esfera intangible que poseen todos los DESC, y sobre la cual ninguna medida regresiva puede resultar justificada. En la misma línea, Texier ha señalado que:

(...) la obligación mínima impuesta a todos los Estados Parte es la de “asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”. En materia de DCP, se utiliza el concepto de derechos “inderogables”; aún en periodo de estado de excepción o de urgencia. El derecho internacional humanitario hace también referencia a los derechos inderogables, lo que se llama a veces el “núcleo duro” de los derechos humanos, el mínimo que no se puede derogar, cualquier que sean las circunstancias.

Esta noción de derechos inderogables es y debe ser pertinente en materia de DESC: la privación de alimentos esenciales, de atención primaria de salud, de abrigo y vivienda básicas o de enseñanza básica, constituye una violación caracterizada de las obligaciones contenidas en el Pacto.¹³⁹

En esta línea de razonamiento parecería entonces que no se encontraría permitido plantear, como sostiene Abramovich y Courtis, que es posible la adopción de una medida regresiva respecto de algún DESC, pero que implique un avance respecto del nivel de vigencia del resto de derechos previstos en el tratado.¹⁴⁰ Esta tesis es defendida por Craven, quien sostiene que el PIDESC (y en el mismo sentido el PSS) tiene por intención proteger los derechos de las personas, y en consecuencia su interpretación no puede regirse por principios utilitarios. En este sentido, señala, no sería, por ejemplo, tolerable que según ese argumento un Estado incrementara el número de desempleados pero reconociera salarios más elevados que mejorasen el

¹³⁶ CDESC. Observación General 12. Op. Cit., parágrafo 47.

¹³⁷ Principio 25.

¹³⁸ Directriz 9.

¹³⁹ TEXIER, Philippe. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal. Op. Cit., p.18.

¹⁴⁰ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Op. Cit., p. 110.

estándar de vida de los trabajadores que mantienen su puesto de trabajo.¹⁴¹

Habiendo entonces analizado el verdadero contenido de la naturaleza progresiva de los derechos, corresponde analizar si esta progresividad constituye un obstáculo real para el establecimiento de mecanismos directos de judicialización.

1.2.3. ¿Es judicializable la progresividad?

Habiéndose analizado el real contenido de la obligación de progresividad y no regresividad, resulta importante detenerse por un momento a reflexionar si estos conceptos (dotados de nuevo contenido) destierran de plano la posibilidad de establecer acciones de judicialización. Dicho de otra manera ¿el que un derecho humano sea de implementación progresiva limita, restringe o impide el análisis de su violación por parte de órganos de control en el marco de procedimiento contencioso?

Esta pregunta no es ociosa, en la medida que, como ha sido analizado, dentro de las razones para adoptar tratados separados de DCP y DESC, y evitar el diseño de mecanismos de judicialización respecto de estos últimos, se encontraba el que los DESC, al requerir una implementación progresiva, y vinculada a la disposición de recursos económicos, no permitía generar estándares claros para determinar cuándo nos encontrábamos frente a la vulneración de un derecho.

Así, como ha señalado Texier,

Posiblemente, esta actitud prudente se puede explicar por una falta de conocimiento del contenido real de los derechos protegidos por el PIDESC y de las obligaciones de los Estados Partes. Es probable que el carácter algo polémico de la justiciabilidad de los DESC siga vigente, a pesar de los esfuerzos del Comité [CDESC] para explicar progresivamente el contenido de cada uno de los derechos, a través de sus Observaciones Generales”¹⁴²

En este sentido, de ser el caso que la progresividad no sea un impedimento real para la judicialización de los DESC, el único argumento que permitiría mantener esta distinción sería el de la voluntad soberana de los Estados. Y en este nuevo contexto

¹⁴¹ CRAVEN, Matthew. The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development. Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 132. Citado por ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En: COURTIS, Christian (Comp.). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Op. Cit., p. 92.

¹⁴² *Ibíd*, p.16. En el mismo sentido ABRAMOVICH, Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Trabajo elaborado en pos de la obtención del certificado académico del XV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos Fernando Volio Jiménez, dictado del 16 al 27 de junio de 1997 en San José de Costa Rica. Disponible en <http://190.41.250.173/guia/mat6.HTM>.

correspondería entrar a un siguiente plano que tiene que ver con la real posibilidad de que dicha diferenciación pueda permanecer vigente en el marco del DIDH.

Desde nuestra perspectiva, la respuesta a esta interrogante es negativa. Aunque en determinados casos puede aceptar matices, somos de la opinión de que no es posible, *a priori*, considerar que la progresividad establece limitaciones a la judicialización de los derechos.

Un primer argumento para sustentar esta afirmación es que, como ya se ha establecido, la progresividad (y consiguiente no regresividad), no es privativa de los DESC, sino que también está presente en esferas de obligaciones de los DCP. Así, dentro de los ejemplos analizados se ha mencionado la obligación del Estado de capacitar a sus Fuerzas Armadas para prevenir la comisión de actos de tortura, o la legislación de un determinado tipo penal (por ejemplo, la desaparición forzada) para garantizar derechos como la vida, libertad e integridad.

Sobre esta base, podrá reconocerse que la faceta más visible de los DESC es la obligación de hacer, pero también estos derechos generarán obligaciones de no hacer. Así, por ejemplo, el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural. En suma, los DESC también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos.¹⁴³

Desde esta perspectiva, señala Contreras "*no existen, en resumen, obligaciones "negativas" puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos*".¹⁴⁴

En el caso de los DCP el incumplimiento de estas y otras obligaciones, en caso no sean implementadas por los Estados, resultan plenamente judicializables por los

¹⁴³ ABRAMOVICH, Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit.

¹⁴⁴ Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid (1994) p. 21, citado por ABRAMOVICH, Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit.

órganos de control, por lo que el que un derecho contenga obligaciones de cumplimiento progresivo no implica que las violaciones al mismo, o incluso a dichas obligaciones, no puedan ser analizadas por un órgano con la finalidad de determinar la existencia de una violación, atribuir responsabilidad al Estado y ordenar medidas de reparación. De esta manera, resulta perfectamente razonable concluir que así como los órganos de control analizan violaciones a DCP, incluso en el ámbito de sus obligaciones progresivas, deberían también poder analizar situaciones similares en el ámbito de los DESC. Así pues, la progresividad no estaría planteando una tajante diferencia entre las reales posibilidades de judicialización de los derechos humanos.

En segundo lugar, no puede escapar la reflexión que en la práctica, la progresividad no imposibilitó generar mecanismos de control, aunque ciertamente sí los limitó. Así, debe recordarse que en el caso del sistema universal, si bien el CDESC no está habilitado para conocer denuncias individuales, sí puede supervisar el cumplimiento de los DESC a través del mecanismo de evaluación de informes periódicos; de la misma manera que lo hace la Asamblea General (aunque sería deseable que fuera la CIDH) en relación con el PSS. Si bien este es un mecanismo no contencioso, nuevamente, la falta de coerción no implica ni que los DESC no sean verdaderos derechos, ni que los mecanismos de control no contenciosos no sean verdaderos mecanismos de control. Las observaciones finales del CDESC constituyen una herramienta de supervisión al igual que las decisiones adoptadas en el marco de una denuncia individual, por lo que no es cierto que la progresividad no permita diseñar mecanismos de control.

Por otro lado, tampoco es cierto que la progresividad haya impedido desarrollar estándares para medir el incumplimiento de los DESC. Los pronunciamientos de los órganos de supervisión de DESC luego de analizar los informes remitidos por los Estados parte contienen parámetros objetivos orientados a determinar el nivel de satisfacción de un derecho, tomando en consideración el contexto en el que se encuentran dichos Estados. No podría ser posible emitir conclusiones en torno a la pertinencia de una medida, o la necesidad de continuar adoptando medidas en relación con la satisfacción de un derecho, si no existiera detrás de dicha afirmación la idea en torno a grados “adecuados”, “suficientes” o “insuficientes” de cumplimiento de DESC.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que a la fecha existen mecanismos que permiten acciones directas de judicialización por violaciones a DESC. Como ya se ha establecido, el PSS en su artículo 19.6 permite la interposición de denuncias ante la CIDH (y eventualmente, de demandas ante la CortelDH) por violación de los derechos a la libertad sindical y educación. Asimismo, a la fecha se ha adoptado un Protocolo Facultativo al PIDESC que, cuando entre en vigor, permitirá que el CDESC conozca denuncias individuales (y quejas interestatales) por violación a cualquier de los derechos contemplados en el PIDESC. Este desarrollo normativo implica entonces, que si bien históricamente ha habido reticencias para permitir el establecimiento de mecanismos de judiciabilidad de los DESC, estas han tenido que ver más con una mala interpretación del principio de progresividad, o con una falta de voluntad política por parte de los Estados, antes que por una verdadera imposibilidad jurídica.

Ahora bien, en este análisis no puede dejarse de lado que la referencia a “los recursos disponibles” y a la mayor onerosidad que implica la satisfacción de los DESC, podría llevar (y de hecho lleva) a que algunas esferas de protección de un derecho sean satisfechas con mayor demora, o implementadas en un mayor lapso de tiempo que otras medidas. La argumentación a favor de la posibilidad de judicializar violaciones a los DESC no debe por tanto ser ajena a este análisis, sino que los órganos llamados a conocer estas supuestas violaciones, de cara a obligaciones de implementación progresiva, deberán tomar en consideración en qué medida el cumplimiento progresivo se ha satisfecho, o en qué medida ha operado una regresividad injustificada.

Ello guarda relación con los argumentos señalados en el marco del Segundo Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo para la adopción de una Protocolo Facultativo al PIDESC. En dicha oportunidad, un elemento clave en el análisis de todos los relatores presentes en dicha reunión fue el de la "efectividad progresiva". Al respecto, los relatores argumentaron que tanto el PIDCP como el PIDESC establecían obligaciones inmediatas y obligaciones que exigían un cumplimiento progresivo. Asimismo, Jean Ziegler, Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación, observó que incluso los Estados que hacían frente a graves limitaciones de recursos estarían normalmente en condiciones de cumplir con sus obligaciones de respetar y proteger, aunque la obligación de satisfacer sería más compleja.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo período de sesiones. Doc. ONU E/CN.4/2005/52, de 10 de febrero de 2005, parágrafo 24. Las clasificaciones en torno a las obligaciones de derechos humanos, como la garantía, respeto o satisfacción, han sido analizadas en el acápite 1.2 de esta investigación.

En este sentido, si bien es cierto que en determinados casos podrá ser más complejo el análisis en torno a la violación de un DESC, no por ello dicha posibilidad debe ser proscrita de plano, sino que la progresividad misma posee un contenido propio cuyo cumplimiento debe ser examinado. En palabras de Sergio García Ramírez, “la progresividad misma es, de suyo, un derecho reclamable: caminar ya, ir adelante y no retroceder son, en efecto, el núcleo duro en el que se sustenta la primera exigencia y se apoya la justiciabilidad de la materia.”¹⁴⁶

Finalmente, debe tenerse en consideración que, pese a no contarse a la fecha con abundante jurisprudencia en torno a la violación del PSS y al estándar de la progresividad, el desarrollo jurisprudencial sobre violaciones al artículo 26 permite, aunque ciertamente de manera insuficiente, rescatar elementos adicionales en torno a la progresividad, que abonen en la tesis de que ésta no es un obstáculo real para la judicialización de los DESC.

1.2.4 Un caso concreto de judicialización de la progresividad: la problemática del artículo 26 y los límites para su judicialización

Como ya se ha señalado, el tratamiento del artículo 26 no es pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia interamericana. No obstante esta naturaleza controversial, es posible establecer algunas conclusiones de manera fehaciente.

En primer lugar se puede concluir que el artículo 26 es una norma que se refiere a disposiciones en materia de DESC, de acuerdo con lo establecido en la Carta de la OEA. En segundo lugar, aunque los criterios para determinar su violación no son claros, la denuncia por su incumplimiento Estado se encuentra permitida ante la CIDH y la CorteIDH. Esto se puede corroborar, en tanto la CorteIDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posible violación de este artículo en los casos *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003), *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* (2004), *Acevedo Jaramillo vs. Perú* (2006), *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006) y *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009).¹⁴⁷ Si bien en todos estos casos la

¹⁴⁶ GARCIA, Sergio. Protección jurisdiccional internacionales de los derechos económicos, sociales y culturales. En: AA.VV. Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales. San José: CEJIL, 2004, p.93.

¹⁴⁷ Asimismo, en los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) y *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005), la CorteIDH utilizó el artículo 26 no bajo la línea de la justiciabilidad directa, sino como criterio interpretativo para declarar la violación de otro derecho: el derecho a la vida

CorteIDH rechazó la presunta violación de este artículo, sin establecer parámetros claros para definir el contenido de las obligaciones allí contenidas, en términos de la competencia material no existió ningún elemento que impidiera que la CorteIDH analizara los hechos y se pronunciara sobre una eventual violación. En este sentido, dentro de los mecanismos o estrategias de judiciabilidad de los DESC, el artículo 26 se encontraría en medio de las estrategias directas e indirectas, ya que por un lado, no es una norma consagrada en un tratado de DESC, ni posee una norma expresa que habilite la competencia de los órganos interamericanos para pronunciarse sobre su incumplimiento; pero por otro lado, es cierto que el contenido de dicho artículo, así como la habilitación de competencia por dichos órganos no se derivan de ninguna disposición, sino que tienen como fundamento la interpretación de la misma norma del artículo 26 de manera conjunta con el artículo 44 de la CADH.

Cabe precisar que en los casos Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Acevedo Jaramillo vs. Perú y Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, la CorteIDH rechazó la solicitud de violación por considerar que los alcances de dicha disposición habían sido analizados en el marco de la violación a otros derechos dentro de la sentencia; y sólo en Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía, ambos contra Perú, la CorteIDH ha intentado establecer un contenido mínimo del artículo 26.

En el caso de la CIDH, ésta no sólo ha conocido casos de presunta violación al artículo 26, sino que en más de una ocasión ha declarado la violación ha dicho artículo.¹⁴⁸ Al respecto Krsticevic ha señalado que si bien esta posición (la posible judicialización del artículo 26 de la CADH) no es obvia de una simple lectura del tratado, la posición de los órganos del sistema puede estar sustentada en los artículos 44 y 48 de la CADH, referentes a la posibilidad de presentar peticiones y quejas relativas a violación de los derechos protegidos por la CADH, sin distinguir aquellos incluidos en el Capítulo II (referido a DCP) , de los protegidos en el Capítulo III (DESC).¹⁴⁹

(artículo 4 de la CADH) en el caso Yakye Axa, y el derecho a la protección del niño (artículo 19 de la CADH) en el caso de las Niñas Yean y Bosico.

¹⁴⁸ La CIDH declaró violado el artículo 26 los casos Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua (2001); y Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador (2009). Actualmente se encuentra pendiente de pronunciamiento de fondo en torno a la violación de dicha norma el caso Jesús Manual Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa) vs. Venezuela.

¹⁴⁹ KRSTICEVIC, Viviana. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. En: AA.VV. Construyendo una agenda para la judiciabilidad de los Derechos Sociales. San José: CEJIL, 2004, p. 168.

Dicha posición ha sido recientemente asumida en el caso de los Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú, en donde la CIDH ha señalado que:

*De los anteriores criterios resulta que la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. **Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención** (el resaltado es nuestro).¹⁵⁰*

Sin embargo, pese a que actualmente no se pone en duda la posibilidad de que los órganos de protección del sistema interamericano tramiten denuncias por una supuesta violación del artículo 26, el alcance de este artículo, así como los criterios para determinar su violación no son claros, lo que genera una serie de problemas en torno a la judiciabilidad de los DESC. Al respecto, tanto la CIDH como la CortelDH parecen coincidir en que existe algún “núcleo duro” de dicho artículo que es reclamable por la vía contenciosa.¹⁵¹ No obstante, el alcance de las obligaciones emanadas de este artículo no ha sido claramente establecido por los órganos de control.¹⁵²

Una primera aproximación en torno a este artículo es que de una lectura conjunta con la Carta de la OEA, establecería que los Estados asumen la obligación de adoptar medidas progresivas para satisfacer los siguientes derechos:

- Salarios justos (artículos 34.g y b)
- Condiciones dignas de trabajo (artículos 34.g y 45.b)
- Huelga (artículo 45.c)
- Libertad sindical (artículo 45.c)
- Seguridad social (artículos 45.b y h y 46).
- Educación (artículos 34, 49 y 50).
- Alimentación adecuada (artículo 34.j)
- Vivienda digna (artículos 34.k y l)

¹⁵⁰ CIDH. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Op. Cit., párrafo 139.

¹⁵¹ KRSTICEVIC, Viviana. La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano. En: YAMIN, Alicia (ed). Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta. Plaza y Valdés/IDRC, 2006.

¹⁵² KRSTICEVIC, Viviana. La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano. Op. Cit.

- Beneficios de la cultura (artículo 50)

Ahora bien, como señala Salmón, estos derechos aparecen enunciados en la Carta de la OEA, pero no es posible extraer de allí su contenido, por lo que será necesario para comprender cabalmente su contenido, acudir a otros instrumentos, como es la DADDH, instrumento que vincula a todos los Estados de la OEA¹⁵³ Pero adicionalmente a dicho instrumento, deberá ser posible acudir al PSS, e incluso al PIDESC, como instrumentos interpretativos, para dar contenido a estos derechos, de la misma manera que en otras ocasiones la Corte IDH ha recurrido, por ejemplo, a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño para interpretar el artículo 19 de la CADH.¹⁵⁴ De esta manera, podríamos postular que a nivel DESC existe un *corpus iuris* conformado por el artículo 26 de la CADH (leído conjuntamente con las disposiciones pertinentes de la Carta de la OEA), el PSS, el PIDESC y la DADDH.

En el mismo sentido, Krsticevic señala que la aplicación al artículo 26 de los métodos interpretativos que se han utilizado para establecer el alcance de las garantías de protección especial de los niños, por ejemplo, permitiría integrar un amplio número de obligaciones internacionales de carácter social -tanto interamericanas como universales-, convirtiéndolas de este modo, en vinculantes por su estatus de obligación contractual. Esto requerirá definir las obligaciones sociales protegidas por la Carta, utilizar los tratados de contenido específico para la determinación del alcance de los derechos identificados en ella, e incluso utilizar instrumentos no vinculantes, como son las observaciones generales desarrolladas por el CDESC, con la finalidad de “nutrir la interpretación de esta norma, dando mayor especificidad a los derechos protegidos”.¹⁵⁵

Esta tesis ha sido también confirmada por la CIDH en el caso de los Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú. En dicha oportunidad, luego de hacer un análisis en torno a las disposiciones sobre progresividad contempladas en el PSS y PIDESC, así como de los pronunciamientos del CDESC, la CIDH concluyó:

*La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. **El corpus iuris interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales**, evidencia que el concepto de progresividad – y la obligación correlativa de no regresividad - establecida en el*

¹⁵³ SALMON, Elizabeth. . Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano. Op. Cit, p. 36.

¹⁵⁴ KRSTICEVIC, Viviana. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. Op. Cit, p. 171.

¹⁵⁵ Ibid. Loc. Cit

artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana (el resaltado es nuestro).¹⁵⁶

No obstante el ejercicio teórico que pueda realizarse de la lectura conjunta de las normas, no existe un pronunciamiento jurisprudencial que dé luces sobre este punto. Como ya se ha señalado, a nivel jurisdiccional, la Corte sólo ha analizado la concreta violación al artículo 26 en dos oportunidades. El primer caso donde la CorteIDH tuvo la oportunidad de pronunciarse en torno a este derecho fue en el caso Cinco Pensionistas vs. Perú. En dicho caso, motivado por la negativa del Estado peruano de cumplir con el pago de pensiones niveladas a un grupo de ex trabajadores de la Superintendencia de Banca y Seguros, se alegó la violación del artículo 26, debido a que la obligación establecida en dicho artículo implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado en relación con los DESC. De acuerdo con los argumentos de los peticionarios, las medidas legislativas que recortaban el régimen de pensión nivelada en el Perú implicaban una medida regresiva que afectaba, en última instancia el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 9 del PSS.

En esta ocasión, el análisis llevado a cabo por la CorteIDH fue bastante pobre y contribuyó a generar más confusión. La CorteIDH señaló lo siguiente:

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 Unidas¹⁵⁷, 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.

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.

Dicho esto, por una lado, la CorteIDH no sólo no desarrolló un contenido mínimo del artículo 26, sino que confundió la idea de “dimensión colectiva” con la de problemática

¹⁵⁶ CIDH. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Op. Cit., párrafo 140.

¹⁵⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 3: Op. Cit, párrafo 9.

de escala nacional. Desde nuestra perspectiva, el que un derecho posea una dimensión individual y una colectiva no parece ser un problema en términos de su judiciabilidad. Cabe recordar que la misma CortelDH ha establecido, en relación con el derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la CADH la doble dimensión, al señalar que:

*(...) Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.*¹⁵⁸

Este pronunciamiento, sin embargo, no ha generado nunca cuestionamientos al interior de la CortelDH respecto a las limitaciones en torno al análisis de la violación del derecho. Es más, son numerosos los casos en los cuales la CortelDH ha declarado la violación de un derecho para un colectivo de personas.¹⁵⁹

No obstante, en el presente caso, tal vez por temor a pronunciarse sobre una política de alcance nacional que podría abrir la puerta para el ingreso de un amplio número de casos, la CortelDH declinó considerar violado el artículo 26 por no referirse dicha supuesta violación a un grupo representativo de la sociedad. Con este razonamiento la CortelDH parecería estar confundiendo su competencia y traspasando el campo de acción de las demandas (establecido en el artículo 62.3 de la CADH) al ámbito del control de informes, orientados justamente al análisis de situaciones masivas, para los cuales, cabe precisar, no posee competencia. En estos términos, se puede apreciar doctrina que se pronuncia del siguiente modo:

The jurisdictional (and moral) implications of this statement are truly alarming. Indeed, by suggesting that autonomously- conceived economic, social and cultural rights, protected under Article 26, can be measured only as a “function of [their] growing coverage over the entire population . . . and not in function of the circumstances of a very limited number of [victims] ” (i.e., the duly-identified victims named and individualized in the application), the Court appears to separate and remove Article 26, and the fundamental rights it protects, from the boundaries of its own contentious jurisdiction. Indeed, it appears to reimagine its limited Article 62.3 “case-based”¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, parágrafo 30.

¹⁵⁹ Al respecto véase los casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay, Comunidad Moiwana vs. Suriname, entre otros.

¹⁶⁰ MELISH, Tara. A pyrrhic victory of Perú's pensioners: pensiones, property and the perversion of progressivity. En: Revista CEJIL. Debates sobre derechos humanos y el sistema interamericano. Año I, Número 1, Diciembre de 2005, pp. 51-66.

En el 2009 la CorteIDH se enfrentó nuevamente al problema de las pensiones niveladas en el Perú, pero esta vez en perjuicio de 273 pensionistas de la Contraloría General de la República. Al igual que en el caso Cinco Pensionistas, se alegó la violación del artículo 26 por considerarse que la reforma legislativa afectaba el desarrollo progresivo del derecho a la seguridad social.

En este fallo la CorteIDH consagró al artículo 26 como un derecho humano con la misma categoría que el resto de derechos recogidos en la CADH. En otras palabras, la CorteIDH plasmó en el papel la práctica que tanto ella como la CIDH han venido desarrollando en los últimos años: admitir a trámite las denuncias y demandas por violación al artículo 26, en la medida que éste genera verdaderas obligaciones para los Estados que pueden estar sujetos al control de los órganos internacionales de protección de derechos humanos. Sobre esto, la CorteIDH se ha pronunciado del siguiente modo:

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”).¹⁶¹

Asimismo, si bien la CorteIDH analizó el contenido del artículo 26 de la CADH, este análisis resulta confuso y en cierta medida superficial. De acuerdo con lo establecido por la CorteIDH el incumplimiento de las sentencias judiciales que reconocían el derecho a la pensión nivelada, (y el consecuente efecto patrimonial que éste ha tenido sobre las víctimas), afectaba los derechos a la protección judicial y a la propiedad, reconocidos en los artículos 25 y 21 de la CADH. No obstante, señaló, de ello no se infería una afectación del artículo 26, ya que el contenido de dicho artículo sería la obligación de adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas – en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados – para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la obligación estatal que se desprende del artículo 26 de la Convención es de naturaleza diferente, si bien complementaria, a aquella relacionada con los artículos 21 y 25 de dicho instrumento.¹⁶²

¹⁶¹ Corte IDH. 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, parágrafo 100.

¹⁶² Corte IDH. 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, parágrafo 105.

En este sentido señaló,

(...) teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal considera que los derechos afectados son aquellos protegidos en los artículos 25 y 21 de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento.¹⁶³

De lo visto hasta el momento se concluye entonces que si bien la CortelDH ha avanzando en el análisis y determinación del contenido del artículo 26, a la fecha aún no ha diseñado parámetros claros que permitan establecer reglas uniformes en torno a las posibilidades de judiciabilidad de los DESC.

Por el contrario la CIDH ha tenido un desarrollo jurisprudencial más profundo en torno a este derecho. La primera ocasión en que la CIDH analizó las implicancias del artículo 26 fue en el 2001, en el caso Milton García Fajardo vs. Nicaragua, cuya petición tenía origen en las arbitrariedades cometidas por las autoridades administrativas y judiciales que generaron el desempleo de 142 trabajadores de Aduanas. En dicha ocasión la CIDH confirmó que el artículo 26 plasmaba DESC, al establecer que:

La Comisión considera que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su artículo 26. Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios.¹⁶⁴

Asimismo, la CIDH señaló que la CADH, en su preámbulo, dispone: que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la OEA de normas más amplias sobre DESC y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia; y que justamente el artículo 26 de la CADH es la norma que afirma que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias necesarias, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y culturales, contenidas en la Carta de la OEA.¹⁶⁵

En el 2009 la CIDH volvió a enfrentarse al problema del contenido del artículo 26 en el caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador, motivado por la denuncia de

¹⁶³ Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Op. Cit, parágrafo 106.

¹⁶⁴ CIDH. Milton García Fajardo y otros. Informe N° 100/01. Caso 11.381 (Nicaragua), parágrafo 95.

¹⁶⁵ CIDH. Milton García Fajardo y otros. Op. Cit, parágrafos 96 y 97.

26 personas portadoras del virus del VIH que alegaban que el Estado debía suministrar los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedirles la muerte y mejorar su calidad de vida. Si bien en el informe de admisibilidad de dicho caso la CIDH había declinado su competencia para conocer la presunta violación al artículo 10 del PSS (en la medida que su judicialización directa no se encuentra autorizada por el artículo 19.6), dispuso la utilización del PSS para dar contenido a otras disposiciones aplicables, a la luz de lo previsto en los artículos 26 y 29 de la CADH.¹⁶⁶

En este sentido, en su informe de fondo la CIDH definió las implicancias de la progresividad y no regresividad en los términos establecidos por el CDESC en su Observación General 3, y concluyó que el artículo 26 de la CADH establece para los Estados partes, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal obligación implica a su vez la obligación de no adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado.¹⁶⁷

Asimismo, cabe resaltar que la CIDH, luego de hacer referencia a la argumentación desarrollada por la CorteIDH en el caso Cinco Pensionistas, en torno a la dimensión individual y colectiva del artículo 26, concluyó que en el presente caso, no era posible identificar una violación directa al derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez o de las otras 26 personas, como hubiera sucedido, por ejemplo, si se demostrara que el Estado se negó a atender a alguno de ellos.¹⁶⁸ Este razonamiento, *contrario sensu*, implica dos aspectos fundamentales: i) que la existencia de una dimensión colectiva del derecho no impide la judicialización de su dimensión individual (como habría ocurrido si se hubiera identificado una violación directa a la salud de Jorge Odir), y ii) era posible, vía el artículo 26, introducir el análisis de la violación de un DESC como el derecho a la salud, cuya judicialización no se encuentra permitida por el PSS. No obstante, no es posible dejar de tener en consideración, como ya ha sido señalado, que la CIDH ha sido constante en su jurisprudencia al señalar que no tiene competencia para conocer la presente violación de los derechos contemplados en el PSS que no sean los del artículo 8.a y 13, por lo que esta afirmación, antes que

¹⁶⁶ CIDH. Jorge Odir Miranda Cortez y otros. Informe de admisibilidad No. 29/01. Caso 12.249 (El Salvador), de 7 de marzo de 2001, párr. 36.

¹⁶⁷ CIDH. Jorge Odir Miranda Cortez y otros. Informe No. 27/09. Caso 12.249 (El Salvador), parágrafos 105 y 106. En el mismo sentido, CIDH. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Op. Cit., parágrafos 130 y ss.

¹⁶⁸ CIDH. Jorge Odir Miranda Cortez y otros. Informe No. 27/09. Caso 12.249 (El Salvador), parágrafo 108.

establecer una línea jurisprudencial en torno a la judicialidad de los DESC, resulta confusa.

De esta manera, en relación con las estrategias de judicialización a través del artículo 26 debemos concluir que si bien los estándares en torno al contenido de dicho derecho no están claramente establecidos, es posible identificar (sobre todo en el caso de la jurisprudencia de la CIDH) algunos lineamientos orientados a utilizar dicho artículo como una puerta de entrada para, sobrepasando los límites planteados por el PSS, promover la judicialización de otros DESC.

1.2.5. A manera de conclusión preliminar

De acuerdo con lo analizado en este capítulo, al margen de la existencia concreta de mecanismos de control que permitan la tramitación de denuncias individuales por presuntas violaciones a los DESC, la progresividad y la no regresividad resultan estándares plenamente verificables que podrían ser utilizados, eventualmente, por órganos de control.

Cabe afirmar que, en primer lugar, los DESC deben ser asumidos como verdaderos derechos, con un contenido propio y con la posibilidad de que su cumplimiento sea fiscalizado por los órganos de control. Sin embargo, dada la especial naturaleza progresiva de los DESC (plasmada en los tratados sobre la materia ratificados por los Estados), el estándar de protección de estos derechos se ve matizado o flexibilizado por el elemento temporal, es decir, no se exigirá el pleno cumplimiento de los DESC de manera inmediata.

Ahora bien, esto que opera en el marco teórico no necesariamente se encuentra recogido en el marco jurídico. Por el contrario, lo cierto es que al ser mal comprendida la naturaleza de los DESC y su carácter progresivo, los Estados fueron renuentes a permitir acciones directas de judicialidad ante las violaciones a los DESC.

Como ha quedado demostrado a lo largo de este capítulo, el obstáculo esgrimido por los Estados para evitar la aplicación de mecanismos directos de control no es tal. No obstante, al margen de la validez o no de los argumentos, si la voluntad soberana de los Estados fue plantear reglas de juego diferentes para cada tipo de derechos, en principio, dicha voluntad debería ser respetada, salvo que se identifique algún motivo que se superponga a dicha soberanía estatal y que determine que dicha distinción,

además de ser artificial, no responde a los criterios y principios del DIDH.

En este sentido, simpatizantes o no con la distinción establecida, no puede negarse el valor de las decisiones soberanas de los Estados de legislar según los intereses que cada uno defiende. Si bien los Estados en 1950 no apostaron por crear mecanismos contenciosos de control para los DESC, no podemos *a priori* considerar que dicho planteamiento fue equivocado o contrario al Derecho internacional. Será necesario analizar otros elementos que puedan permitirnos, con una mirada más amplia y que supere la estricta juricidad del argumento publicista, postular (siempre dentro de los límites del Derecho), la necesidad de establecer mecanismos de judiciabilidad de los DESC.

Esta realidad normativa, que aún hoy en día se mantiene vigente, ha sido flexibilizada o matizada mediante las estrategias de judicialización indirecta planteadas por abogados defensores de derechos humanos y por las interpretaciones jurisprudenciales de los órganos de control. Estas nuevas interpretaciones, aunque protectoras en mayor medida de los derechos de las personas (en aras de la integralidad de la persona y de la indivisibilidad de los derechos humanos), plantean dudas en cuanto a si se desenvuelven dentro del marco jurídico establecido por los Estados o si, por el contrario, están superando los límites planteados por estos que, aunque deseables de ser superados, existen.

En razón de lo anterior, en el siguiente capítulo nos ocuparemos de abordar las diferentes posibilidades de judicialización indirecta de violaciones a los DESC existentes en la actualidad, así como aquellos caminos o estrategias que van abriéndose paso a partir de la interpretación de los órganos de control para luego, concluir si estas nuevas estrategias se han desarrollado dentro de los límites normativos establecidos por los Estados y dentro del marco normativo del DIDH. Como ya se ha adelantado, el análisis se centrará en los pronunciamientos adoptados en el marco del sistema interamericano por ser este más cercano a la realidad peruana, y por ser el que más posibilidades y desarrollo ha presentado hasta la fecha.

Capítulo II

Los actuales escenarios de judiciabilidad indirecta de los DESC en el sistema interamericano, desde la perspectiva de la indivisibilidad, y sus implicancias en el DIDH



Después de haber revisado en el primer capítulo el proceso de adopción de tratados de DESC y los mecanismos de control formalmente establecidos y mejor logrados en el sistema universal e interamericano, así como las implicancias de la progresividad, se ha llegado a la conclusión de que a nivel teórico no existe ningún impedimento real para proscribir la aplicación de mecanismos de control judicial directo sobre los DESC.

Corresponde entonces analizar si en el marco del DIDH existen desarrollos que nos permitan afirmar que la decisión soberana de distinguir mecanismos de control según se trate de DESC o DCP resulta contraria a dicho marco normativo, y postular por tanto una tesis en torno a la judicibilidad absoluta de los DESC. En razón de ello, habiendo refutado el argumento que, desde nuestra perspectiva obstaculizada la judicialización, en el presente capítulo se tomará como punto de partida el argumento que abonaría a la posibilidad de plantear una plena judicialización de los DESC: la postulación de que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Este análisis, a su vez, será complementado con los planteamientos jurisprudenciales desarrollados por los órganos de control (en particular del sistema interamericano) y fundamentados en la indivisibilidad de los derechos humanos, a efectos de analizar si es posible generar estándares para la judicialización de los DESC y, de ser el caso, cuál es la justificación y efectos de esa generación de estándares en el marco del sistema interamericano de derechos humanos y del DIDH en general.

Estos mecanismos, que llamaremos de judicialización indirecta, han sido desarrollados por el sistema interamericano a partir de lo que los Estados adoptaron a nivel convencional. Como ya se ha precisado, por mecanismos de justiciabilidad indirecta se entenderá a aquéllos que si bien no están expresamente establecidos en los tratados de DESC, se han utilizado por medio de una interpretación de las normas existentes al interior de dicho sistema. Nos referiremos en esta sección a dos tipos de estrategias, una de ellas desarrolladas en el marco del sistema interamericano, y una desarrollada en la mayoría de sistemas de protección de derechos humanos. No obstante, a efectos del presente estudio, como ya hemos señalado líneas arriba, el análisis pondrá mayor énfasis en los casos planteados ante el sistema interamericano.

2.1. La superación de la tesis de las generaciones de derechos desde la indivisibilidad e interdependencia los derechos humanos

La tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, aunque no reconocida expresamente, estuvo presente desde los inicios del desarrollo normativo

de éstos. Tal como se ha señalado, la DUDH y la DADDH no distinguieron según se tratara de DCP o DESC. Es más, de acuerdo con René Cassin, Vicepresidente de la Comisión Redactora de la DUDH, ésta se asentaba en cuatro pilares o cimientos: i) los derechos y libertades de orden personal (artículos 3 al 11); ii) los derechos del hombre y sus relaciones sociales (artículos 12 al 17); iii) las libertades públicas y derechos políticos (artículos 18 al 21); y iv) los DESC (artículos 22 al 27),¹⁶⁹ por lo que no cabe duda respecto a la intención abiertamente integradora de este instrumento.

De la misma manera, en el marco de los trabajos preparatorios para la adopción de los pactos de 1966, la opción de adoptar un único tratado se mantuvo de manera firme hasta el año 1951. Esto puede observarse cuando en 1950, a través de su Resolución 421 (V)¹⁷⁰, la Asamblea General postulaba implícitamente la tesis en torno a la interdependencia de los derechos humanos, al señalar que el cumplimiento de los DESC se encontraban íntimamente vinculados al cumplimiento de los DCP. De esta manera, en relación con el proyecto de Pacto de Derechos Humanos que venía siendo elaborado, señaló la necesidad de:

Incluir en el Pacto de Derechos del Hombre los derechos económicos, sociales y culturales y el reconocimiento explícito de la igualdad de hombres y mujeres en cuanto a esos derechos, según consta en la Carta de Naciones Unidas;

(Invitar) al Consejo Económico y Social a pedir a la Comisión de Derechos del Hombre que, conforme al espíritu de la Declaración Universal, enuncie claramente en el proyecto de Pacto los derechos económicos, sociales y culturales en forma que los vincule a las libertades cívica y políticas proclamadas en el proyecto de Pacto.¹⁷¹

No obstante, y pese a que el desarrollo normativo en el sistema universal se decantó por la adopción de instrumentos separados, los Preámbulos del PIDCP y PIDESC señalan que “*no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de 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*”(el resaltado es nuestro).

Emulando los tratados universales, el Preámbulo de la CADH señala en su segundo párrafo que “*con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se*

¹⁶⁹Citado por AGUINAGA, Ernesto, Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos. Op. Cit., p. 65.

¹⁷⁰ Adoptada el 4 de diciembre de 1950.

¹⁷¹ Resolución de la Asamblea General 421 (V), parágrafo 7.

crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” (el resaltado es nuestro); mientras que por su parte el Preámbulo del PSS reafirma fehacientemente la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos, y subraya que las diferentes categorías constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.¹⁷²

De manera posterior a la adopción de los principales instrumentos en materia de DESC, podemos rastrear la tesis de la indivisibilidad en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968, que estableció:

*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. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.*¹⁷³

De manera posterior, la Resolución 32/130 de la Asamblea General de la ONU,¹⁷⁴ orientada a “señalar distintos criterios y medios posibles del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, señaló que en relación con la labor de protección de derechos humanos se deberá tener en cuenta que:

- a) *todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales;*
- b) *La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible;*
- c) (...);
- d) *En consecuencia, las cuestiones de derechos humanos deberán examinarse en forma global, teniendo en cuenta el contexto general de las diversas sociedades en que se insertan y la necesidad de promover la dignidad plena de la persona humana y el desarrollo y el bienestar de la sociedad;*¹⁷⁵
(...)

¹⁷² SALVIOLI, Fabián. El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Op. Cit., p. 413.

¹⁷³ Proclamación de Teherán, adoptada por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán celebrada el 13 de mayo de 1968, parágrafo 13.

¹⁷⁴ Adoptada el 16 de diciembre de 1977.

¹⁷⁵ Posteriormente la Asamblea General de la ONU ha afirmado la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos en sus resoluciones 39/145, adoptada el 14 de diciembre de 1984; 41/177, adoptada el 4 de diciembre de 1986; y 48/141, adoptada el 20 de diciembre de 1993.

Asimismo, en 1981 la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁷⁶ postuló en su Preámbulo que

(...) es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos.

Habiendo reseñado todas estas manifestaciones normativas y declarativas en torno a la independencia e indivisibilidad, se llega en 1993 al referente por excelencia en esta materia, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, que estableció que:

*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.*¹⁷⁷

Ahora bien, la postulación de la indivisibilidad e interdependencia no sólo ha sido planteada desde los instrumentos internacionales, sino que también ha logrado una gran acogida en la doctrina. Ejemplo de ello son las palabras de Cancado Trindade, que considera que la denegación o violación de los DESC afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (incluso civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de sus derechos.

*Cómo hablar de derecho a la libre expresión sin el derecho a la educación; cómo concebir el derecho de ir y venir (libertad de circulación) son el derecho a una vivienda; cómo interpretar el derecho de participación en la vida pública son el derecho de alimentación; cómo referirse al derecho de asistencia judicial sin tener presente, al mismo tiempo, el derecho a la salud, los ejemplos se multiplican.*¹⁷⁸

En el mismo sentido, Abramovich ha señalado que:

*La conexión teórica y práctica entre algunos derechos resulta obvia: por ejemplo, el derecho a la vida y el derecho a la salud, o el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda, el derecho de asociación y los derechos sindicales, la libertad de expresión, el derecho de manifestación y el derecho de huelga, etc.*¹⁷⁹

Lo analizado líneas arriba, además de plantear una visión integral de los derechos humanos, en la medida que estos se influyen mutuamente, y por lo tanto que la

¹⁷⁶ Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

¹⁷⁷ Declaración y Programa de Acción de Viena, Op. Cit., parágrafo 5.

¹⁷⁸ CANCADO TRINDADE, Antonio. El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. O. Cit., p. 122

¹⁷⁹ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Ed. Trotta, 2002, pp. 220 y 221.

afectación de un derecho puede generar la afectación de otro u otros derechos. La idea de la indivisibilidad (todos los derechos forman un cuerpo único) e interdependencia (la afectación de un derecho influye en el disfrute de otro) de los derechos humanos rompe con la tesis de las generaciones de derechos y su diferente tratamiento, tanto si se quiere justificar por el diferente momento de su aparición en su historia, como por el contenido (más o menos progresivo) de sus obligaciones.

Desde la perspectiva de muchos autores, que ciertamente compartimos, el fundamento de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos no sería otro que la dignidad del ser humano. Así lo planteó incluso la misma DUDH en su artículo 22 al disponer el derecho de toda persona

*a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, **la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad** (el resaltado es nuestro).*

En el mismo sentido, sostiene Gialdino, “*los fundamentos morales y jurídicos de los derechos humanos se sustentan en la concepción de un hombre indivisible informado de una dignidad que le es intrínseca*”,¹⁸⁰ por lo que colocar a los DESC en un posición inferior respecto de los DCP “*no puede sino renegar del hombre así entendido, al reducir dicha dignidad a los agobiantes límites de algún puñado de derechos.*”¹⁸¹ Asimismo, Peces-Barba ha señalado que los derechos humanos constituyen exigencias éticas justificadas porque encuentran sustento en el valor de la dignidad, entendida éste, en términos de “autonomía moral” de los sujetos.¹⁸²

No interesa a efectos de esta investigación realizar un análisis minucioso en torno al contenido de la “dignidad humana”, o a si los derechos humanos constituyen mandatos morales o construcciones jurídicas artificiales. Incluso aun adoptando esta segunda postura es posible postular un valor intrínseco al ser humano que se ha ido protegiendo a lo largo de la historia con mandatos (morales, jurídicos o ambos). En todo caso, conviene sí, siguiendo la argumentación de Peces-Barba, señalar que, de acuerdo con De Asís, la autonomía o subjetividad moral es un término abstracto que, “*viene a identificar a los seres dotados de libertad de elección y por tanto con*

¹⁸⁰ GIALDINO, Rolando. Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional. En: CAJ. Red de información jurídica. Disponible en <http://www.cajpe.org.pe/guia/G-DESC.HTM>

¹⁸¹ GIALDINO, Rolando. Los derechos económicos, sociales y culturales. Op. Cit.

¹⁸² PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Madrid: BOE/UC3M, 1999, pp.215-228.

capacidad para elaborar planes de vida". De esta manera, la dignidad humana implicaría en última instancia un libertad de elección y ejecución, que sólo podrá ser llevada a cabo *"si se logra la satisfacción real de ciertas necesidades básicas"*.¹⁸³

Así lo confirma Peces-Barba al señalar que los derechos humanos son *"medios para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran nuestra dignidad, es decir, para que podamos elegir libremente"*.¹⁸⁴

En el mismo sentido, René Cassin expresaba que:

*(...) el ser humano tiene una personalidad indivisible. Su derecho a la vida no sólo exige un orden social donde esté a salvo del terrorismo y la ejecución sumaria; también es preciso que pueda encontrar su subsistencia en un trabajo y el pago activo de sus semejantes, para él y su familia, cuando no se encuentre en condiciones de producir.*¹⁸⁵

La tesis en torno a la dignidad del ser humano como justificación de la interpretación integral de derechos también ha sido, aunque no expresamente, postulada por la CortelDH en reiteradas oportunidades. Así, en relación con el derecho a la vida (derecho civil) la CortelDh ha establecido que:

*En esencia, el artículo 4 de la Convención garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.*¹⁸⁶

Ahora bien, no puede dejar de notarse que este planteamiento teórico de la indivisibilidad tiene considerables efectos prácticos, no sólo para el DIDH sustantivo, sino para el adjetivo. El que los derechos humanos constituyen un único cuerpo normativo, e incluso que la afectación de uno implica la afectación de otro u otros, cae dentro de la esfera del Derecho sustantivo, es decir, se mantienen dentro del mandato

¹⁸³ De ASIS, Rafael. Escritos sobre derechos humanos. Lima: ARA Editores, 2005, pp. 29-31.

¹⁸⁴ PECES-BARBA, Gregorio. Derechos sociales y positivismo jurídico. Madrid: Dykinson, 1999. Citado por AGUINAGA, Ernesto. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos. Op. Cit., p. 47.

¹⁸⁵ GIALDINO, Rolando op. cit

¹⁸⁶ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, parágrafo 125. Asimismo, Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, parágrafo 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, parágrafo 153; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, parágrafo 120; entre otros.

referido a lo que una legislación que liste derechos debe considerar. En virtud de esta aplicación al Derecho sustantivo, la conclusión sería que todo instrumento que contenga un catálogo de derechos debe considerar tanto los DCP como los DESC, y no abordarlos en instrumentos separados.

No obstante, este razonamiento es correcto pero insuficiente. Hemos dicho que la obligatoriedad de una norma no depende de la existencia de mecanismos de control, no obstante su eficacia sí. Y dentro de los mecanismos de control diseñados para compeler al cumplimiento de una norma, el de las denuncias individuales ha resultado ser, hasta el momento, el más efectivo dado el carácter personal de las decisiones y, en algunos casos, dada la existencia de mecanismos para coaccionar al cumplimiento de estas decisiones.

Ahora bien, ello no implica que todo catálogo normativo deba necesariamente ir acompañado de un mecanismo de control, aunque en aras de la eficacia de la norma ello sería lo óptimo. En este sentido, sería posible contar con instrumentos de derechos humanos que integren tanto a los DCP como a los DESC sin que existiera un mecanismo de control para supervisar las violaciones a estos. Sin embargo, si se diseña un mecanismo de control, tomando en consideración la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, no sería posible restringir dicho mecanismos a determinados derechos. Es en este punto donde consideraciones en torno al Derecho sustantivo influyen innegable y necesariamente en el Derecho adjetivo. Así, no es obligatorio adoptar mecanismos de control, pero si estos se adoptan, como es el caso de las denuncias individuales para los DCP, en virtud de la indivisibilidad e interdependencia deberían ser extensibles también a los DESC.

En este sentido Rabossi señala que:

en los instrumentos internacionales tenemos que distinguir la estipulación de los derechos y la formalización de los mecanismos de protección. Es decir, hay que distinguir la parte dogmática (...), de la parte procedimental. Mientras que la primera consagra derechos, la segunda estipula mecanismos que, por hipótesis, son perfeccionables. (...) No hay, pues, razones para pensar que el derecho positivo internacional, en su parte procedimental, esté sujeto a condiciones inamovibles. En consecuencia, es perfectamente posible, al menos en principio, cambiar un sistema de protección consagrado positivamente, por otro que resulte ser más efectivo. Ese es, precisamente, el caso que debería darse respecto de los derechos básicos a la subsistencia.¹⁸⁷

¹⁸⁷ RABOSSO, Eduardo. *Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica*. Op. Cit., p. 65.

Este planteamiento habilita a la tesis de esta investigación, orientada al planteamiento de que la judicialidad de los DESC no sólo es posible, sino necesaria justamente en virtud de la indivisibilidad e interdependencia que, como se verá más adelante, se postula como principio rector del DIDH. El planteamiento no responde únicamente a consideraciones teóricas, sino que surge como conclusión de un amplio desarrollo jurisprudencial orientado por la indivisibilidad e interdependencia. A él nos referiremos a continuación.

2.2. La judicialidad indirecta de los DESC en el sistema interamericano a partir de la indivisibilidad e interdependencia

Aunque el PSS no permite una plena judicialización directa de todos los DESC, esto no ha impedido que en el marco del sistema interamericano no se hayan tentado otras vías para garantizar el respecto de estos derechos. Concretamente, se puede identificar la utilización de dos estrategias:

1. La denuncia de los DESC recogidos en la DADDH.
2. La demanda formal de violaciones por derechos civiles y políticos, pero que entrañen violaciones a DESC.

Mientras la denuncia de la DADDH, pese a adoptarse dentro del marco normativo establecido, genera algunos cuestionamientos en torno al alcance de las decisiones; en el caso de la segunda estrategia el cuestionamiento hacia los pronunciamientos de la CIDH y CortelDH es mayor, ya que no existe norma expresa o implícita que habilite utilizar DESC para analizar violaciones a los DCP. Estas estrategias serán detalladamente analizadas a continuación.

2.2.1. Las denuncias por violación a la DADDH

El artículo 53 de la Carta de la OEA establece como uno de sus órganos a la CIDH, cuya función, según el artículo 106 de dicho instrumento es la de promover la observancia y defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo en esta materia.

A su vez, cabe recordar que la DADDH, adoptada en el marco de dicha organización, fue diseñada como un instrumento que, aunque no convencional, contenía un repertorio de derechos reconocido a todos los Estados. Como ya se ha señalado, con

el transcurso de los años, este documento se ha convertido en fuente de obligaciones para los Estados del sistema, y por lo mismo posee carácter vinculante.¹⁸⁸

Si bien inicialmente la CIDH no estuvo facultada para tramitar denuncias individuales, sino que dicha posibilidad sobrevino con la práctica, al ser un órgano de la OEA y no creado por la CADH, su competencia se extendió a todos los Estados de la organización, al margen de que hayan ratificado o no la CADH.¹⁸⁹ Esto se encuentra también plasmado en el artículo 23 del Reglamento de la CIDH¹⁹⁰ que dispone que el trámite de peticiones individuales procede, entre otros, con respecto a los derechos reconocidos en la DADHH.

Es por ello que en la actualidad existen al interior de la OEA hasta tres grandes sistemas de protección, según el órgano de control y el instrumento aplicable:

- i) Un primer sistema, conformado por los Estados miembros de la OEA que no son parte de la CADH. Contra estos Estados será posible presentar peticiones individuales sólo ante la CIDH y por violación a los derechos establecidos en la DADDH y en la Carta de la OEA.
- ii) Un segundo sistema, conformado por los Estados miembros de la OEA que son parte de la CADH y de otros tratados del sistema (por ejemplo, el PSS), pero que no han aceptado la competencia contenciosa de la CortelDH. Contra estos Estados será posible presentar peticiones individuales sólo ante la CIDH, pero el instrumento aplicable será la CADH (y el PSS u otros tratados del sistema), ya que en estos casos la CIDH ha entendido que, de manera general, la DADDH se subsume en la CADH (y en el PSS y otros tratados del sistema).¹⁹¹
- iii) Un tercer sistema conformado por los Estados miembros de la OEA que son parte de la CADH y de otros tratados del sistema (por ejemplo, el PSS), y que han aceptado la competencia contenciosa de la CortelDH. Contra estos Estados será posible presentar peticiones individuales ante la CIDH, la que eventualmente podrá demandar ante la Corte por

¹⁸⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89, Op. Cit., parágrafo 45.

¹⁸⁹ Como es sabido, no ocurre lo mismo con la sujeción a la competencia contenciosa de la CortelDH, que además de requerir la ratificación de dicha norma, exige también la aceptación expresa de la competencia contenciosa de dicho órgano en los términos del artículo 62.1.

¹⁹⁰ Aprobado en su última versión por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

¹⁹¹ CIDH. Amilcar Ménendez y otros. Informe de admisibilidad N° 3/01. Caso 11.670 (Argentina), parágrafo 41.

violaciones a la CADH (y a los artículos pertinentes del PSS y de otros tratados del sistema).

En relación con el primer sistema de protección, la figura es simple, la aplicación de la DADDH es plena y por lo tanto, la posibilidad de judicializar los DESC en ella contenidos es latente. Esto ha sido expresamente señalado por la CIDH en el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos*, cuando señaló que:

La obligación internacional de Estados Unidos, como miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), bajo la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se rige por la Carta de la OEA (Bogotá, 1948), enmendada por el Protocolo de Buenos Aires el 27 de febrero de 1967, y ratificada por Estados Unidos el 23 de abril de 1968.

Como consecuencia de los artículos 3 (j), 16, 51 (e), 112 y 150 de este Tratado, las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria. De esos instrumentos y resoluciones, los aprobados con el voto de Estados Unidos son los siguientes:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948).¹⁹²

Esto fue corroborado en el caso de la Comunidad Yanomami vs. Brasil. En dicho caso, motivado a raíz de la construcción de una carretera y del otorgamiento de permisos de explotación minera en territorio indígena Yanomami, que provocó la penetración masiva de extranjeros al territorio indígena y tuvo graves repercusiones sobre el bienestar de la comunidad; la CIDH declaró la violación de los artículos I, VIII y IX de la DADDH en perjuicio de los indios Yanomami.¹⁹³

Asimismo, en el caso *Amilcar Menéndez vs. Argentina*. En dicha oportunidad la CIDH consideró que en la medida que el derecho a la salud y al bienestar (artículo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (artículos XVI, XXXV y XXXVII) contemplados en la DADDH, no se encuentran protegidos de manera específica por la Convención (y no son judicializables en los términos establecidos por el PSS), la CIDH mantiene su competencia respecto de dichos derechos, pues en virtud del artículo 29(d) de la Convención "ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".¹⁹⁴

¹⁹² CIDH. *Baby Boy*. Informe N° 23/81. Caso 2141 (Estados Unidos), párrafos 15 y 16.

¹⁹³ CIDH. *Comunidad Yanomami vs. Brasil*. Informe N° 12/85. Caso 7615 (Brasil).

¹⁹⁴ CIDH. *Amilcar Menéndez*. Informe de admisibilidad N° 3/01, Op. Cit, párrafo 42.

Asimismo, en relación con el segundo sistema, la CIDH ha establecido que si un mismo derecho es abordado por la DADDH y por la CADH y el PSS (u otro de los tratados del sistema), en el caso de una denuncia contra un Estado parte de la CADH y del PSS, la protección de la DADDH queda subsumida a la protección de la CADH y del PSS. Esta posición fue asumida en el mismo caso Amilcar Menéndez y otros en torno a los derechos a la justicia y propiedad privada. En dicha ocasión se estableció lo siguiente:

(...) una vez que la Convención entró en vigor en el Estado, ésta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, (...) siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos (...) y no se trate de una situación de violación continua. (...). En el presente caso, existe una similitud de materia entre las normas de la Declaración y de la Convención invocadas por los peticionarios. Así, los derechos a la justicia (artículo XVIII) y a la propiedad privada (artículo XXIII) consagrados en la Declaración se subsumen en las normas que prevén los derechos protegidos en los artículos 8 y 21 de la Convención. Por tanto, con relación a dichas violaciones de la Declaración, la Comisión sólo se referirá a las normas de la Convención.¹⁹⁵

Finalmente, el tercer sistema, no requiere mayor análisis en la medida que e la actuación de la CortelDH en relación con CADH y el PSS se encuentra claramente regulada en dicho instrumento. Por lo demás, la CortelDH no ha esclarecido si puede aplicar la DADDH en ejercicio de su competencia contenciosa.

Ahora bien, en relación con los primeros dos subsistemas de protección, sí corresponde realizar un breve comentario. De acuerdo con la jurisprudencia analizada, se estaría abriendo una segunda puerta (que se suma a la abierta por el artículo 26 sobre la base del argumento de la judicialización de la progresividad) en torno a la judiciabilidad de los DESC. En estos términos, pese a que el PSS restringiera las posibilidades de presentar denuncias contra todo tipo de DESC a sólo dos derechos, la argumentación vía DADDH superaría dicho obstáculo que permitiendo que un órgano se pronuncie sobre la posible violación a un DESC.

No obstante, identificamos en el desarrollo de este subsistema dos inconsistencias. La primera tiene que ver con el hecho de que si bien la CIDH resulta competente para todos los Estados de la OEA, por ser un órgano establecido en su tratado constitutivo, y si bien la DADDH resulta aplicable a todos los Estados de la OEA por no ser un documento convencional (aunque sí genere obligaciones vinculantes), no resulta comprensible que sea sólo la CIDH la que pueda analizar violaciones a la DADDH cuando, por ejemplo, el Estado sea parte de la CADH y haya aceptado la competencia

¹⁹⁵ CIDH. Amilcar Menendez, Informe 03/01, párrafo 41.

contenciosa de la CortelDH, pero no sea parte del PSS, y el derecho cuya violación se alegue sea un DESC.

A nuestro entender, así como la CIDH puede conocer potenciales violaciones a la DADDH, lo que la posibilita a pronunciarse sobre violaciones a los DESC, esta posibilidad debería estar también establecida respecto de la CortelDH. Si bien, como hemos señalado, dicho órgano no ha emitido hasta la fecha pronunciamientos en torno a su competencia material para conocer violaciones a este instrumento, resultaría deseable, en aras de la unificación del sistema, que siguiera la línea trazada por la CIDH, y en ejercicio de su capacidad para regular su competencia, estableciera que si el derecho de que se trata (recogido en la DADHH) no está previsto en el PSS, o el Estado no es parte de dicho tratado, la CortelDH resulta competente para analizar la violación a la DADDH.

No obstante, esta propuesta choca abiertamente con la restricción de competencia de la CortelDH y la propia CIDH en torno a la posibilidad de pronunciarse sobre violaciones al PSS. Esta es pues, la segunda inconsistencia, que surge cuando la CIDH restringe su competencia para pronunciarse sobre la DADHH si el derecho se encuentra recogido en un tratado del que el Estado es parte. Pensemos por ejemplo en el derecho a la seguridad social. Si estuviéramos frente a un Estado que no es parte del PSS la CIDH se adjudicaría la competencia para conocer las posibles violaciones al artículo XVI de la DADDH. No obstante, si el Estado fuera parte del PSS, en la medida que dicho derecho se encuentra protegido por el artículo 9, la CIDH declinaría su competencia con respecto a la DADHH, ello pese a que en los términos del PSS el artículo 9 no resulta judicializable.

Este punto es controversial, y ciertamente central en el análisis de la presente investigación. Al margen de las consideraciones que posteriormente se harán y que tienen como fundamento un mayor desarrollo jurisprudencial en torno a la judiciabilidad de los DESC, consideramos que si bien normativamente el PSS restringe la competencia de los órganos en materia de DESC, si la mencionada contradicción va a seguir operando en el sistema, como de hecho lo viene haciendo, lo lógico sería extenderla al campo de la competencia de la CortelDH, de manera que al menos, aún dentro de un sistema contradictorio, hubiera cierta coherencia.

Así las cosas, si bien puede considerarse que alinear el sistema en los términos propuestos implicaría una modificación sustancial a las reglas establecidas en los

tratados por los propios Estados, a la fecha el accionar de los órganos de control (en especial de la CIDH) y las interpretaciones que estos órganos realizan en relación con las normas de DESC ya han superado los límites positivos planteados en los tratados. En este sentido, como se analizará al final de este capítulo, surgen dos opciones: o se mantiene el sistema dentro de los límites establecidos por la norma escrita o se plantea un desarrollo jurisprudencial amplio y armónico que deje de lado las inconsistencias.

2.2.2. La judiciabilidad de los de DESC a través de la denuncia por violación a un DCP

Una segunda estrategia para lograr la judiciabilidad de los DESC, que ha sido desarrollada en los últimos años gracias al ejercicio argumentativo de los abogados defensores de derechos humanos, y a los pronunciamientos de los órganos internacionales de protección de derechos, es la tramitación de un caso que, si bien plantea una denuncia por violación a un DCP, entraña en última instancia la violación a un DESC. Esta línea de acción, que también se ha desarrollado en otros sistemas de derechos humanos distintos al interamericano, toma como punto de partida la idea de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, criterio que será analizado al detalle más adelante.

De acuerdo con Abramovich, esta estrategia se operativiza a partir de cuatro grandes tipos de demandas: i) aquellas que plantean una violación de un DESC en virtud del derecho a la igualdad y mandato de no discriminación; ii) la violación de un DESC que se encuentra limitado por un DCP, cuando este último excede sus márgenes de acción; iii) la violación de un DESC a partir de la violación del derecho al debido proceso legal; y iv) la violación de un DESC a partir de la violación del derecho a la protección judicial.¹⁹⁶

A nivel de la CorteIDH tal vez el caso más simbólico sea el caso Cinco Pensionistas vs. Perú, donde la CorteIDH declaró la responsabilidad internacional del Estado peruano por violación al derecho a la propiedad (consagrado en el artículo 21 de la CADH), consistente en la privación del derecho a percibir una pensión nivelada de un grupo de jubilados de la Superintendencia de Banca y Seguros. Así, en dicho fallo la CorteIDH señaló

¹⁹⁶ Al respecto ver. ABRAMOVICH, Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit.

(...) el 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.¹⁹⁷

Y partir de dicho razonamiento realizó un análisis exhaustivo en torno al contenido y protección otorgada por las leyes peruanas en materia de nivelación de pensiones. De esta manera, a través de un derecho civil como es la propiedad, la CortelDH otorgó protección al derecho humano a la seguridad social. Este mismo razonamiento, como ya se ha analizado, fue retomado en el caso Acevedo Jaramillo vs. Perú, respecto de pensionistas de la Contraloría General de la República,¹⁹⁸ y, aunque con un resultado contrario, por la CIDH en el caso Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú.¹⁹⁹

Un segundo derecho respecto del cual la CortelDH se ha pronunciado indirectamente es el derecho de libertad sindical. En los casos Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Huilca Tecse vs. Perú,²⁰⁰ Cantoral Huamaní y otros vs. Perú,²⁰¹ y Kawas Fernández vs. Honduras,²⁰² la Corte analizó indirectamente dicho derecho a través de la violación del artículo 16 de la CADH, referido a la libertad de asociación,²⁰³ concluyendo que:

El artículo 16.1 de la Convención establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Además, gozan del derecho y la libertad de reunirse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad. Al igual que estas obligaciones negativas, de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita. Como lo ha determinado anteriormente, la Corte considera que el ámbito de protección del artículo 16.1 incluye el ejercicio de la libertad sindical.²⁰⁴

¹⁹⁷ Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafo 102.

¹⁹⁸ Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Op. Cit.

¹⁹⁹ CIDH. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Op. Cit.

²⁰⁰ Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

²⁰¹ Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167

²⁰² Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196

²⁰³ Cabe precisar que en estos casos la CortelDH no pudo ampararse en lo previsto por el artículo 8 del PSS, en tanto en el primer caso, al momento en que ocurrieron los hechos, Panamá no había ratificado dicha norma, y en los demás casos sólo se alegó la violación del artículo 16 de la CADH (libertad de asociación), más no el artículo 8 del PSS, sin que la CortelDH recurriera al principio de *iura notvit curiae*.

²⁰⁴ Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Op. Cit., párrafo 144.

En dichos casos la CortelDH ha establecido claramente el nexo entre la libertad de asociación y la libertad sindical, mencionando inclusive normativa de la OIT en torno a la protección de esta última, y estableciéndose que la libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona. De esta manera, la CortelDH concluyó que los Estados tienen la obligación de investigar con debida diligencia y en forma efectiva los crímenes contra dirigentes sindicales, teniendo en cuenta que la falta investigación de dichos hechos tiene un efecto amedrentador que impide el ejercicio libre de los derechos sindicales. Dicha debida diligencia se acentúa en contextos de violencia contra el sector sindical.²⁰⁵

En este contexto, la obligación de garantía, y sus obligaciones derivadas como la prevención, investigación, sanción y reparación resultan, a través del razonamiento de la CortelDH plenamente aplicables a la supervisión del cumplimiento de los DESC.

Un tercer ejemplo de este tipo de casos se revela en el caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. En dicho caso la CortelDH concluyó que el desplazamiento de los miembros de la Comunidad de las tierras en las que habían habitado tradicionalmente ocasionó que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento. Asimismo, señaló la CortelDH, 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.²⁰⁶

Pero la CortelDH fue más allá y además de pronunciarse sobre el derecho a la vivienda señaló que las condiciones por las que atravesaban los miembros de la comunidad impactaban negativamente en la debida nutrición de estos, a la vez que generaba deficiencias en la educación que reciben los niños y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud,²⁰⁷ reseñando en su fallo el pronunciamiento del CDESC en torno al derecho a la salud y los pueblos indígenas, que establece que:

[]los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales [...].

²⁰⁵ Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Op. Cit., párrafo 146.

²⁰⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 165.

²⁰⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Op. Cit, párrafo 165.

Para las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que [...] la [...] pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones²⁰⁸.

De esta manera, la CorteIDH concluyó que “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”.²⁰⁹ Queda reflejado de esta manera las consideraciones de la Corte en torno a que los derechos humanos (los DCP y los DESC) poseen una relación de interdependencia que hace que el disfrute de unos impacte en el disfrute de otros.

Haciendo referencia también a las condiciones necesarias para la vida digna, en el caso Villagrán Morales vs. Guatemala, la CorteIDH estableció 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.²¹⁰

En el mismo sentido, la CorteIDH ha analizado la interrelación existente entre el derecho a la vida y el derecho a la salud en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, referido a una persona con discapacidad que fue sometida a condiciones de hospitalización inhumanas y degradantes, que terminaron con su muerte. En dicho caso, pese a que el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad, la CorteIDH consideró pertinente analizar ciertos aspectos relativos a la violación de los derechos a la vida e integridad por ser la primera vez que tenía la oportunidad de pronunciarse sobre la violación de los derechos de una persona que padecía una discapacidad mental. Al respecto, la CorteIDH consideró que:

²⁰⁸ CDESC. Observación General 14. **Op. Cit.**, párrafo. 27.

²⁰⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Op. Cit, párrafo 167.

²¹⁰ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. 32. Op. Cit, párrafo 144.

*Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar **el acceso de las personas a servicios de salud básicos**; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales.*

La Corte considera que las precarias condiciones de funcionamiento de la Casa de Reposo Guararapes, tanto en cuanto las condiciones generales del lugar como la atención médica, se distanciaban de forma significativa a las adecuadas para ofrecer un tratamiento de salud digno, particularmente en razón de que afectaban a personas con una gran vulnerabilidad por su discapacidad mental, y eran per se incompatibles con una protección adecuada de la integridad personal y de la vida.²¹¹

A nivel de la CIDH, pese a que como se ha señalado, ésta posee una competencia más amplia para conocer violaciones a los DESC, también existen casos de denuncias que si bien inicialmente plantean una problemática en torno a un DCP, implican en última instancia a una violación un DESC. Así, en el caso Víctor Rosario Congo vs. Ecuador, la CIDH concluyó que mantener a una persona bajo custodia enferma y sin tratamiento médico constituye una violación del derecho a la seguridad personal,²¹² y que la omisión de brindarle las medidas necesarias de acuerdo a las características de la persona (asistencia médica y psicológica), infringe los derechos a la vida y la salud, aunque jurídicamente sólo se declaró la violación del artículo 4 de la CADH.²¹³

Siguiendo esta línea, en el caso César Cabrejos Bernuy vs. Perú la CIDH se pronunció sobre la violación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 25 de la CADH, debido al incumplimiento de sentencias de las cortes nacionales que ordenaban la reincorporación de la víctima al cargo de Coronel de la Policía Nacional del Perú, reincorporación que formaría parte de las condiciones mínimas de trabajo.²¹⁴

Esta estrategia no es exclusiva del sistema interamericano. A nivel universal, un ejemplo clásico de la utilización de los derechos civiles y políticos para lograr el análisis indirecto de un DESC se ha dado en el marco del Comité de Derechos Humanos con el caso Zwaan-de Vries c. Países Bajos. En dicho caso, la denuncia planteó que la legislación nacional otorgaba beneficios de desempleo a hombres casados y no a mujeres casadas, por lo que resultaba discriminatoria. El Comité, avalando la denuncia, sostuvo que la legislación discriminatoria en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales puede violar el derecho a la igualdad consagrado en el PIDCP.²¹⁵

²¹¹ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Op. Clt., párrafos 128 y 132.

²¹² CIDH. Víctor Rosario Congo. Informe N°63 /99. Caso 11.427 (Ecuador), párrafo 65.

²¹³ CIDH. Víctor Rosario Congo. Op. Cit, párrafos 70 a 84.

²¹⁴ CIDH. César Cabrejos Bernuy. Informe N° 100/00. Caso 11.800 (Perú).

²¹⁵ F. H. Zwaan-de Vries v. the Netherlands, Communication No. 182/1984 (9 April 1987), U.N. Doc. Supp.

Asimismo, órganos de la ONU como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer o el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, han venido conociendo casos vinculados a la protección de DESC desde la perspectiva de la discriminación, ya que los tratados que ambos tutelan contemplan la protección de la discriminación contra la mujer y la discriminación racial, respectivamente, en relación con una serie de derechos, entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho al trabajo.

A nivel regional europeo también se han producido ejemplos de esta práctica. Así, en el caso *Salesi c. Italia*, o *Schouten y Meldrum c. Países Bajos*, la Corte Europea de Derechos Humanos analizó el derecho de acceso a un tribunal (de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) en un asunto en el que se debatían cuestiones vinculadas con la igualdad en materia de empleo.²¹⁶ En el mismo sentido, en el caso *Van Raalte c. Países Bajos*, la Corte Europea analizó una situación de distinción por sexo vinculada a la obligación de las personas de realizar contribuciones a un sistema prestaciones familiares.²¹⁷

Si bien los casos reseñados no agotan aquellos que han sido tramitados por los órganos de derechos humanos bajo la estrategia de la judiciabilidad directa a través de la violación de un DCP, sí permiten mostrar una idea general acerca de cómo se desenvuelve esta estrategia, y como viene operando una tendencia asentada en la noción de indivisibilidad e interdependencia. Así lo han señalado Abramovich y Courtis al considerar que

*Dada la interdependencia de los derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, en muchos casos las violaciones de los primeros resultan también en violaciones de los segundos, y viceversa". La tajante diferenciación entre ambas categorías suele desdibujarse cuando se procura identificar los derechos violados en los casos concretos. Muchas veces el interés tutelado por un derecho civil cubre también el interés tutelado por la definición de un derecho social. El límite entre una y otra categoría de derechos resulta ciertamente borroso.*²¹⁸

Pero la aplicación de esta estrategia va más allá, y si bien el análisis de la violación de un DESC es indirecto en estos casos, al momento de señalar las reparaciones a

No. 40 (A/42/40) at 160 (1987).

²¹⁶ European Court of Human Rights, *Case of Salesi v. Italy*, Judgment of 26 February 1993; *Case of Schouten and Meldrum v. The Netherlands*, Judgment of 9 December 1994.

²¹⁷ European Court of Human Rights, *Case of Van Raalte v. The Netherlands*, Judgment of 21 February 1997.

²¹⁸ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Ed. Trotta, 2002, p. 200.

adoptar, los órganos de protección establecen medidas cuya satisfacción está directamente vinculada a la satisfacción de un DESC, incluso en aquellos casos donde la vulneración a este tipo de derechos no es tan evidente.

Sobre este punto, es generalmente aceptado que las formas clásicas de reparación son las siguientes:

- a. La restitución: se trata de aquellas medidas que buscan restablecer la situación de la víctima antes de la conculcación del derecho.
- b. La compensación: define a aquellas medidas que buscan cuantificar el daño económico, físico y mental, así como moral en algunos casos.
- c. La rehabilitación: se entiende por este concepto a aquellas medidas que buscan brindar cuidado médico, psicológico y social, así como servicios legales.
- d. La satisfacción y garantía de no repetición: se trata de diferentes medidas que buscan que cese la violación, disculpas oficiales, así como medidas judiciales de sanción a los perpetradores de las violaciones.

No obstante, como afirman algunos autores hoy en día se puede advertir que este enfoque clásico ha cobrado nuevos matices ante determinadas violaciones que entrañan procesos sociales de fondo, como es el caso de los escenarios post conflicto o de graves violaciones a poblaciones históricamente marginadas.²¹⁹ De este modo, las reparaciones se han convertido en programas de “cobertura masiva” que buscan “proveer beneficios directos a las víctimas de cierto tipo de crímenes”.

Al parecer sería la postergación en la que estas víctimas especiales se encuentran lo que ha motivado a la CortelDH en dar un paso adicional al mero *restitutio ad integrum* y brindar solución real en derechos económicos y sociales a las víctimas, al margen que el fondo del asunto se trate de la vulneración de un DCP.²²⁰ Es decir, más allá de la factual vulneración, la CortelDH entendió que una verdadera reparación implicaba

²¹⁹ DE GREIFF, Pablo. Justice and Reparations. En: The handbook of reparations. Oxford University Press, 2006, p. 451. Ver también LAPLANTE, Lisa J. “On the indivisibility of Rights: Truth Commissions, Reparations, and the Right to Development”. En: Yale Human Rights and Development Law Journal. 2007. p. 145 y ss. Ver: <http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-32522907_ITM>.

²²⁰ Como ejemplos de esto puede revisarse, entre otros, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

necesariamente mejorar las condiciones económicas y sociales de las víctimas en cuestión. Con esta nueva mirada, se afirma la interdependencia, se revela la especial atención que estos derechos merecen hoy en día, y se demuestra que, en última instancia, la problemática de la violación a un DCP no sólo puede implicar afectaciones a un DESC, sino que su reparación, para que sea plena, requiere medidas orientadas a la protección o restitución de este último. En este sentido, dejar de lado el análisis de la violación de un DESC no sólo resultaría incompleto y poco protector de la integralidad de los derechos humanos, sino que incluso podría llevar a una interpretación o protección equivocada de un derecho, al sólo analizarse las implicancias de la violación sobre un DCP, pero generando medidas de reparación orientadas a un DESC.

Un ejemplo de ello, que incluso no fue determinado por los órganos de control, sino asumido por el propio Estado, son las reparaciones en el Acuerdo de Solución Amistosa del caso Mamérita Mestanza vs. Perú, motivado por la muerte de la víctima a raíz de una infección posoperatoria luego intervención quirúrgica de esterilización, sin ser informada de las consecuencias, y sin contar con una adecuada atención médica. En dicho acuerdo, además de las medidas de reparación pecuniaria, se estableció el compromiso del Estado peruano de

*(...) otorgar a los beneficiarios, por única vez, la suma de siete mil dólares americanos (US \$ 7,000.00 y 00/100), por concepto del tratamiento de **rehabilitación psicológica**, que requieren los beneficiarios como consecuencia del fallecimiento de la señora María Mamérita Mestanza Chávez. Dicho monto será entregado en fideicomiso a una institución, pública o privada, la cual se constituirá en fideicomisaria, con el objeto de administrar los recursos destinados a brindar la atención psicológica que requieren los beneficiarios. (...)*

*Asimismo, el Estado peruano se compromete a brindar al esposo e hijos de María Mamérita Mestanza Chávez, **un seguro permanente de salud a través del Ministerio de Salud o de la entidad competente**. El seguro de salud para el cónyuge superviviente será permanente, y el de sus hijos, mientras no cuenten con un seguro de salud público y/o privado (el resaltado es nuestro).²²¹*

En relación con las reparaciones ordenadas por la CortelDH, un ejemplo claro de esta tendencia lo encontramos en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil. En dicho caso, pese a que la víctima había fallecido, la CortelDH estableció reparaciones en salud que no estaban destinadas ni a la víctima (pues esta había fallecido) ni a sus familiares. Así, la CortelDH dispuso que:

²²¹ CIDH. Caso Mamérita Mestanza vs. Perú. Informe N° 70/03. Acuerdo de solución amistosa. Caso 12.191, cláusula octava.

*El Estado debe continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la presente Sentencia, en los términos del párrafo 250 de la misma*²²².

Pero la CortelDH también ha otorgado reparaciones vinculadas a la satisfacción de DESC en atención directa a las víctimas. Así, en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras* dispuso la obligación del Estado de brindar gratuitamente, de forma inmediata y por el tiempo que sea necesario, el tratamiento psicológico y/o psiquiátrico a los familiares de la víctima;²²³ y en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* dispuso la constitución de un órgano independiente e imparcial facultado para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso de la República o, en caso contrario, fijar las consecuencias jurídicas correspondientes, que incluían las compensaciones debidas en función de las circunstancias específicas de cada una de esas personas.²²⁴

Asimismo, en el ya referido caso *César Cabrejos Bernuy vs. Perú*, donde se discutía la violación del derecho de acceso a la justicia por el no cumplimiento de una reposición ordenada por mandato judicial, dentro de las recomendaciones adoptadas en su informe de fondo la CIDH dispuso:

*Cumplir el mandato judicial emitido por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del 5 de junio de 1992, reincorporando al señor Cabrejos Bernuy a su cargo de Coronel de la Policía Nacional, pagándole los salarios y demás remuneraciones que ha dejado de percibir desde la fecha de su pase a retiro, y otorgándole todos los demás beneficios que le corresponden como Coronel de la Policía, **incluyendo de ser el caso los relativos a su jubilación; o subsidiariamente, pagarle los salarios y demás remuneraciones que le corresponderían como Coronel de la Policía Nacional, hasta la edad legal de jubilación, pagándole también en ese caso los salarios que ha dejado de percibir desde la fecha de su retiro y otorgándole todos los demás beneficios económicos que le corresponden como Coronel de la Policía Nacional, incluyendo de ser el caso los relativos a su jubilación*** (el resaltado es nuestro).²²⁵

Los ejemplos presentados hacen innegable el carácter social y económico que tiene las medidas de las reparaciones ordenadas por los órganos de control del sistema

²²² Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Op. Cit., punto resolutivo 8.

²²³ Corte IDH. Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*. Op. Cit., punto resolutivo 13.

²²⁴ Corte IDH. 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, punto resolutivo 4.

²²⁵ CIDH. *César Cabrejos Bernuy*. Op. Cit, parágrafo 54.2.

interamericano. Y ello, desde nuestra perspectiva, no debe ser considerado descabellado ni extralimitado a sus competencias, sino una muestra concreta de cómo, al ser los derechos humanos indivisibles e interdependientes, no sólo la violación de un derecho puede implicar la violación de otro, sino en el mismo sentido, la reparación plena de un derecho se producirá siempre y cuando se hayan reparado todos los derechos conexos violados.

Habiendo analizado las dos posibilidades de judiciabilidad directa de los DESC queda pendiente ahora establecer la idoneidad o no de estos mecanismos, así como el panorama a futuro en torno a la judiciabilidad de los DESC, tanto en el sistema interamericano como en los diferentes sistemas de protección.

2.3. La superación de la soberanía estatal a partir de la judiciabilidad de los DESC: ¿imposición o evolución?

Hemos visto en el presente capítulo cómo el sistema interamericano ha venido desarrollando diferentes estrategias o mecanismos indirectos para lograr la judicialización de los DESC. Si bien en algunos casos estos mecanismos cuentan con el respaldo de una norma, como la DADDH (o incluso podríamos pensar en los casos de violación del artículo 26 a los que se ha hecho referencia en el Capítulo I), lo cierto es que la atribución de la competencia material a la CIDH y más aún a la CorteIDH no es expresa.

Esto a primera vista puede llevar a interpretar que los órganos de protección se han extralimitado en su actuación, en la medida que establecen jurisprudencialmente mecanismos de justiciabilidad que no están previstos en la norma y que no fueron intencionalmente diseñados por los Estados, ya que como se ha visto en el Capítulo I de este trabajo, hubieron claras razones (equivocadas o no) para restringir las posibilidades de judiciabilidad a los DESC.

No obstante, una segunda lectura, más profunda, que tome en cuenta la finalidad tuitiva del DIDH, debería llevarnos a entender esta evolución de la justiciabilidad de los DESC como acorde con el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos, tantas veces reafirmado y que requiere una operativización concreta. A nuestro entender, carece de sentido postular reiteradamente la indivisibilidad, interdependencia y complementariedad a nivel teórico, sin que en la práctica la normativa sustantiva y orgánica refleje tales características.

Si bien los órganos de protección de derechos humanos han sido tímidos en afirmar expresamente su competencia para el trámite de denuncias por violaciones a DESC, y si bien la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos no aparece expresamente señalada en todos sus pronunciamientos, la aplicación de estos mecanismos indirectos de judiciabilidad, en particular aquellos que tienen que ver con la tramitación de un caso de DESC a través de una violación a un DCP, ciertamente reflejan una línea de pensamiento en donde estos elementos estén presentes. De igual modo, no puede negarse que la interpretación utilizada para habilitar la competencia de la CIDH a conocer violaciones a la DADDH se encuentra inspirada justamente por los principios de indivisibilidad e interdependencia, y es en virtud de éstos que dicho órgano puede pronunciarse sobre casos que impliquen transgresiones a los DESC.

Ejemplo de lo anterior es el pronunciamiento de la CortelDH en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*. Allí la CortelDH señaló que:

*El Estado admitió que la labor de Blanca Jeannette Kawas Fernández era desarrollada “en su condición de defensora de los derechos humanos y de la conservación del medio ambiente y los recursos naturales” y reconoció “los distintos logros que se derivaron de sus diferentes actividades”. A propósito de dicho reconocimiento, este Tribunal considera oportuno resaltar que la defensa de los derechos humanos no sólo atiende a los derechos civiles y políticos; **esta labor abarca necesariamente las actividades de denuncia, vigilancia y educación sobre derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana, la Carta Democrática Interamericana y por este Tribunal en su jurisprudencia.** En igual sentido se ha expresado la Relatora Especial de las Naciones Unidas Sobre la Situación de los Defensores de los Derechos Humanos, al concluir que la protección debida a los defensores “no depende de si la labor principal de los defensores [...] se centra en derechos civiles y políticos o en derechos económicos, sociales y culturales”.*²²⁶

Si bien en el presente caso la CortelDH estaría pronunciándose con respecto, no de la tarea que ella misma realiza en defensa de los derechos humanos, sino de la que llevan a cabo los defensores en las jurisdicciones internas de sus Estados, el reconocimiento de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos no puede surtir efecto únicamente en sede interna, sino que necesariamente debe aplicarse en todas las instancias de protección y defensa de derechos. Así la como satisfacción de los derechos humanos debe ser integral, la judicialización por

²²⁶ Corte IDH. Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, Op. Cit., párrafo.

violaciones a los mismos (en caso se creen los mecanismos), también.

De manera similar, jueces de la CorteIDH se han pronunciado en torno a este punto. Así, en el caso Villagrán Morales vs. Guatemala, los jueces Cancado Trindade y Abreu Burelli consideraron que:

*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. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente al mismo tiempo, **al dominio de los derechos civiles y políticos, así como el de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos** (el resaltado es nuestro).²²⁷*

Es entonces en virtud de lo anterior que consideramos que el desarrollo jurisprudencial del sistema interamericano, antes que vulnerar los principios del DIDH, acomoda las normas e instituciones existentes a dichos principios, en aras de lograr una plena y efectiva protección a los derechos de las personas. Este razonamiento se puede ver de alguna manera en el planteamiento de Perez Luño, que en relación con los DCP DESC consideró que:

*(...) uno y otro tipo [de derechos] se consideran como en un conjunto en el que los derechos civiles y políticos son condición previa necesaria pero no suficiente de la libertad e igualdad, que sólo serían reales y efectivas con la completa extensión de los derechos sociales, por lo que no hay – o no debería haber – diferencias sustanciales entre unos y otros en cuanto a su fundamentación, a su titularidad, a la necesidad de respeto y la gravedad de su negación o violación y, en fin, **a los mecanismos jurídicos básicos predisponibles para su protección.***²²⁸

Ahora bien, un argumento en contra de esta posición sería que, en virtud de actos soberanos los Estados adoptaron no sólo tratados separados para abordar los DCP y los DESC, sino que establecieron también mecanismos de judicialización diferentes, y que prueba de esta intencionada distinción es que a la fecha no existe aún un sistema pleno de judiciabilidad de los DESC.

Si bien la fuerza publicista de este argumento no se puede negar, cabe hacer dos

²²⁷ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Op. Cit. Voto concurrente de los jueces Cancado Trindade y Abreu Burelli, parágrafo 4. En el mismo sentido ver Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del juez ad hoc Ramón Fogel; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez; y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Voto concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes, parágrafo 1.

²²⁸ PEREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 203.

consideraciones. Una primera tiene que ver con el hecho de que actualmente asistimos a una marcada intencionalidad de los Estados por generar mecanismos amplios de protección de los DESC. Prueba de ello es el recientemente aprobado Protocolo Facultativo al PIDESC diseñado por los Estados en ejercicio de su soberanía. En este sentido, pese a que la vinculación a una norma convencional no procede con la adopción de esta, sino con la expresa manifestación de voluntad, llevada a cabo mediante la ratificación del tratado o, en todo caso, mediante la firma al mismo, el que el tratado no haya entrado en vigor, y no cuente con un amplio número de firmas, no puede llevar a negar que dicho proceso refleja la temperatura de la comunidad internacional en relación con el carácter justiciable de los DESC. Si los Estados fueran reticentes a establecer mecanismos que permitan interponer denuncias individuales por violación de los DESC, dicho tratado no se hubiera adoptado.

Pero por otro lado, debe tenerse presente que en algunas circunstancias la soberanía de los Estados ya ha sido puesta de lado cuando de la protección al ser humano se trata, ocurriendo el fenómeno que Carrillo Salcedo denomina de “erosión” y relativización del principio de soberanía. Así, por ser soberanos los Estados van a asumir obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la sociedad en su conjunto.²²⁹ Ciertamente cuando los Estados diseñaron los instrumentos internacionales de derechos humanos, la conciencia acerca de la interdependencia de estos no era manifiesta. Sería recién a partir del desarrollo jurisprudencial, que los órganos de protección se encontrarían con un obstáculo no teórico, sino real: no era posible otorgar una adecuada protección a las personas por violación a sus derechos si estos no eran abordados de manera integral. En este sentido, no los DESC como atribuciones del ser humano, sino el principio de interdependencia e indivisibilidad, reclama hoy en día primar sobre los actos soberanos de los Estados, por ser la única manera de otorgar plena protección al ser humano ante las violaciones a sus derechos.

De esta manera, como ya hemos dejado planteado al inicio de este capítulo, la indivisibilidad e interdependencia debe saltar del DIDH sustantivo al DIDH adjetivo creado por los Estados. Lo contrario implicaría negar una efectividad plena a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos que, como hemos visto, ha venido siendo constantemente afirmada desde diferentes esferas. Decir que los

²²⁹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y derechos humanos. 2da edición. Madrid: Tecnos, 2001, p. 17.

derechos humanos son indivisibles e interdependientes, que el disfrute de uno o la violación de uno afectan el disfrute o la violación de otro, y no dar el salto a postular la necesidad de adoptar mecanismos conjuntos de judiciabilidad, sería vaciar de contenido a dicho principio.

Por otro lado, desde la perspectiva procesal, esta tesis idea se apoya, en el argumento de que si bien un mismo hecho puede generar afectaciones simultáneas a un DCP y a un DESC, no es posible delimitar con precisión los ámbitos de protección de cada uno. Así, siguiendo a Abramovich, la interdependencia de los DCP y DESC genera que en muchos casos las violaciones de los primeros resulten también en violaciones de los segundos, y viceversa. Es ahí donde la diferenciación entre ambas categorías suele desdibujarse, cuando se procura identificar los derechos violados en los casos concretos. Muchas veces el interés tutelado por un derecho civil cubre también el interés tutelado por la definición de un derecho social, de manera que el límite entre una y otra categoría de derechos resulta borroso.²³⁰

Finalmente, aún si con los argumentos principistas y de Derecho procesal, la aceptación de esta tesis resulta una empresa no del todo sencilla, se puede mencionar un tercer gran argumento de naturaleza práctica: los órganos del sistema interamericano (tanto jurisdiccionales como no), vienen estableciendo medidas de reparación cuyo contenido son la satisfacción de DESC, pese a no declarar internacionalmente la responsabilidad del Estado por violación a estos derechos.

Cuando en los años 1950 y siguientes los Estados debatieron sobre la naturaleza de los derechos y acordaron no establecer mecanismos de judicialización directa respecto de los DESC, no fue tanto por el temor a una declaración nominal de responsabilidad internacional por violación de DESC. Es más, si aceptamos la tesis planteada en aquella época de que los DESC no eran verdaderos derechos, no importaría (desde esta perspectiva) que se responsabilice a un Estado por incumplir un mandato que no es íntegramente vinculante. El argumento detrás de esta limitación a los mecanismos de control, debe haber sido, y de hecho las referencias a los debates que aquí hemos presentado lo demuestran, la negativa a aceptar que un órgano de control (luego de resolver una denuncia individual) dispusiera la satisfacción concreta de un DESC. No obstante, como se ha visto en casos a los que se ha hecho referencia en este mismo capítulo, los órganos de control sí vienen generando mandatos concretos con medidas

²³⁰ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Ed. Trotta, 2002, p. 200.

concretas para satisfacer DESC, aunque éstos estén inspirados en otorgar protección a los DCP que han sido vulnerados. Este desarrollo no hace sino dar la razón a la tesis de que el principio de indivisibilidad e interdependencia subyace, y que no resulta posible otorgar una adecuada protección a los derechos humanos si el problema no se aborda de manera integral.

En este sentido, habiendo un primer momento refutado la tesis de que la progresividad es un impedimento para la judicialización, postulamos ahora que no sólo no existe obstáculo real para el establecimiento de dichos mecanismos, sino que en virtud de la indivisibilidad e interdependencia, postulada como principio del DIDH, los órganos de protección de derechos, deberían estar habilitados a estudiar las implicancias de un hecho violatorio de derechos humanos, al margen de que la obligación omitida sea de naturaleza progresiva o autoaplicativa, o emane de un DCP o DESC. El desarrollo jurisprudencial que viene operando en el sistema interamericano (y que ciertamente se da con mayor fuerza a nivel de la CIDH – órgano no jurisdiccional-) no sólo no resulta contrario al DIDH, ni atentatoria de la soberanía estatal, sino que perfecciona, sobre la base del respeto de los principios del Derecho, un sistema de protección que permite la plena tutela del ser humano, por lo que esperamos que en un futuro cercano opere una suerte “sinceramiento” por parte de los Estados pertenecientes a todos los sistemas de protección de derechos humanos del mundo y se permita de manera expresa la tramitación de denuncias individuales por violación a los DESC. Mientras ello ocurra, esperamos que este desarrollo regional genere el impacto suficiente para ser replicado en los diferentes sistemas de protección de derechos humanos del mundo. Sólo así será posible otorgar una garantía plena a los derechos de la persona que le permitan condiciones mínimas de existencia.

Conclusiones

1. En la línea histórica de la consagración normativa del DIDH, se produjo una conveniente bifurcación entre los DCP y los DESC que responde más a una opción política de los Estados, y a una mala comprensión del concepto de progresividad, que a la naturaleza material de los derechos humanos. Los Estados postularon, entre otros argumentos que, a diferencia de los DCP, los DESC implican un mayor costo (y por lo tanto un mayor tiempo) para su cumplimiento, razón por la cual no existían parámetros objetivos para determinar qué Estados satisfacían adecuadamente estos derechos (y en qué tiempo), y qué Estados no lo hacían. Esto en virtud de que el cumplimiento de un DESC dependería en gran medida de la diferente capacidad económica de los Estados.
2. Este razonamiento dio lugar a la tesis de las “generaciones derechos” que postulaban tres categorías jerárquicamente diferenciadas. Los derechos de Primera generación comprendían los DCP por considerar derechos que sólo generaban obligaciones negativas (de no hacer), por lo que su supervisión y cumplimiento eran objetivamente verificables. Por su parte los derechos de Segunda generación, referidos a los DESC, no eran considerados verdaderos derechos en tanto las obligaciones emanadas de estos eran obligaciones positivas (de hacer) que implicaban costos para su ejecución. Ello, tomando en consideración la diferente realidad económica de los Estados, llevó a postular que no era posible establecer parámetros de cumplimiento objetivos. Finalmente los derechos de Tercera generación son aquellos considerados emergentes, como el derecho a la paz o al medio ambiente, que poseen como sujeto beneficiario a la humanidad en general, y que por su contenido difuso se ubican jerárquicamente por debajo de los DESC.
3. La distinción planteada por los Estados resulta artificial. La progresividad no ha impedido que se generen mecanismos de control por el examen de informes periódicos (aunque estos sean procedimientos de naturaleza no contenciosa), mecanismo que además viene contribuyendo a la generación de estándares sobre el cumplimiento de los DESC.

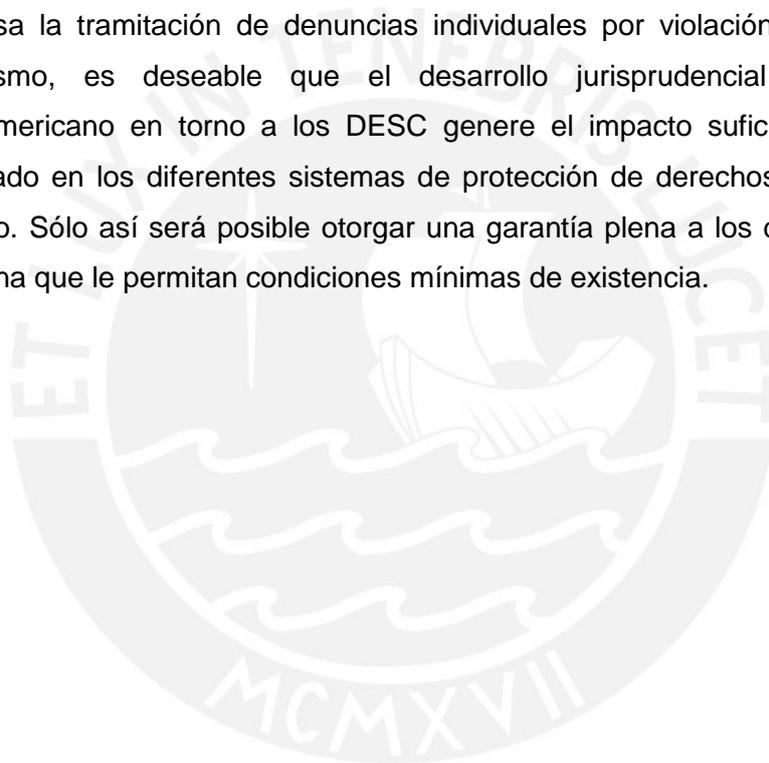
4. La noción de progresividad tiene un doble significado: por un lado gradualidad y por otro lado progreso. La gradualidad de la implementación se condiciona recíprocamente con el progreso social, que tiene como corolario el mandato de no regresividad injustificada.
5. Si bien los DESC tendrán un mayor contenido programático, la progresividad es característica de todos los derechos humanos, no solo de los DESC. En este sentido, siendo posible interponer denuncias por violación a la progresividad respecto de un DCP, debería ser posible interponerla en relación con la vulneración de un DESC.
6. Los DESC no sólo implican obligaciones progresivas. El CDESC ha destacado dos obligaciones de naturaleza autoaplicativa que los Estados deben satisfacer: la adopción inmediata de medidas (progresivas o no) para satisfacer los DESC, y la incorporación del mandato de no discriminación durante el diseño y aplicación de dichas medidas.
7. Existe también, derivada de la progresividad, una obligación de no regresividad. Esta se encuentra también presente tanto en los DESC como en los DCP, e implica el deber de no generar retrocesos en el disfrute de los derechos que las personas gozan. Esta regresión puede generarse tanto por la acción (positiva) del Estado como por su omisión.
8. Si bien se toleran medidas regresivas, existe en el marco de los DESC un “contenido esencial” de los mismos que todos los Estados deben respetar y que se encuentra orientado a la satisfacción de las necesidades mínimas de una persona. Si dicho contenido mínimo es identificable, debería serlo también su violación, por lo que sería posible generar estándares de cumplimiento.
9. No sólo la regresividad injustificada vulnera el principio de progresividad. Entendiendo a la progresividad como “avance”, el estatismo o inacción de un Estado también genera vulneraciones a la progresividad.
10. No sólo los DESC constituyen verdaderos derechos plenamente obligatorios para todos los Estados que aceptan formar parte de un tratado en dicha materia, sino que la supuesta inhabilitación teórica para impedir el establecimiento de mecanismos de control (en especial el de denuncias individuales) queda descartada luego de una comprensión plena del concepto

de “progresividad”. Esto queda demostrado si se toma en consideración que en el marco del sistema interamericano de derechos humanos se vienen tramitando denuncias por violación al artículo 26 de la CADH que consagra el cumplimiento progresivo de los DESC.

11. desde 1950 se viene señalando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos como estándar a tomar en cuenta en el cumplimiento de los DESC. Éste tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana, entendida como la necesidad de dotar al ser humano de las condiciones básicas para permitir su libertad de elección y acción.
12. En la práctica, si bien el camino seguido por los DESC hasta su positivización en tratados tiene como corolario la aparición de mecanismos formales de control limitados, los órganos de protección del sistema interamericano han venido desarrollando una serie de “mecanismos indirectos” de judicialización de estos derechos. Estos mecanismos, que operan en mayor o menor medida dentro de los marcos normativos establecidos por los Estados, son la judicialización de los DESC, por parte de la CIDH, aplicando la DADDH; y el trámite de denuncias individuales por violación a DCP que entraña una violación solapada de DESC. En su razonamiento, los órganos de protección toman como principal punto de partida la consagrada idea en torno a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, antes que un absoluto respeto por la soberanía estatal plasmada en los tratados.
13. La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos va por tanto camino a la consolidación como principio del DIDH, a partir de la aplicación de estos mecanismos indirectos de judicialización de los DESC. En virtud de dicho principio, la artificial diferencia en torno a los mecanismos de judiciabilidad directa de los DESC debe desaparecer, y el principio de indivisibilidad e interdependencia debe saltar del DIDH sustantivo al DIDH adjetivo, de manera que se lo dote de plena efectividad. Este planteamiento se ve respaldado con la reciente adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, que da cuenta de la conciencia compartida entre las naciones en torno a que es posible y necesario generar mecanismos de control para los DESC.
14. Asimismo, en la práctica los órganos del sistema interamericano no sólo conocen indirectamente violaciones a los DESC, sino que ordenan reparaciones con un fuerte contenido de DESC. Esto contribuye a la tesis de

que la indivisibilidad e interdependencia queda vaciada de contenido si la violación a un derecho humano no se aborda de manera integral, a la vez que permite demostrar que es posible generar estándares de cumplimiento en torno a estos derechos.

15. El desarrollo jurisprudencial del sistema interamericano no resulta contrario al DIDH, ni atentatorio de la soberanía estatal, sino que perfecciona, sobre la base del respeto de los principios del Derecho, un sistema de protección que permite la plena tutela del ser humano. Sería deseable que operase un “sinceramiento” por parte de los Estados pertenecientes a todos los sistemas de protección de derechos humanos del mundo y se permita de manera expresa la tramitación de denuncias individuales por violación a los DESC. Asimismo, es deseable que el desarrollo jurisprudencial del sistema interamericano en torno a los DESC genere el impacto suficiente para ser replicado en los diferentes sistemas de protección de derechos humanos del mundo. Sólo así será posible otorgar una garantía plena a los derechos de la persona que le permitan condiciones mínimas de existencia.



Bibliografía

AA.VV. Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales. Son José: CEJIL.

AAVV. Derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: DILEX, 2000.

ABRAMOVICH, Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Trabajo elaborado en pos de la obtención del certificado académico del XV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos Fernando Volio Jiménez, dictado del 16 al 27 de junio de 1997 en San José de Costa Rica. Disponible en <http://190.41.250.173/guia/mat6.HTM>

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

AGUINAGA, Ernesto, Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos. Tesis de abogado, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

CANCADO TRINDADE, Antonio. Co-existence and coordination of mechanisms of international protection of human rights (at global al regional levels). En: Académie de Droit International. Recueil des cours 1987-II, 1988.

CANCADO TRINDADE, Antonio. El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

CANESSA, Miguel. Los derechos sociales en el marco de los derechos humanos. Disponible en Comisión Andina de Juristas. Red de Información Jurídica. <http://www.cajpe.org.pe/guia/canes-1.htm>

CANESSA, Miguel. Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lima: PUCP/PLADES, 2007.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo. Segunda Edición. Madrid: Tecnos, 2001.

CEDAL/IIDH. La igualdad de los modernos. Reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. San José, 1997.

COURTIS, Christian (Comp). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

De ASIS, Rafael. Escritos sobre derechos humanos. Lima: ARA Editores, 2005.

DE GREIFF, Pablo. Justice and Reparations. En: The handbook of reparations. Oxford University Press, 2006.

DONNELLY, Jack. Universal human rights in theory and practice. 2a ed. Ithaca : Cornell University Press, 2003.

FAÚNDEZ, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. 3º ed. San José: IIDH, 2009.

GIALDINO, Rolando. Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional. Disponible en Comisión Andina de Juristas. Red de Información Jurídica. <http://www.cajpe.org.pe/guia/G.DESC.HTM> Ensayo publicado originalmente en la revista de investigaciones 2-1999-, editada por la Secretaria de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina).

GROS ESPIELL, Héctor. Derechos Humanos. Lima: Cultural Cuzco, 1999.

LAPLANTE, Lisa J. "On the indivisibility of Rights: Truth Commissions, Reparations, and the Right to Development". En: Yale Human Rights and Development Law Journal. 2007. Disponible en http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-32522907_ITM>.

HANSKI, Raija y Markku SUKSI (ed.). An introduction to the international protection of human rights. Segunda edición. Turku/Abo: Institute for Human Rights, Abo Akademi university, 2000.

IIDH. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Costa Rica: IIDH, 2009.

MEJIA, Joaquín. Cinco mitos sobre los DESC. En: Revista CEJIL. Debates sobre derechos humanos y el sistema interamericano. Año II, Número 3, Setiembre de 2007.

MELISH, Tara. AS pyrrhic victory of Peru's pensioners: pensiones, property and the perversion of progressivity. En: Revista CEJIL. Debates sobre derechos humanos y el sistema interamericano. Año I, Número 1, Diciembre de 2005.

PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Madrid: BOE/UC3M, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1984.

RABOSI, Eduardo. Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N°18, 1993.

SALMON, Elizabeth. Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano. Lima: GTZ, 2010.

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.

URIBE, Alirio. Los derechos económicos, sociales y culturales en el mundo globalizado. Disponible en Comisión Andina de Juristas. Red de Información Jurídica. <http://www.cajpe.org.pe/guia/mat3.HTM>

VILLAN DURAN, Carlos. Curso de Derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: Trotta, 2002.

YAMIN, Alicia (ed). Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta. Plaza y Valdés/IDRC, 2006.

ZICARDI, Giuliana (ed.). Repertory of decisions of the International Court of Justice. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

Decisiones internacionales

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26.

Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, parágrafo 125.

Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. 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.

Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 14 de julio de 1989, Serie A, N° 10.

CIDH. Baby Boy. Informe N° 23/81. Caso 2141 (estados Unidos), párrafos 15 y 16.

CIDH. Comunidad Yanomami vs. Brasil. Informe N° 12/85. Caso 7615 (Brasil).

CIDH. Víctor Rosario Congo. Informe N°63 /99.Caso 11.427 (Ecuador).

CIDH. Milton García Fajardo y otros. Informe N° 100/01. Caso 11.381 (Nicaragua).

CIDH. Amilcar Ménendez y otros. Informe de admisibilidad N° 3/01. Caso 11.670 (Argentina).

CIDH. Jorge Odir Miranda Cortez y otros. Informe de admisibilidad No. 29/01. Caso 12.249 (El Salvador).

CIDH. Jorge Odir Miranda Cortez y otros. Informe No. 27/09. Caso 12.249 (El Salvador).

CIDH. Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670 (Perú).

CIJ. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Merits, Judgement of 24 May 1980, párr, 91.

European Court of Human Rights, Case of Airey v. Ireland, Judgment of 9 October 1979, Serie A, No. 32, para. 26.

European Court of Human Rights, Case of Sunday Times v. United Kingdom, Judgment of 26 April 1979, Serie A, No. 30.

African Commission on Human & People's Rights. Communication 155/96. ACHPR/COMM/A044/1, 27th May 2002.

Otros instrumentos

Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por un grupo de expertos convocados por la Comisión Internacional de Juristas, del 2 al 6 de junio de 1986.

Declaración de Quito “Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe”, adoptada por más de 50 organizaciones de derechos humanos en el seno del Encuentro Latinoamericano

para la Promoción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 24 de julio de 1998.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptadas entre el 22 y 26 de enero de 1997 por un grupo de expertos.

CIDH. Informe anual 1983-1984, OEA/Ser.L/V/II.63.doc.10, del 28 de setiembre de 1984.

CIDH Informe anual 1984-1985, OEA/Ser.L/V/II.66.doc.10 rev.1, del 1 de octubre de 1985.

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

CortelDH. Informe anual 1985, OEA/Ser.L/V/III.12.doc.13, del 15 de agosto de 1985.

Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, adoptados por la Asamblea General de la OEA mediante Resolución AG/RES.2074 (XXXV-O/05) el 7 de junio de 2005.

CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1996.

CDESC. Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007.

Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo período de sesiones. Doc. ONU E/CN.4/2005/52, de 10 de febrero de 2005.

Proclamación de Teherán, adoptada por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán celebrada el 13 de mayo de 1968.

Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. DOC UN A/CONF.157/23.

CDESC. Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23.

CDESC. Observación General No. 12. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), UN. Doc. E/C.12/2000/4.

CDESC. Observación General No. 13 El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), adoptada en el Vigésimo Primer Período de Sesiones, 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/10.

CDESC. Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos No. 2001/30, de 20 de abril de 2001.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos No. 2002/24 de 22 de abril de 2002.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos No. 2003/18 de 22 de abril de 2003.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos No. 2004/29 de 19 de abril de 2004.

Resolución del ECOSOC No. 2002/254, de 25 de julio de 2002.

Resolución del Consejo de Derechos Humanos No. 1/3, de 29 de junio de 2006.

Proyecto presentado a la Comisión de Derechos Humanos, examinado en el marco de su 53º período de sesiones en 1997. Doc. ONU E/CN.4/1997/105, de 18 de diciembre de 1996.

Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/CN.4/2004/44 de 15 de marzo de 2004.

Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo período de sesiones. Doc. ONU E/CN.4/2005/52, de 10 de febrero de 2005.

Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer período de sesiones. Doc. ONU E/CN.4/2006/47 de 14 de marzo de 2006.

Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su cuarto período de sesiones (Ginebra, 16 a 27 de julio de 2007). Doc. ONU A/HRC/6/8, de 30 de agosto de 2007.

Proyecto de protocolo facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales preparado por la presidenta-relatora, Catarina de Albuquerque. Doc. ONU A/HRC/6/WG.4/2, de 23 de abril de 2007.

Proyecto revisado de protocolo facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, preparado por la Presidenta-Relatora, Catarina de Albuquerque, Doc. ONU A/HRC/8/WG.4/2, de 24 de diciembre de 2007.