

## ¿ES JUSTICIABLE EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS?

### IS ARTICLE 26 OF THE INTER-AMERICAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS DIRECTLY ENFORCEABLE?

### É JUSTIFICADO O ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS?

*Pamela Juliana Aguirre Castro\**

Recibido: 17/04/2017  
Aprobado: 07/07/2017

#### **Resumen:**

¿El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene derechos? ¿Los posibles derechos derivados del artículo 26 de la CADH son autónomos? El presente ensayo pretende abordar de manera sucinta los mitos y verdades que se han esgrimido en torno a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), así como los retos interpretativos y argumentativos que resultan necesarios para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se aventure a dar el salto jurisprudencial que con tanto ahínco defiende el juez Ferrer Mac-Gregor respecto de la “justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH”.

**Palabras clave:** Derechos económicos, sociales y culturales “DESC”; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Justiciabilidad y/o exigibilidad directa.

#### **Abstract:**

Is Article 26 of the 1969 Human Rights American Convention enforceable and the rights derived autonomous? This paper tries to succinctly address the myths and truths that have been used around the justiciability and / or direct enforceability of economic, social and cultural rights, as well as the interpretative and argumentative threshold that must be met for the Human Rights Inter-American Court

to make “the jurisprudential leap”, that Judge Ferrer Mac-Gregor Poisot so fervently defends about “direct justiciability of American Convention’s 26 article”.

**Key words:** Economic; Social And Cultural Rights “Escr”; Inter-American Human Rights System; Article 26 Of The Iachr; Inter-American Court Of Huma Rights; Justiciability And/Or Direct Exigibility

#### **Resumo:**

O artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) contém direitos? Os possíveis direitos derivados do artigo 26 da CADH são autônomos? O presente ensaio pretende abordar de maneira sucinta os mitos e verdades esgrimidos ao redor da justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), assim como os desafios interpretativos e argumentativos que são necessários para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) se aventure a dar o salto jurisprudencial que com tanto empenho defende o juiz Ferrer Mac-Gregor em relação a “justiciabilidade direta do artigo 26 da CADH”.

**Palavras chave:** Direitos econômicos, sociais e culturais “DESC”; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Justiciabilidade e/ou exigibilidade direta.

\* Doctora en Derecho, PhD por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario por American University, Washington College of Law (c). Master en Argumentación Jurídica, por la Universidad de Alicante. Magister en Derecho, mención Derecho Tributario, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, por la Universidad del Azuay.

## INTRODUCCIÓN

Conviene tomar como punto de partida, las acertadas reflexiones del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot:

... pretendo llamar a la reflexión –por ser mi profunda convicción– sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José *efectividad directa* a los derechos económicos, sociales y culturales (...). La posibilidad está latente para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009 (Corte IDH 2009, párrafo 107).

Con este antecedente y, formulándonos la siguiente interrogante ¿el artículo 26 de la CADH es exigible?, en el presente estudio se pretende abordar de manera sucinta los mitos y verdades que se han esgrimido entorno a la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC, así como los retos interpretativos y argumentativos que resultan necesarios para que la Corte IDH se aventure a dar el salto jurisprudencial que con tanto ahínco defiende el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor “justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH”.

Para lograr el anterior cometido, se abordarán los siguientes contenidos: primero, breves referencias a la evolución de la exigibilidad de los DESC; segundo, la exigibilidad de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH); tercero, los retos interpretativos y argumentativos para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH; cuarto y último, conclusiones.

## LA EVOLUCIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DESC

Tal y como lo refieren Carlos Villán Durán, Christian Courtis y Roberto Gargarella la evolución de los DESC, puede sistematizarse en dos grandes periodos: el primero, que comprende lo que se conoce como *constitucionalismo social*, que abarca el período comprendido en los años treinta hasta la expedición de las constituciones a partir del año 1989; el segundo, que comprende el *constitucionalismo latinoamericano* después de las dictaduras de finales del siglo XX en adelante<sup>1</sup>.

De la cronología propuesta, se puede evidenciar que el primer texto jurídico en el que reconoce los DESC es la “Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado”, del 4 de enero de 1918, año en el que finalizó la primera Guerra Mundial. Esta Declaración surge de la mano del marxismo y en consecuencia de los valores propios de la Revolución rusa,

en oposición a lo que hasta entonces se entendía por derechos humanos, desde la concepción individualista, reconocidos en las: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y Declaración de Derechos de Virginia (1776) (Villán Durán 2009,9 y ss.). Surge también como una reivindicación a los derechos desconocidos durante la Revolución Industrial, constituyéndose un reconocimiento económico-social de la clase trabajadora. Ciertamente, este documento jurídico es el inicio de una larga lucha por el reconocimiento de varios derechos tales como: derecho al trabajo, a un salario digno, al descanso, a la jubilación, a la asociación y libertad sindical, a la educación, al sufragio universal.

A la par del proceso social reivindicativo de Rusia, surge en México un reconocimiento constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales con la

<sup>1</sup> “Un ejemplo de interés, en este sentido, puede encontrarse en el desarrollo de los derechos sociales en las últimas décadas, y desde su tardía incorporación constitucional (concentrada, sobre todo) a partir de mediados del siglo XX. Aquella inclusión original pudo haber estado motivada en muchas razones. Tal vez, se recurrió a ellos para a quietar ciertos reclamos sociales, o sin mayor convencimiento, o como puro producto de la hipocresía política –no nos importa ahora la causa. El hecho es que tales disposiciones quedaron adormecidas durante décadas (en América Latina, de hecho, entre cuatro y ocho décadas), para luego comenzar a desperezarse, lentamente, hasta ganar alguna inesperada realidad, en los últimos años. Tal vez sus propulsores no imaginaban ni deseaban este resultado (o tal vez sí). Lo cierto es que se trata de cláusulas que fueron ganando vida propia, mediante una paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas.” Christian Courtis y Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, en CEPAL-Serie políticas sociales, No. 153, 2009, 33.

promulgación de la Constitución mexicana de 1917, y a continuación otro, con la Constitución alemana de Weimar, en 1919. Estas dos Constituciones son un hito jurídico, dado que representan una síntesis a nivel constitucional del reconocimiento sin distinción de los derechos humanos, puesto que se puede evidenciar la declaración tanto de derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales (Villán Durán 2009).

Vale mencionar que en este primer período se posicionó la idea que los DESC eran derechos programáticos, cuya efectividad dependía de la voluntad política de los Estados, lo cual devino de la clasificación clásica o tradicional de los derechos humanos; y a partir de la entrada en vigencia de dos instrumentos internacionales de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Esto también devino en la idea que los derechos civiles y políticos se encontraban cubiertos de protección judicial, es decir que se podía demandar ante los tribunales su justiciabilidad; en tanto que los DESC eran de cumplimiento progresivo en función de los recursos económicos de los Estados y por lo tanto, no cabía su protección ante los tribunales (Carbonell y Macgregor 2014).

Esta concepción ciertamente surgió, como ya se mencionó, por una parte, de la clasificación que alude a la sistematización de los Derechos Humanos, según el momento histórico en el que se desarrollaron: derechos de primera, segunda y tercera generación (Valcárcel y González 2008, 76 y ss.). Así como de la redacción utilizada en dichos pactos en lo concerniente a las obligaciones estatales. En efecto, mientras que el artículo 2.1 del PIDCP compromete a los Estados partes "... a respetar y garantizar (...) los derechos reconocidos en el presente Pacto...", el artículo 2.1 del PIDESC compromete "... a adoptar medidas, tanto por separado como mediante asistencia y la cooperación

internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos", lo que generó el denominado mito de la progresividad y no exigibilidad (Mancisidor de la Fuente 2010), de lo cual también surgió la diáfana locución que los "DESC son los hermanos pobres de los Derechos Humanos" (Mancisidor de la Fuente 2010, 106).

No obstante lo señalado, recordando la naturaleza de los derechos humanos, en tanto, "universales, indivisibles, e interdependientes, y relacionados entre sí"<sup>2</sup>; en el ámbito del Derecho Internacional, como también desde el Latinoamericano, se ha dado un giro de 180 grados, determinándose que los derechos humanos económicos, sociales y culturales son verdaderos derechos y como plenamente justiciables, tal y como se ejemplifica a continuación.

En el *Sistema de Naciones Unidas*,<sup>3</sup> a partir del 5 de mayo del 2013, entra en vigencia el Protocolo Facultativo al PIDESC,<sup>4</sup> y con éste se generan varios mecanismos de reclamo ante el Comité DESC, entre ellos, el sistema de peticiones individuales, solicitud de medidas de urgencia, comunicaciones interestatales, y de las investigaciones *in loco* en caso de graves y sistemáticas violaciones a los DESC por parte de un Estado miembro. De lo cual se advierte, que los DESC han evolucionado, de ser considerados derechos programáticos en los que se preveía únicamente como mecanismo de exigibilidad un informe de cumplimiento a los Estados, a constituirse en derechos plenamente exigibles que permiten denuncias particulares contra los Estados cuando exista violación. Además importa señalar la extensa doctrina en materia de obligaciones estatales respecto a los derechos determinados en el PIDESC<sup>5</sup>.

Igualmente, en lo que atañe a las Cortes Constitucionales Latinoamericanas y su evolución en la protección directa de los DESC<sup>6</sup> se destaca por un lado, la ex-

2 Declaración y el Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/24 (Parte I), cap. III), párrafo 5.

3 Para ampliar sobre el particular, confróntese Carlos Villán Durán, *La protección de los derechos humanos en el Sistema de Naciones Unidas* (2016). Consulta 23 de abril de 2016: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf>>.

4 Fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008 y abierto a votación el 24 de septiembre de 2009, entró en vigor el 5 de mayo de 2013 tras haber recibido ratificación de 11 Estados parte.

5 Así se pueden citar como ejemplo: la Observación General 4, "El derecho a la vivienda adecuada"; la Observación General 12, El derecho a una alimentación adecuada; Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; entre otras. Cfr. ONU, Comité DESC.

6 El juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor cita varios ejemplos de México, Colombia, Argentina, Costa Rica, Guatemala respecto a casos de DESC judicializados en los que las altas cortes han asumido la justiciabilidad. Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, "Hacia la justiciabilidad plena de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan (coord.), *Ius constitutionale commune na América Latina* (Curitiba: Juraá, 2016)

perencia de la Corte Constitucional de Colombia en tanto que, valiéndose del argumento “por conexidad”, ha posibilitado la protección judicial de los DESC por vía de la acción de tutela<sup>7</sup>; y, por el otro lado, resalta el papel de la Corte Constitucional del Ecuador, la cual, a partir de la entrada en vigencia de la constitución de 2008, en su rol de máximo intérprete y guardián de la Constitución, ha desarrollado el contenido de justiciabilidad de varios DESC, por citar algunos casos, derecho a la seguridad social<sup>8</sup>, vivienda<sup>9</sup>, salud<sup>10</sup>, educación<sup>11</sup>, mujer y derecho al trabajo<sup>12</sup>.

Como vemos, a nivel de las Naciones Unidas y de algunas Cortes Constitucionales Latinoamericanas se ha

dado un salto importante en la *exigibilidad directa de los DESC*, sin que esto quiera decir que no se deban seguir aunando esfuerzos por avanzar en la materia.

El hecho de que la Corte Constitucional Colombiana, todavía continúe amparándose en la tesis de la conexidad para la justiciabilidad de los DESC para algunos DESC, demuestra que salvo el caso del derecho a la salud, que vía Ley Estatutaria fue dotado del carácter de autónomo y fundamental para ser protegido directamente vía acción de tutela, debe seguirse avanzando en la defensa y materialización de la exigibilidad directa de los DESC.

## LA EXIGIBILIDAD DE LOS DESC EN EL SIDH

El debate en torno a la justiciabilidad de los DESC no ha sido pacífico en el ámbito interamericano, particularmente en lo que se refiere a la *exigibilidad directa* de los mismos a través del artículo 26 de la CADH, “el papel que desempeñan las Cortes para proteger los derechos civiles y políticos (DCP) ha recibido una atención explícita durante las dos últimas décadas dentro del Sistema Interamericano, tanto a nivel interno como a nivel regional; no así la aplicación de justicia en el tema de los DESC” (Melish 2003,6).

Así, puede señalarse que en el caso denominado de los Cinco Pensionistas<sup>13</sup>, la Comisión IDH incluyó un reclamo específico fundado en el artículo 26. Se alegó que el Estado había adoptado medidas de carácter regresivo en relación con el derecho a la seguridad social, con lo cual se ofrecía a la Corte IDH por primera vez la posibilidad concreta de sentar jurisprudencia sobre la justiciabilidad del artículo 26 y, puntualmente, sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte,

la Corte IDH desechó el argumento con la siguiente reflexión:

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

Como lo señala Christian Courtis podría entenderse que la Corte impuso, a partir del contenido del párrafo

7 “En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho fundamental directo”. Si bien la sentencia que toma como ejemplo Eduardo Ferrer Mac-Gregor es del año 2007, debe mencionarse que en el año 2014, la Corte Constitucional avaló el proyecto de ley estatutaria en materia de salud, en el que se reconoció el carácter autónomo y fundamental del derecho a la salud. Para más información cfr., Corte Constitucional colombiana, sentencia C-313, magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, *Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara*, 29 de mayo de 2014. Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>.

8 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 115-14-SEP-CC; 006-15-SAN-CC; 019-15-SIS-CC; 164-15-SEP-CC; 006-15-SCN-CC; entre otras.

9 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 146-14-SEP-CC; 344-16-SEP-CC; 021-16-SIS-CC; entre otras.

10 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 080-13-SEP-CC; 016-16-SEP-CC; 074-16-SIS-CC; 324-17-SEP-CC; entre otras.

11 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 008-09-SAN-CC; 133-15-SEP-CC; entre otras.

12 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 309-16-SEP-CC; 072-17-SEP-CC; entre otras.

13 Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003. Para un análisis extensivo del caso, cfr. Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Público* N.º 6, (México: ITAM Departamento de Derecho, 2004), 37-67

147, un requisito adicional cuando se invoquen violaciones del artículo 26, la de *demonstrar la relevancia colectiva del planteo*, con lo cual, se debe justificar no sólo la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también la de demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho o violación aislada, parafraseando a Julieta Rossi y Victor Abramovich "... a nuestro entender efectuó una interpretación desacertada del artículo 26 de la Convención, al establecer que el desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales y general y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular" (Rossi y Abramovich 2004, 470).

En efecto, esta interpretación limitaría la aplicación del artículo 26 a supuestos de afectaciones a un conjunto representativo de la población de un Estado parte, y resulta claro que los supuestos de violaciones de los DESC pueden presentarse tanto en el plano individual como colectivo. No obstante lo señalado, con posterioridad la Corte IDH no ha desarrollado este parámetro de evaluación.

Posterior en el caso *Acevedo Buendía* (Corte IDH 2009), la Corte señaló expresamente que es competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención, incluido el artículo 26 (Corte IDH 2009, párrafo 97), y "dedicó algunos párrafos a lo que hasta la fecha constituye el desarrollo más prometedor del tribunal interamericano en esta materia" (Courtis 2016, 659). Así, la Corte determinó, a partir de la revisión de los trabajos preparatorios de la CADH, que los Estados dieron énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estado Americanos" (Courtis 2016, 99). También evidenciaron, que los Estados se propusieron, "hac(er) posible (la) ejecución (de dichos derechos) mediante la acción de los tribunales" (Courtis 2016, 99). Finalmente, la Corte resaltó que dado que el Capítulo III de la Convención (que contiene al artículo 26) se encuentra en la Parte I del tratado, las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 situados en el Capítulo I de dicha parte también son aplicables al artículo 26 (Courtis 2016, 100).

Tal como lo señala Christian Courtis de esta sentencia se desprende que:

- el tribunal es competente para entender alegadas violaciones al artículo 26;
- el artículo 26 consagra obligaciones legales en materia de derechos económicos, sociales y culturales;
- las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la Convención son aplicables a los derechos consagrados en el artículo 26;
- la noción de "desarrollo progresivo" no impide la rendición de cuentas y la eventual exigibilidad de los derechos ante las instancias llamadas a resolver violaciones.
- la noción de "desarrollo progresivo" se desprende un deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas regresivas. Tal deber también es justiciable—es decir, susceptibles de control a través de mecanismos jurisdiccionales. (Courtis 2016, 660).

Ahora bien, a pesar de este importante desarrollo la Corte, con posterioridad a esta sentencia, no se ha pronunciado expresamente respecto al contenido del artículo 26, y ha tutelado los DESC vía justiciabilidad indirecta cuando ha tenido claramente la oportunidad de hacerlo. Así, podemos señalar dos casos claros respecto al menoscabo del derecho a la salud.

El primero, se encuentra relacionado con el caso *Suarez Peralta vs. Ecuador*. En el caso concreto la Corte IDH condenó al Estado ecuatoriano por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 4 de la CADH, a partir del análisis, por una parte del deber de regulación del Estado de los servicios de salud para la protección de la integridad personal, y por otra, el deber de supervisión y fiscalización del Estado en referencia a los servicios de salud y la protección de la integridad personal de Melba Suárez Peralta. La Corte señaló expresamente que:

131. Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (...)

132. Por tanto, esta Corte ha señalado que, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto<sup>14</sup>.

A la sentencia el juez Eduardo Ferrer incorporó su voto concurrente, por el que razona los argumentos que justificarían la judicialización en el Sistema IDH del derecho a la salud de manera directa y autónoma, a partir del contenido de los arts. 26 y 1.1. de la CADH, y sobre la base de una interpretación evolutiva y *pro homine*.

El segundo caso, *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, versa sobre una violación al deber de fiscalización de la prestación de servicios de salud por entes privados por parte del Estado ecuatoriano. En el caso, a una niña de 3 años (Thalía Gabriela Gonzales Lluy) se le detecta una enfermedad que requiere la transfusión de sangre. Al recibir la transfusión en un Banco de Sangre de la Cruz Roja es contagiada con el virus del VIH, dicho virus es detectado a partir de exámenes complementarios y a meses de haber sido dada de alta. En el Ecuador se presentan denuncias penales para impulsar la investigación de los responsables de la transfusión sanguínea y acciones de tipo civil para obtener reparaciones por los daños y perjuicios ocasionados. El contagio en Thalía Gabriela redundó en que toda la familia Gonzales Lluy sea víctima de discriminación, particularmente Thalía es expulsada de su colegio y le es imposible continuar con la escolaridad por motivo del contagio y su madre es despedida por su trabajo bajo las mismas razones discriminatorias, entre otros múltiples efectos de la discriminación que padecen.

En este contexto, la Corte IDH resolvió por unanimidad lo siguiente:

3. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en perjuicio de Thalía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 167 a 191 de esta Sentencia.

4. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy, en los términos de los párrafos 211 a 229 de esta Sentencia.

5. El Estado es responsable por la violación del derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Thalía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 233 a 291 de esta Sentencia.

6. El Estado es responsable por la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso penal, reconocida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Thalía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 298 a 316 de esta Sentencia..(Corte IDH).

Sin ahondar sobre el particular podemos decir que el *quid* de la discusión entre las posturas opuestas de los jueces radica básicamente en la posibilidad que existió o no en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador* de abordar el derecho a la salud de manera directa y autónoma.

Por un lado, tenemos la postura del juez Humberto Antonio Sierra Porto, quien abogó por la imposibilidad de abordar en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, de manera directa y autónoma el derecho a la salud, y en consecuencia de los DESC de forma general, argumentó:

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*.

1. La finalidad del presente voto concurrente es ampliar y complementar las razones por las cuales considero que no es necesario declarar la violación del artículo 26 de la Convención de la Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) para alcanzar la efectiva protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”). Por el contrario, mi opinión jurídica sobre la materia es que esta vía para intentar hacer justiciables los DESC, en el marco del sistema interamericano, puede llegar a ser incluso más problemática que otras vías existentes y ya aplicadas por la Corte. Por ejemplo, en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada “la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida (Corte IDH).

Al igual que en el caso Suarez Peralta, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor defendió la posibilidad de proteger el derecho a la salud de manera directa y autónoma, criterio al que se adhirieron los jueces Roberto Caldas y Manuel Ventura, señalando:

14. En el presente caso surge con mayor intensidad la pertinencia de un análisis basado en el “derecho a la salud”. La Corte IDH avanza un poco en esta materia al delinear algunos aspectos específicos sobre el alcance de este derecho que no habían sido establecidos previamente en su jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Interamericano alude a algunos estándares relacionados con el acceso a medicamentos y, en particular, precisa en qué forma el acceso a los fármacos antirretrovíricos es solo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con VIH, dado que las perso-

nas que viven con VIH requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Por otra parte, la Corte IDH alude a algunos temas sobre el acceso a la información en salud; derecho a la salud de las niñas y los niños, y el derecho a la salud de las niñas y los niños con VIH/SIDA. Sin embargo, el análisis de la Corte IDH es realizado a la luz de su tradicional jurisprudencia sobre la conexidad de la salud con los derechos a la vida y a la integridad personal (Corte IDH).

Este es el primer caso en el que se declaró la vulneración directa a un DESC, el de educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la CADH, además del desarrollo de la interseccionalidad de la discriminación. La Corte IDH argumentó que “.. tiene competencia para decidir sobre casos contenciosos en torno a este derecho en virtud del artículo 19 (6) del Protocolo.” (Corte IDH párrafo 234). De esta interpretación se colige que serían los derechos a la educación y huelga, los que pueden ser tutelados directamente por la Corte IDH. No obstante lo argumentado por la Corte, tomando en consideración lo señalado por la ex jueza Margarete May Macaulay quien argumentó “Aunque el Protocolo de San Salvador establece que entre los derechos sociales que éste consagra solamente el derecho a la educación y ciertos derechos sindicales serán justiciables (artículo 19), este Protocolo no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana” (Corte IDH).

De esta manera, tenemos que para llegar a la postura de la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta de los DESC con excepción de la educación y derechos sindicales*<sup>15</sup>, que mayoritariamente ha adoptado la Corte IDH, se han tenido que desvirtuar una serie de *mitos*, que en una primera etapa abogaban por la invisibilidad de los DESC (este período va hasta el año 2003)<sup>16</sup>, tal y como se demuestra a continuación. En efecto, Tara Melish

15 Las etapas de la exigibilidad de los DESC en el SIDH, pueden sintetizarse en: “(1) la no aplicación e indiferencia a los DESC; (2) la aplicación tímida del Art. 26; (3) la exigibilidad indirecta, vía derecho a la integridad física o derecho a la propiedad, (...) la (4) exigibilidad de los DESC mediante el sistema de indicadores”. Ávila Santamaría, *Retos del mecanismo interamericano de protección de indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales* (2013). Consulta 23 de abril de 2016: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>.

16 “La Corte Interamericana pudo establecerse y organizarse cuando entró en vigor la Convención Americana. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes de la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*, (2013). Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.jusalpampa.gov.ar/Consejo/images/abc.pdf>.

agrupa en cinco categorías los *argumentos típicos en contra de la justiciabilidad de los DESC*, no obstante, atendiendo al carácter ejemplificativo que sustenta su invocación, los reduciremos a tres, con la respectiva *desmitificación o verdad*, que ha permitido que la Corte IDH avance en la tesis de la *justiciabilidad de los DESC* (Melish 2003, 37-46).

### **Mito: Dicotomía entre derechos de “prestación” y “abstención”**

A menudo los críticos argumentan que los DESC no son justiciables debido a que imponen obligaciones “positivas” en lugar de “negativas” sobre el Estado. De acuerdo con este punto de vista, los DCP son justiciables debido a que únicamente piden que los gobiernos se *abstengan* de adoptar medidas abusivas –*no matar, no torturar*– (Melish 2003, 40-41). Para desmitificar este inadecuado “argumento, basta recordar que un derecho político como el de “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas”, (CADH artículo 23,1.b) también requiere de una “obligación de hacer”, como desplegar toda la logística para implementar las mesas de votación en los respectivos territorios nacionales.

### **Mito: Dicotomía entre derechos de “progresivos” y “no progresivos”**

Si bien los DCP se regulan por la obligación legal no ambigua de “respetar” y “asegurar” tales derechos, los DESC se caracterizan por vagas nociones de los deberes tendientes a “adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo” de los recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente la plena vigencia de los DESC (Melish 2003, 38-39). En este sentido continuando con el ejemplo del derecho político a “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas” (CADH artículo 23, 1.b), mal haríamos en afirmar que no requeriría de un presupuesto específico y acorde con la disponibili-

dad económica de los Estados, para suministrar entre otros tarjetones electorales a los votantes.

### **Mito: Dicotomía entre exigibilidad por vía de “políticas públicas” vs. “justiciabilidad”**

Los DESC constituyen programas de acción que la legislatura o el ejecutivo deberá llevar a cabo dentro de las posibilidades de recursos con los que cuente. Las Cortes no tienen el poder constitucional que les permita instruir al legislativo o al ejecutivo respecto a cómo deben gastar los fondos públicos (Melish 2003, 41-42). Vale la pena recordar el *Caso Viceconte*, en el que la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en Argentina solicitó a los tribunales que se ordenara al Gobierno la producción de una vacuna con el objeto de proteger contra la fiebre hemorrágica argentina a un importante número de argentinos. A la luz de la incorporación en la Constitución de los tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud, el tribunal determinó que el Gobierno había incumplido, por omisión, en su obligación de proporcionar la vacuna. Como el sector privado consideraba que la producción de la vacuna no era rentable, el tribunal ordenó al Estado que la produjera. La Cámara ordenó la inversión en la producción de la vacuna, y requirió el cumplimiento de un cronograma de inversión, ya establecido por el propio Gobierno” (Corte IDH 2013, párrafo 77y ss.).

Con estos antecedentes, ¿cuál es la relación entre la desmitificación de la no justiciabilidad de los DESC y la tesis de la Corte IDH frente a la *justiciabilidad* de los mismos?

Recordando que la Corte IDH, pasó por una etapa de *invisibilidad* de los DESC hasta la tesis actual de la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta*, vía protección del derecho a la integridad física o derecho a la propiedad<sup>17</sup>; vemos como, en el caso *Gonzales Lluy y otros*

17 Por mencionar algunos casos, en Villagrán Morales vs. Guatemala (1999) la Corte interpretó el derecho a la vida en su dimensión positiva, que comprende ‘el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna’ (párr. 144); en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2004), la Corte afirmó que el Estado tiene la obligación de proveer de asistencia de salud y educación a los adolescentes que están bajo su custodia bajo la premisa de los Derechos del Niño consagrado en el Art. 19 de la CADH (párr. 160); en el caso *de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) consideró que el derecho a la vida tiene que interpretarse a la luz de algunos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador y del Convenio No. 169 de la OIT, y mencionó la obligación de progresividad contemplada en el Art. 26 de la CADH (párr. 163); de igual modo, en el caso *Xakmok Kásek vs. Paraguay* (2010) la Corte dio contenido al derecho a la vida, considerando que la comunidad no había tenido acceso al agua, alimentación, servicios de salud y educación, retomó estándares del Comité de DESC; en los casos *Albán Cornejo vs. Ecuador* y *Suárez Peralta vs. Ecuador*, la Corte IDH desarrolla importante doctrina relacionada al derecho a la salud, basada en doctrina del Comité de PIDESC, a partir del derecho a la integridad física.



vs. Ecuador<sup>18</sup>, “en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada ‘la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida’”, contribuye a afirmar nuestros argumentos “desmitificaciones” en el sentido de que los DESC involucran:

- i. *Obligaciones positivas y negativas*: Por ejemplo en el caso Gonzalez Lluy *obligación positiva* de fiscalización y supervisión de servicios de salud y *obligación negativa* de abstenerse de incurrir en omisiones que imposibiliten la correcta fiscalización y/o supervisión de los servicios de salud que condujeron a que la menor contrajera VIH.
- ii. *Obligación legal no ambigua de “respetar” y “asegurar”*: Si bien para en el caso Gonzalez Lluy se protege el derecho a la salud vía conexidad con los precitados derechos, no es menos cierto que el ejercicio hermenéutico que realiza la Corte IDH para llegar a esa conclusión parte de la idea clara de que al Estado ecuatoriano le asiste la obligación para nada “ambigua” de fiscalización y/o supervisión de los servicios de salud.
- iii. *Los DESC van más allá de una política pública, por ende son justiciables*: Este punto lo reservamos para el siguiente apartado, ya que como se demostrará a continuación, la justiciabilidad y/o exigibilidad directa no sólo del derecho a la salud (caso Gonzalez Lluy) sino de los DESC en general, precisa que la Corte IDH realice un ejercicio interpretativo y argumentativo del artículo 26 de la CADH.

## LOS RETOS INTERPRETATIVOS Y ARGUMENTATIVOS PARA LA JUSTICIABILIDAD Y/O EXIGIBILIDAD DIRECTA DEL ARTÍCULO 26 DE LA CADH

Como lo referimos con precedencia, la postura actual de la Corte IDH se mantiene en la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta de los DESC de la mayoría de DESC*, denotándose esto en los casos Suárez Peralta vs. Ecuador, Gonzalez Lluy vs. Ecuador 2015 y Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. No obstante, “ampliar y avanzar en la jurisprudencia no es un mero ejercicio académico o jurídico abstracto, sino que significa la ampliación de la protección para personas de carne y hueso que sufren en nuestra región por violaciones graves y serias a sus derechos a la salud, educación, seguridad social, entre otros. Es una cuestión de justicia social el avanzar en la jurisprudencia hacia la protección de los DESC” (Ávila 2014, 33-35), conviene dar respuesta al interrogante que nos planteamos como nodo cardinal de este ensayo *¿el artículo 26 de la CADH es exigible y los derechos derivados son autó-*

*nomos?*, para evidenciar si la Corte IDH puede dar un salto hacia la postura de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC*.

Recordemos, que según Oscar Parra Vera (CDHE-ZAC), Christian Courtis (2016), Víctor Abramovich y Julieta Rossi (2015, 1-11) las *dificultades* reales para la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC*, está dada por un *problema de interpretación* tendiente a esclarecer cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido; y, cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que de él se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención.

Por lo tanto, en la idea de corroborar la posibilidad de consolidar o no la tesis de la *justiciabilidad y/o exigi-*

18 “El 1 de septiembre de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. La Corte encontró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy. Además, la Corte encontró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy. Por otro lado, el Tribunal no encontró méritos para declarar la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso civil ni el derecho a la protección judicial”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015. Consulta 23 de abril de 2017: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf),

En pronunciamiento anterior, la Corte IDH, manifestó: “La finalidad del presente voto razonado es exclusivamente dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, voto concurrente Alberto Pérez Pérez, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2017 [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_261\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf), párr. 1.

bilidad directa de los DESC en el ámbito del SIDH<sup>19</sup>, es necesario dar respuesta a los anteriores interrogantes.

### ¿Cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido?

Conviene señalar que el artículo 26 de la CADH no individualiza los derechos que de él se desprenden, sino que obliga al intérprete a acudir a otro documento –la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 (en adelante Carta de la OEA) reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967–<sup>20</sup>. Esta dificultad hermenéutica, que básicamente se deriva del momento histórico en el que se adoptó la CADH<sup>21</sup> (como lo referimos los DESC cobran importancia a partir del *Constitucionalismo Social*), se sustenta en dos argumentos: i) La falta de competencia de la Corte IDH y la Comisión Interamericana para juzgar violaciones a la Carta de la OEA<sup>22</sup>; y, ii) La ausencia de una referencia a los “derechos” dentro del texto de la Carta, ya que emplea términos como “principios y mecanismos –art. 45–” y “metas básicas –art.34–”.

Ante estos obstáculos, ¿tiene cabida la tesis de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH* en el ámbito del SIDH?

Sin entrar en mayores consideraciones diremos que las antedichas dificultades, para nada impedirían que la postura de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH* se posicione en el escenario interamericano, debido a que el referido artículo 26 de la CADH, siguiendo a Ramiro Ávila Santamaría, (2014, 33-35) brinda una serie de *oportunidades interpretativas*, que permiten determinar los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su respectivo contenido.

Como se recordará el contenido del artículo 26 de la CADH es bastante indicativo en el sentido de esta-

blecer “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”; por lo tanto, ¿dónde estarían las *oportunidades interpretativas*? Éstas se encuentran precisamente, primero, en *identificar las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA*:

1. La naturaleza y propósito de la organización (Capítulo I): promover el desarrollo **económico, social y cultural** (Art. 2.f), erradicar la pobreza crítica (Art. 2.g);
2. Los principios reafirmados por sus miembros (Capítulo II): derecho de los Estado a elegir su sistema económico y social (Art. 3.e), **eliminación de la pobreza crítica** (Art. 3.f); la justicia y seguridad sociales son bases para la paz duradera (Art. 3.j); “los Estados proclaman los **derechos fundamentales** de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (Art. 3.l); la **educación** debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz (Art. 3.n);
3. Las normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias, ‘Desarrollo integral’ (Capítulo VII): el desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 30), el desarrollo integral comprende los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 31), el desarrollo debe contribuir a la **plena realización de la persona humana** (Art. 33), consecución de metas básicas: distribución de ingreso, régimen equitativo tierra, logro de **justicia so-**

19 Entre sus promotores encontramos: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Christian Courtis, Tara Melish, Oscar Parra Vera, Ramiro Ávila Santamaría, Víctor Abramovich y Julieta Rossi. Remitimos a consultar las obras que se citan en la bibliografía de este estudio.

20 “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”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

21 “Las posturas que consideran que el artículo 26 no incluye derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 –que no incluía estos derechos– y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como ‘estándar de no justiciabilidad’”. Parra Vera, *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano*, 12.

22 “La competencia contenciosa de la Corte se limita a interpretar y aplicar la Convención (art. 62.3 CADH), mientras que la competencia de la Comisión se limita a promover la observancia y defensa de los derechos que constan en la Convención y Declaración (art. 2 Estatuto de la Comisión)”. Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 46 y 47.

cial, erradicación analfabetismo, ampliación de oportunidades de educación, incrementar **disponibilidad de alimentos, vivienda adecuada, condiciones de vida sana, productiva y digna** (Art. 34) todos los seres humanos tienen **derecho al bienestar material** y a su desarrollo espiritual (Art. 45.a), el trabajo es un derecho y un deber social (Art. 45.b) que asegura **la vida, la salud y un nivel económico decorosos** (Art. 45 b.), **derecho a asociarse**, derecho a negociación colectiva y la huelga (Art. 45 c.), desarrollo de una política eficiente de **seguridad social** (Art. 45 h.) y “disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos” (Art. 45 i.), los **derechos de los trabajadores** deben ser igualmente protegidos (Art. 46), “Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso” (Art. 47), los Estados miembros harán sus mayores esfuerzos para asegurar la **educación primaria, media y superior** (Art. 49); 4. Finalmente encontramos principios y objetivos en las funciones del Consejo Integral (Capítulo XIII), que reiteran los principios y derechos del Capítulo III” (OEA).

Y, segundo, *traducir dichos enunciados, principios, objetivos de política pública a derechos, cuando no los ha reconocido ya explícitamente:*

Conviene recurrir a la *Opinión Consultiva OC-10/89* sobre la “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”, que expresamente determinó: “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” (Corte IDH 1989, párrafo 43).

Así pues, se evidencia que el *primer interrogante* estaría solventado, en cuanto al catálogo de derechos que emanan del artículo 26 de la CADH, debido a que el mismo estaría delimitado por las normas de la Carta de la OEA junto con las determinadas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Santamaría 2014, 36).

Pero, ¿cómo dotar de contenido a los antedichos derechos? Podríamos decir que existe un sector de la doctrina que argumenta que aún en el caso de que los DESC sean exigibles, el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC de 1988 (en adelante Protocolo de San Salvador) circunscribe dicha exigibilidad ante la Comisión y Corte IDH a los *derechos sindicales* y al *derecho a la educación* consagrados en los artículos 8 a) y 13 del referido Protocolo (Melish 2003, 55-60). No obstante, como se verá a continuación, este argumento debe ceder frente a la tesis de la *interpretación evolutiva* acuñada por la Corte IDH, que desplaza a la *interpretación literal* de muchas de las disposiciones normativas del *Corpus Iuris de Derechos Humanos* y, permite dotar de *contenido* a los DESC.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos*, cuya interpretación tiene que acompañar la *evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*. Asimismo, también ha sostenido que esa *interpretación evolutiva* es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una *interpretación evolutiva* la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos<sup>23</sup>.

23 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013. También ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*, 24 de noviembre de 2009.

En síntesis, se infiere que la Corte IDH en procura de revestir de *contenido a los DESC* y dándole alcance a la *interpretación evolutiva* de los mismos que se desprenden del artículo 29 de la CADH, ha remitido al *Corpus Iuris de Derechos Humanos* (Protocolo de San Salvador –para aquellos que lo han ratificado-, Observaciones Generales del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales PIDESC, entre otros) para dotarlos de efectividad.

### **¿Cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del artículo 26 de la CADH se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención?**

Igualmente, en la idea de corroborar la posibilidad de consolidar o no la tesis de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC* en el ámbito del SIDH, resulta oportuno darle respuesta a este interrogante, tomando como punto de partida las reflexiones de Sergio García Ramírez, Christian Curtis y Oscar Parra Vera<sup>24</sup>.

Primero, García Ramírez manifiesta que “las obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos incluidos por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II” (Parra Vera 2012, 19-20). Segundo, Curtis y Parra Vera señalan que “lo que agrega el artículo 26 –y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2– es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos –es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad– en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles’ salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato” (Parra Vera 2012, 19-20).

De esta manera, se percibe que las citas precedentes son lo suficientemente indicativas de la amplitud que emana de las obligaciones consagradas en los artículos 1 y 2 de la CADH, así como la naturaleza de *lex specialis* que le asiste al artículo 26 de la CADH, lo

cual permite argumentar la estrecha relación que existe entre estos artículos y por supuesto, desvirtuar la imposibilidad de configuración de la *tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa* de los DESC. A manera de ejemplo, veamos lo dicho por la Corte IDH en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, en el que se evidenció el nivel mínimo esencial que supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, a partir del deber de garantía contemplado en el artículo 1.1 de la CADH:

En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. (...) Por consiguiente, la Corte estima necesario analizar, en el marco del deber de garantía, prevención y protección del derecho a la integridad personal, si el Estado ha cumplido diligentemente con su obligación de regular, supervisar y fiscalizar a las entidades que, en este caso, prestaron servicios de salud a la señora Melba Suárez Peralta (Corte CIDH 2013, párrafo 130-133).

En síntesis, no cabe duda de que el recorrido efectuado hasta el momento, ha permitido demostrar que el artículo 26 de la CADH es plenamente exigible y que los derechos derivados son autónomos. Las respuestas esgrimidas frente a ¿cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido? y ¿cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del artículo 26 de la CADH se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención?, son una clara muestra desde el punto de vista dogmático, que los derechos que regula el artí-

24 La tesis opuesta la sostienen James Callavaro, Emily Schaffer en “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, No. 56, núm. 2, 2004, y Oswaldo Ruiz Chiriboga en “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System” *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013.

culo 26 de la CADH, van más allá de su consideración como meras políticas públicas<sup>25</sup>, sino que se tratan de verdaderos derechos autónomos, amparados por las obligaciones generales reguladas en los artículos 1 y 2 de la CADH y con la posibilidad de contar con un contenido específico a través de un adecuado ejercicio hermenéutico<sup>26</sup>.

Ciertamente, de la jurisprudencia de la Corte IDH, se ha verificado como práctica utilizar distintos instrumentos internacionales más allá de la CADH para definir contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos reconocidos y precisar las obligaciones estatales, en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte del corpus iuris internacional en materia de derechos humanos<sup>27</sup>.

## REFLEXIONES FINALES

En armonía con lo establecido en la Declaración y Programa de Viena (1993) “Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

donde la Corte IDH puede dar ese salto, valiéndose entre otros, de las herramientas hermenéuticas plasmadas en este documento.

Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>28</sup>; lo cierto es que el debate recreado por los jueces interamericanos Ferrer Mac-Gregor y Sierra Porto, plantea un punto en común atinente a que los DESC cuentan con un mecanismo de exigibilidad en el SIDH.

Como ya lo mencionamos y, haciendo alusión a lo narrado por José Saramago “suenan las campanas en un pueblo de Florencia en el siglo XVI. Las campanas no suenan para decir la hora, ni para anunciar una fiesta. Las campanas anuncian muerte. Los vecinos del pueblo se reúnen en el atrio de la iglesia para saber quién ha muerto. Se trata de la historia de un campesino cuya tierra ha sido apropiada por un hombre rico, un marqués sin escrúpulos. El campesino protesta ante el hombre usurpador, pide clemencia, se queja ante la justicia. No tiene solución ni respuesta. Finalmente decide quejarse urbi et orbi. Y toca las campanas. El campesino da la noticia de que la justicia ha muerto” (Saramago 2012) las personas que habitan los Estados miembros del SIDH, ya han realizado al igual que el campesino el respectivo reclamo a las autoridades (Caso Gonzalez Lluys vs. Ecuador); ya han acudido al aparato de justicia

No obstante, el debate por la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC se encuentra en un punto

25 “Tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero, mientras la *política* es un concepto amplio, relativo al poder en general, las *políticas públicas* corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos o situaciones socialmente problemáticas. En este contexto, las políticas públicas se soportan en determinadas posturas políticas, y éstas últimas, son factores de viabilidad y factibilidad de la política pública en cuestión”. André-Noel Roth Deubel y Gloria Molina Marín, “Introducción”, en Gloria Molina Marín y Gustavo Alonso Cabrera comp., *Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis*, (Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”, 2008), 13. Consulta 23 de abril de 2016: [http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008\\_Li\\_Molina.pdf](http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008_Li_Molina.pdf).

26 Daniel Dorado, por ejemplo, ilustra sobre la superación de la tesis de la no justiciabilidad del derecho a la salud: “Recordando lo dicho en párrafos precedentes por Tara Melish, no reviste mayores cuestionamientos el hecho de que un sector de la doctrina apunta por la defensa de la no justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, reiterando que no constituye el objeto de estudio de esta investigación pronunciarse de fondo sobre dicho particular, conviene leer en armonía las críticas reseñadas por Melish con la afirmación realizada por Ligia Bolívar, lo cual permitirá insertarse en el análisis de la *fundamentalidad del derecho a la salud desde la teoría del derecho*: “No son justiciables. Este argumento se presenta en referencia a que la ambigüedad con la que los derechos sociales fueron positivados hace imposible determinar los elementos básicos de exigibilidad, es decir, no son reales derechos subjetivos, pues no hay determinación del titular ni de la prestación, ni el cómo deberá hacerla efectiva el Estado. Además, se retoma aquí el tema de la indisponibilidad total del Estado sobre el objeto del derecho”. Así las cosas, de entrada se debe manifestar que la permitida crítica no es predicable del *derecho a la salud*, gracias a que como se verá a continuación, la estructura del mismo –sin adentrarse todavía en su *contenido mínimo o esencial*–, a partir de la revisión de los elementos que para tal fin han delimitado autores como Luigi Ferrajoli, Robert Alexy y Rodolfo Arango, permiten inferir su condición de *fundamentalidad*”. Daniel Felipe Dorado Torres, *Las licencias obligatorias de medicamentos: una garantía jurídica insuficiente del derecho a la salud en los estados miembros de la comunidad andina*, (Tesis de Maestría, DUniversidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 25 y s.

27 Eduardo Ferrer Mac-Gregor cita varios ejemplos: caso Kawas Fernández vs Honduras; caso Heliodoro Portugal vs. Panamá; caso “Instituto de Reeducación del Menor”; caso Comunidad Indígena Yakye Axa; caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia; entre otros. Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, “Hacia la justiciabilidad plena de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

28 Declaración y el Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/24 (Parte I), cap. III), párrafo 5.

donde en contados casos han recibido la efectiva garantía de sus derechos; y, finalmente se encuentran tocando la campana al máximo órgano jurisdiccional del SIDH para que a través de su jurisprudencia y, no vía enmienda de la CADH (como lo sugieren

algunos autores), sienten las bases para la anhelada justiciabilidad de los DESC y los derechos derivados como derechos plenamente autónomos, tal y como fue reconocido en la Declaración y Programa de Viena (1993) sobre la base de la dignidad humana.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Victor y Rossi, Julieta. 2004. *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Martin Claudia et al, (comps), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana
- \_\_\_\_\_ 2015 *Memorial Amicus curiae Talía Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*. Buenos Aires
- Alarcón Peña, Pablo. 2009. La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. En *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*. Quito: 2015.
- \_\_\_\_\_ *Retos del mecanismo interamericano de protección de indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales*, consulta 07 de junio de 2015, 2013. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>>.
- Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2014. *Los derechos sociales y su justiciabilidad direct*. Quito: Cevallos Editora Jurídica
- Callavaro, James y Schaffer, Emily. 2004. Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*. No. 56.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*. 2013. <<http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/abc.pdf>>.
- Courtis, Christian. 2004. Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Mexicana de Derecho Público*. N. 6. México.
- \_\_\_\_\_ Christian Steiner, Patricia Uribe (edit.)2016. *Derechos económicos, sociales y culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos*.Lima: Kondrad-Adenauer-Stiftung
- Courtis, Christian y Gargarella, Roberto.2009. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. En *CEPAL-Serie políticas sociales*. No. 153. Santiago de Chile
- Dorado Torres y Daniel Felipe. 2016. *Las licencias obligatorias de medicamentos: una garantía jurídica insuficiente del derecho a la salud en los estados miembros de la comunidad andina*. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
- Ferrer Mac-Gregor y Poisot Eduardo, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan (coord.). 2016. “Hacia la justiciabilidad plena de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Ius constitutionale commune na América Latina*. Curitiba: Juraá
- Mancisidor de la Fuente, Mikel, Manuel Mesa (coord.). 2010. Los derechos económicos, sociales y culturales: una puesta al día. *Balance de una década de paz y conflictos: tensiones y retos en el sistema internacional*. Anuario 2010-2011. Madrid: CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz
- Melish, Tara. 2003. *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDS)
- Parra Vera, Oscar. *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012,<[http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Justiciabilidad\\_de\\_los\\_Derechos\\_Economicos\\_Sociales\\_y\\_Culturales\\_ante\\_el\\_Sistema\\_Interamericano.pdf](http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Justiciabilidad_de_los_Derechos_Economicos_Sociales_y_Culturales_ante_el_Sistema_Interamericano.pdf)>.

- Roth Deubel, André-Noel y Molina Marín, Gloria. "Introducción". En Gloria Molina Marín y Gustavo Alonso Cabrera comp., *Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública "Héctor Abad Gómez", 2008, [http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008\\_Li\\_Molina.pdf](http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008_Li_Molina.pdf).
- Ruiz Chiriboga, Oswaldo, "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System" *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013.
- Saramago, José. *Foro Social Mundial*. 2012.
- Valcárcel T., Juan M. y González S., Andrés. 2008. Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario. En *Prolegómenos –Derechos y valores*. Volumen XI–Nº 22, Julio–Diciembre.
- Villán Durán, Carlos. *La protección de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas*. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf>.
- \_\_\_\_\_ Pablo Elías González Monguí coord. 2009. Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales. En *Derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia
- Corte Interamericana de Derechos Humanos:**
- 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, 14 de julio de 1989.
- Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003.
- Caso Acevedo Buendía vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2009.
- Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, sentencia de 21 de mayo de 2013.
- Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, voto concurrente Alberto Pérez Pérez, 21 de mayo de 2013.
- Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013.
- Caso *Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015.
- Caso *Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto.
- Caso *Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.
- Caso *Furlan vs. Argentina*, voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay, 31 de agosto de 2012.
- Corte Constitucional colombiana:
- Sentencia C-313, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, *Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara*, 29 de mayo de 2014.
- Corte Constitucional ecuatoriana:**
- Sentencia No. 115-14-SEP-CC  
 Sentencia No. 006-15-SAN-CC  
 Sentencia No. 019-15-SIS-CC  
 Sentencia No. 164-15-SEP-CC  
 Sentencia No. 006-15-SCN-CC  
 Sentencia No. 146-14-SEP-CC  
 Sentencia No. 344-16-SEP-CC  
 Sentencia No. 021-16-SIS-CC  
 Sentencia No. 080-13-SEP-CC  
 Sentencia No. 016-16-SEP-CC  
 Sentencia No. 074-16-SIS-CC  
 Sentencia No. 324-17-SEP-CC  
 Sentencia No. 008-09-SAN-CC  
 Sentencia No. 133-15-SEP-CC  
 Sentencia No. 309-16-SEP-CC  
 Sentencia No. 072-17-SEP-CC;
- Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948).



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

Declaración y Programa de Viena (1993).

Declaración Viena 20+ OSC. 2013.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988).