

# **EXPLORANDO UNA VÍA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

**Magda Yadira Robles Garza**  
**Academia Interamericana de Derechos Humanos**  
**Universidad Autónoma de Coahuila (México)**  
**Universidad de Monterrey (México)**

## **1.- Introducción a la problemática que se plantea**

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el único artículo de la Convención que refiere a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), sin embargo, no traslada el entendimiento ni la protección de los mismos al Protocolo de San Salvador, sino a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), determinando con ello, una imposibilidad jurídica para su protección, que es la falta de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para aplicar el Protocolo San Salvador, ya que como la Corte IDH solamente tiene competencia para aplicar la CADH y a según el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, limita la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y, en su caso, de la Corte IDH a los derechos de educación y sindicalización. En este espacio de particularidad judicial, sin embargo, se ha propiciado durante más de una década la justiciabilidad de los DESC mediante la técnica de interconexión o de aplicación directa de los derechos civiles y políticos. Por otro lado, han surgido posturas que pretenden derivar del artículo 26 de la CADH a una plena justiciabilidad de los DESC, a

partir de la interpretación del principio *pro homine* y de la inferencia de derechos que el artículo 26 de la CADH refiere. La cuestión a dilucidar será entonces, cuál es el camino para que los DESC sean justiciables en este espacio de excepcionalidad que el sistema interamericano de derechos humanos ha creado.

Para tal propósito en las líneas que siguen se expondrá en primer lugar, las referencias normativas de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el sistema interamericano para ver el contenido y alcance de dichas disposiciones. Seguidamente, se analizan los casos de excepción en materia de DESC para la Corte IDH, es decir, el derecho a la educación y a la sindicación. En un tercer momento veremos las dos posturas que existen en la Corte IDH para proteger los DESC, por un lado, la postura de deferencia legislativa que ha propiciado la técnica de interconexión de derechos en las sentencias de la Corte IDH y; por otra parte, la propuesta de derivar la exigencia normativa directamente del artículo 26 de la CADH. Con estos argumentos contrastados podríamos arribar a formular algunas conclusiones sobre si es posible derribar el espacio de excepción judicial en favor de una más amplia y directa protección de los DESC en el sistema interamericano.

## **2.- Marco normativo interamericano de los derechos económicos, sociales y culturales**

Existen cuatro documentos esenciales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos que refieren a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Ellos son, en orden histórico de aparición, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la “Declaración” o la “DADDH”), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocido como Protocolo de San Salvador.

En el primero de ellos, la Declaración consagró derechos económicos, sociales y culturales y también derechos civiles y políticos en una clara negativa a la separación tradicional de los derechos humanos que acusó en el sistema de Naciones Unidas en los dos Pactos. La Declaración plasmó como derechos la protección de la maternidad y la infancia (artículo VII), la preservación de la salud y al bienestar

(artículo XI); la educación (art. XII), a los beneficios de la cultura (art. XIII), derecho al trabajo y a una justa retribución (art. XIV), derechos al descanso y a su aprovechamiento (art. XV) y a la seguridad social (art. XVI).

Por su parte, la CADH siguió este esquema divisorio registrando en su texto un catálogo extenso de derechos civiles y políticos sin un reconocimiento explícito a la protección de los DESC. No obstante, en este catálogo de derechos humanos se incluye el precepto número 26 relativo al Desarrollo Progresivo de estos DESC remitiendo para su entendimiento a las normas económicas, sociales y de educación ciencia y cultura de la Carta de la OEA, como se advierte enseguida:

*“Artículo 26.- Desarrollo Progresivo*

*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”*

Posteriormente, el sistema interamericano adoptó en 1988 un documento normativo específico en materia de DESC, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.<sup>1</sup>

Es importante mencionar que la lista de derechos económicos, sociales y culturales que el Protocolo de San Salvador enumera es completa, por ejemplo, el Protocolo consagra el derecho al trabajo (artículo 6), a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo (artículo 7), derechos sindicales (artículo 8), derecho a la seguridad

---

<sup>1</sup> Adoptado en San Salvador, El Salvador, con fecha 17 de noviembre de 1988 en la Asamblea General – OEA, en el Décimo octavo periodo ordinario de sesiones. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999. Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>

social (artículo 9), a la salud (artículo 10), al medio ambiente sano (artículo 11), a la alimentación (artículo 12), a la educación (artículo 13), a los beneficios del progreso de la cultura (artículo 14), a la constitución y a la protección a la familia (artículo 15), los derechos de la niñez (artículo 16), protección a los ancianos (artículo 17) y protección a los minusválidos (artículo 18).

A pesar del gran avance que significó en el perfeccionamiento normativo de estos derechos, no es posible su invocación directa en el marco de las peticiones individuales que se tramitan ante la Comisión IDH y ante la Corte IDH, en virtud del artículo 19. 6 del citado Protocolo. Bajo este numeral, los únicos derechos directamente exigibles ante estos órganos son el derecho a la educación y a la sindicación, como se lee del texto:

*“19. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”*

Por tanto, los demás DESC son de imposible enjuiciamiento ante la Corte IDH en virtud de tener competencia para aplicar solamente la CADH y estos dos derechos mencionados.

Ante esta imposibilidad jurídica de judicialización, la protección de los DESC en el sistema interamericano se hace depender del artículo 26 de la CADH. Sin embargo, a la fecha (junio 2017) la Corte IDH en ningún caso ha declarado la violación de tal precepto. En este contexto normativo, pretendemos en las líneas siguientes analizar el artículo 26 de la CADH y los casos en los que se han planteado (por la Comisión IDH y sus representantes) la vulneración de este derecho con el objetivo de señalar que el artículo 26 CADH es una norma operativa de la cual es posible derivar la posibilidad de tutela de los DESC en el marco del sistema interamericano.

Para tal propósito propongo analizar en primer término el contenido del artículo 26 de la CADH con el fin de precisar el alcance del contenido esencial de tal numeral y concluir si es posible derivar derechos directamente exigibles de la Carta de la OEA. Posteriormente, analizar los casos en los que la Corte IDH ha rechazado pronunciarse sobre la vulneración al citado 26 de la CADH con el fin de averiguar si los argumentos judiciales vertidos en esos casos son congruentes con la norma. Finalmente, si del contenido esencial y los criterios judiciales respecto a esta norma, entonces la cuestión clave a esclarecer será la identificación de qué derechos estamos hablando como derechos directamente a ser protegidos por la Corte IDH.

### **3.- Las excepciones a la no justiciabilidad por la Corte IDH: el caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador y el derecho a la educación**

#### *Hechos*

El análisis de esta sentencia es relevante para nuestro estudio porque es el primer caso en la historia de la Corte IDH que se pronuncia por la violación a un derecho establecido en el Protocolo de San Salvador, me refiero al derecho a la educación. Aunque, por la naturaleza del caso como se verá en las líneas siguientes, la Corte IDH determinó la vulneración de otros derechos de la CADH como el derecho a la vida y el derecho a la no discriminación, así como la protección a los menores. La sentencia deja sentado que se vulneró el derecho a la educación contra Talía. Veamos los hechos.

El 18 de marzo de 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) sometió a la Corte IDH el caso TGGL y familia vs. Ecuador. Los agravios que presentó la parte actora fueron esencialmente que, el Estado no cumplió con el deber de garantía, específicamente “su rol de supervisión y fiscalización frente a entidades privadas que prestan servicios de salud”. Esto tiene sustento en los siguientes hechos. Talía fue contagiada con el virus del VIH/SIDA cuando tenía tres años de edad al recibir una transfusión de sangre, proveniente de un Banco de Sangre de la Cruz Roja, en una clínica de salud privada.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Las Naciones Unidas han reconocido que “el VIH y el SIDA constituyen una emergencia mundial, plantean uno de los retos más formidables para el

Los hechos probados por la actora consistieron en la regulación de la Cruz Roja y los bancos de sangre en el Estado demandado; la situación de salud de la quejosa, su hospitalización y la transfusión de sangre recibida en 1998; el contagio de VIH en consecuencia de dicha transfusión; las diversas acciones judiciales (civiles y penales) llevadas a cabo por la madre de la niña Talía sin éxito y, finalmente, las afectaciones en la educación de la quejosa derivadas del contagio. Pues se demostró que fue expulsada de la escuela donde cursaba sus estudios de educación básica por ser una persona infectada con el virus del SIDA, por tanto, su presencia ponía en peligro la salud de los demás educandos.

Razonamiento que fue apoyado por las autoridades de Educación en el país y reiterado por los tribunales judiciales, quienes atendieron al criterio de la amenaza de contagio al plantel donde estudiaba Talía, por lo que debía prevalecer el derecho de la mayoría (a la educación y la vida) frente a un caso particular (Talía). Resulta interesante el argumento de la quejosa en cuanto a la discriminación que sufrió tanto ella como su familia (hermano y madre) por su situación de persona con VIH. El cual se refiere a la situación de pobreza en que vivieron debido a la exclusión y rechazo del que fueron objeto, viéndose obligados a vivir en condiciones desfavorables y lugares apartados debido a las negativas para arrendar una vivienda.

Por lo que respecta a la asistencia sanitaria y tratamiento recibido por Talía en virtud de su contagio de VIH, resulta relevante señalar que ha sido atendida también por médicos internistas, alergólogos e infectólogos a lo largo de los años y fue internada el 20 de junio de 2005 donde se inició el tratamiento con retrovirales en un hospital militar (por ser hija de un miembro de la milicia), donde por más de 10 años ha recibido atención médica especializada sin hacer pago alguno.

Los derechos humanos involucrados en el asunto Interesa para el objetivo de estas páginas detenerme a analizar los derechos que la Corte IDH consideró vulnerados al dictar sentencia, especialmente la vinculación que hace de los derechos a la vida e integridad personal con el derecho a la salud. Así, encontramos en la sentencia el derecho a la

---

desarrollo, el progreso y la estabilidad de cada una de nuestras sociedades y del mundo en su conjunto y requieren una respuesta mundial, amplia y excepcional que tengan en cuenta que la propagación del VIH suele ser consecuencia y causa de la pobreza” (ONU, 2011).

vida, derecho a la integridad personal y derecho a la salud en cuanto a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de los servicios de salud en centros privados. Segundo, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en la asistencia sanitaria en el marco del derecho a la vida y a la integridad personal, ambos en relación con la víctima. Refiere también al derecho a la integridad personal de la madre y hermano de Talía en su calidad de familiares de la víctima. Y, finalmente, el derecho a la educación y la discriminación sufrida por su condición de persona con VIH/SIDA.

En primer término, la Corte IDH analiza el derecho a la vida y a la integridad personal en conexión con el derecho a la salud. La Corte IDH ha establecido en otros casos (2009, 2006) el criterio según el cual no es suficiente que los Estados se abstengan de vulnerar los derechos, sino que es imperiosa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En efecto, el artículo 4 de la CADH 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.

Por tanto, esta obligación se proyecta más allá de los sujetos de derecho el derecho al acceso a los medicamentos público y las personas, sino que abarca el deber de prevenir, afectaciones a la integridad personal de las personas y la acción de terceros que vulneren sus derechos en la esfera privada. Por tanto, el deber de protección se halla directamente vinculado con el derecho a la atención a la salud humana, tal como lo estableció en el caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador.<sup>3</sup> En este sentido, la Corte IDH también 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 otra parte, la sentencia recuerda la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Los cuales entiende como entendidos

---

<sup>3</sup> Corte IDH, Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, 22 noviembre 2007, párrafo 117

integralmente como derechos humanos y exigibles ante las autoridades competentes. Sin embargo, cabe aquí hacer una precisión sustancial. La Corte IDH se encuentra imposibilitada para emitir una sentencia directamente sobre los derechos establecidos en el Protocolo de San Salvador, ya que como el propio documento lo prescribe, en el artículo 19.6 que la Corte IDH tendrá competencia vinculante para los Estados miembros sobre los derechos de educación y sindicación.

Ahora bien, la sentencia de la Corte IDH consideró que el Estado vulneró los derechos a la vida e integridad personal de la niña Talía, para ello hace la inferencia diciendo que la contaminación con sangre infectada por VIH provocó un daño permanente a la salud provocada por la conducta de terceros privados, es decir, la Cruz Roja. Para emitir su dictamen la Corte IDH empleó los criterios esgrimidos en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* al precisar que: "... La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud".<sup>4</sup>

Así, el análisis que realiza la Corte IDH de la sentencia deja ver la falta de cumplimiento del Estado en relación con las nociones de aceptabilidad y calidad que deberán tener los establecimientos de salud para cumplir con los estándares del Comité DESC que hemos señalado con anterioridad. Pues su incumplimiento deriva en riesgos significativos para la salud de las personas, por tanto, es obligación directa del Estado de regularlos y supervisarlos.

En el caso que se analiza, la Corte IDH consideró que el Estado puso en riesgo la salud, la vida y la integridad de la comunidad. En particular, esta grave omisión del Estado permitió que sangre que no había sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH, fuera entregada a la familia de Talía para la transfusión de sangre, con el resultado de su infección y el consecuente daño

---

<sup>4</sup> Corte IDH, Caso *González y otras vs. México*, 16 noviembre 2009, párrafos 88 y 89

permanente a su salud. Este daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y puede enfrentar la víctima debido a su enfermedad.

En otro aspecto también relevante, la sentencia trata sobre el acceso a la información sobre los escenarios que permitan sobrellevar mejor forma la enfermedad. Para lo cual acude al Comité de los Derechos del Niño en la Observación General número 3 relativa al VIH/SIDA y los Derechos del Niño, la cual reitera la necesidad de que los niños no sufran discriminación respecto del acceso a la información sobre el VIH, porque el niño tenga acceso a servicios confidenciales de salud reproductiva y, gratuitamente o a bajo coste, a métodos o servicios anticonceptivos, así como a recibir, cuando sea necesario, cuidados o tratamientos en relación con el VIH, incluida la prevención y el tratamiento de problemas de salud relacionados con el VIH/SIDA.<sup>5</sup>

Otro aspecto que es tratado por la Corte IDH en la sentencia refiere a los derechos de los familiares, quienes, pueden ser, a su vez, víctimas.<sup>6</sup> En precedentes jurisprudenciales la Corte interamericana ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de algunos familiares con motivo del sufrimiento que estos han padecido a causa de las actuaciones u omisiones de las autoridades estatales, como lo dijo en el caso Vera Vera<sup>7</sup> y en el caso Furlan vs. Argentina<sup>8</sup> tomando en cuenta, entre otros, las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar. También se ha declarado la violación de este derecho por el sufrimiento generado a partir de los hechos perpetrados en contra de sus seres queridos.<sup>9</sup>

Así, la Corte IDH consideró que toda la familia de Talía sufrió una estigmatización como consecuencia de que fuera una persona con VIH. Respecto a todas las dificultades de salud, economía y vivienda que sufrieron los miembros de su familia, la Corte IDH destaca la constante situación de vulnerabilidad en que se encontraron Teresa e Iván Lluy al ser discriminados, aislados de la sociedad y estar

---

<sup>5</sup> ONU, 2003

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 julio 2006, párrafo 83

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, 19 mayo 2011, párrafo 104

<sup>8</sup> Corte IDH, Caso Furlán y Familiares vs. Argentina, 31 agosto 2012, párrafo 249

<sup>9</sup> Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, párrafo 84

condiciones económicas precarias. Aunado a esto, la familia Lluy no fue orientada y acompañada debidamente para contar con un mejor entorno familiar y superar la precaria situación y para superar la discriminación de la que eran objeto en diferentes áreas de su vida.

Respecto al derecho a la educación, la Corte IDH tiene competencia directa para decidir sobre casos contenciosos en torno a este derecho en virtud del artículo 19 (6) del Protocolo. Por ello, la sentencia refiere directamente a la violación al derecho a la educación teniendo en cuenta que Talía fue retirada de una escuela bajo el supuesto de poner en riesgo la integridad de sus compañeros.

Ahora bien, la Corte IDH nota que las personas con VIH han sido históricamente discriminadas debido a las diferentes creencias sociales y culturales que han creado un estigma alrededor de la enfermedad. De este modo, que una persona viva con VIH/SIDA, o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que ésta acceda en igualdad de condiciones a todos sus derechos. Teniendo en cuenta estas características, y en atención a las condiciones de vulnerabilidad que ha enfrentado Talía, la Corte estimó pertinente precisar algunos elementos sobre el derecho a la educación de las personas que conviven con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA. Para lo cual la sentencia recurre a las Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos de Naciones Unidas (2006) que precisan tres obligaciones inherentes al derecho a la educación en relación a las personas que conviven con VIH/SIDA: i) el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/SIDA; ii) la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/SIDA, y iii) el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social.

Se destaca en la sentencia que las autoridades educativas no tomaron medidas para combatir los prejuicios en torno a la enfermedad de Talía y tampoco dispusieron de información oportuna y libre de prejuicios, las medidas necesarias de educación, capacitación y programas mediáticos a fin de evitar la discriminación, el prejuicio y el estigma en todos los ámbitos contra las personas que padecen VIH/SIDA.<sup>10</sup> La Corte IDH señaló que la discriminación contra Talía estuvo asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona

---

<sup>10</sup> ONU, 2009

con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socio económico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió.

#### **4.- El debate judicial en tono a la exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Como he apuntado previamente, este es el único artículo de la CADH que refiere a los DESC, sin embargo, no traslada el entendimiento ni la protección de los mismos al Protocolo de San Salvador, sino a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Determinando, con ello, una imposibilidad jurídica que es la falta de competencia de la Corte IDH para aplicar este instrumento, ya que como la propia CADH lo estipula, la Corte IDH solamente tiene competencia para aplicar la CADH. Por otro lado, también derivado de la misma CADH, tanto la Comisión como la Corte IDH tienen competencia para aplicar este artículo. De ahí que hayan surgido posturas que pretenden derivar de esta norma a una plena justiciabilidad de los DESC, a partir de una interpretación extensiva del principio pro persona y de la inferencia de derechos de la Carta de la OEA. La cuestión a dilucidar será entonces, cuál es el contenido esencial de esta norma internacional. Algunas precisiones para el análisis serían las siguientes.

La competencia para aplicar la norma son de la Comisión IDH y de la Corte IDH, que deriva a su vez de la propia CADH. Es posible sugerir que, una norma distinta y en capítulo aparte de los derechos civiles y políticos genera dudas sobre el alcance y la intención de la protección a los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. No obstante, estas precisiones, es un hecho de que la norma contenida en el artículo 26 de la CADH requiere de dotarla de contenido esencial, por un lado, y por otro, determinar del alcance. Respecto al contenido de la norma, trataremos de elaborar un análisis que nos permita determinar su contenido y alcance de los derechos. En primer plano, como se desprende de su lectura, la norma señala el compromiso de los Estados de adoptar las “providencias” necesarias para lograr progresivamente los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación.

Esto significa que la norma no despliega directamente los derechos económicos, sociales y culturales, sino que remite a los derechos contenidos en la Carta de la OEA. Lo que sí hace la norma es establecer el compromiso de los Estados sobre la adopción de providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos. A esto debe atribuirse otra afirmación: los Estados se han obligado a hacer efectivos estos derechos. Es decir, una interpretación en otro sentido, como el decir que los Estados solo reconocen principios y postulados en la medida que las providencias pueden ser de naturaleza diversa, sin que necesariamente tenga que atribuírseles significado de justiciabilidad o exigibilidad directa.

Si a este criterio enfrentamos el argumento de que la CADH tiene como propósito proteger los derechos humanos de las personas sujetas a la jurisdicción del sistema interamericano y los mecanismos para su control, por ello, el decir que las normas establecen metas de política pública o de naturaleza política a la discreción del Estado, es inadmisibles tratándose de un instrumento internacional protector de los derechos humanos. Por otra parte, según el texto de la norma, los Estados se comprometen a dar efectividad a los derechos que se derivan de los principios de la Carta de la OEA. Con ello, quedaría zanjada la cuestión sobre la obligatoriedad de la norma en comento.

Un aspecto final tiene que ver con la “progresividad” de los DESC. La cuestión ha sido tratada por el Comité de DESC de Naciones Unidas. Al respecto señala que la progresividad indica al mismo tiempo un mandato de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación del Estado. Respecto a la gradualidad el Comité DESC sostiene que: “el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un periodo corto de tiempo...”<sup>11</sup>

De ahí que la noción de “progresividad” implique un segundo sentido, es decir, el de “progreso”, el cual consiste en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC. Tal como lo entienden autores como Abramovich, al considerar que de esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales puedan derivarse acciones exigibles

---

<sup>11</sup> Comité DESC, ONU, Observación General # 3, artículo 9.

judicialmente.<sup>12</sup> En otras palabras, esto significaría que si el Estado se obliga a mejorar las condiciones de estos derechos al mismo tiempo asume la obligación de no reducir los niveles de protección de los DESC vigentes, o en su caso, derogar los existentes.

Este debate en torno a la noción de “progresividad” está presente en el sistema interamericano desde el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú<sup>13</sup> cuando la Corte IDH interpretó la norma 26 de la CADH diciendo que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Y que su desarrollo progresivo se debe medir “en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.”<sup>14</sup>

Esta interpretación, en mi parecer, es desafortunada para el concepto de “progresividad” que la Corte IDH dio en el Caso Cinco Pensionistas porque no es clara. En efecto, parece que limita la aplicación del artículo 26 CADH sólo a afectaciones de DESC a toda la población o bien, parece indicar que solo procede aplicar el 26 CADH cuando se afecte a un grupo y que esta afectación sea representativa de una situación general que prevalezca en el país. Sin duda, desafortunada porque la Corte IDH introduce elementos interpretativos (como la situación general prevaleciente) que no aparecen en el instrumento regional de derechos humanos. Y, desafortunada también, porque no refleja una concepción de “progresividad” que ayude a la interpretación amplia o de tutela de los derechos sociales a la luz de la Convención.

La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos”. El Comité DESC de Naciones Unidas ha dicho que el

---

<sup>12</sup> Abramovich, V. y Rossi, J., “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Sociales”, en Revista Estudios Socio Jurídicos, abril, año 9, número especial, Universidad del Rosario, Colombia, 2007, página 42

<sup>13</sup> Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, 28 febrero 2003.

<sup>14</sup> Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, párrafo 147.

concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo.

Respecto a la progresividad de estos derechos humanos, el Comité DESC de Naciones Unidas señala tres aspectos esenciales de la frase. Por un lado, debe interpretarse a la luz del objetivo general, del Pacto, es decir, establecer obligaciones para los Estados con respecto a la plena efectividad de los derechos en cuestión. Este deber de “progresividad” impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Por otro lado, establece la obligación de los Estados de justificar plenamente la regresividad de los derechos, y finalmente, las medidas requieren la justificación en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

Entonces, una vez planteado el anterior debate, pasemos a la siguiente cuestión: ¿Cuáles derechos? Veamos su contenido.

## **5.- El contenido de la norma: los derechos que comprende**

Como señala Curtis,<sup>15</sup> la determinación del alcance de la norma 26 de la CADH deviene de dos pasos previos. Uno es determinar cuáles son las normas económicas, sociales, de educación, cultura y ciencia contenidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Y el segundo, una vez identificadas dichas normas, determinar si de ellas es posible derivar los derechos, como lo menciona el artículo 26 CADH que se analiza.

Cuestión aparte es la relativa al mandato de progresividad en la plena efectividad de los derechos y, por otro lado, el condicionante económico y los medios para alcanzar el objetivo, es decir, de acuerdo con el propio texto normativo: “... en la medida de los recursos disponibles, por la vía legislativa u otros medios apropiados.”

---

<sup>15</sup> Curtis, Ch. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos”; en Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pág. 365. Recuperado de: [http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la\\_proteccion\\_de\\_derechos.pdf](http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_proteccion_de_derechos.pdf)

En cuanto al primer camino, la Carta de la OEA hace mención a disposiciones respecto a la naturaleza y propósito de la propia OEA en el Capítulo I (artículos 1 y 2) y respecto a los principios firmados por sus miembros (Capítulo II, artículo 3). Como puntualiza Courtis, a este nivel es posible ver principios de política pública que permiten derivar derechos de las personas.<sup>16</sup> En otro nivel, mucho más detallado se encuentran las disposiciones recogidas bajo el epígrafe de “Desarrollo integral” en el Capítulo VII de la Carta.

Siguiendo a Courtis, la cuestión puede enfocarse en estos términos: ¿el problema radica en cómo derivar de políticas públicas derechos? Cuando regularmente se sigue el proceso inverso. Es decir, se crea la norma, se establecen derechos y obligaciones, posteriormente, se dictan políticas públicas para lograr tales objetivos por medio de indicadores de gestión y finalmente, se diseñan las medidas para lograr tales propósitos. En esta materia, como propone Courtis, acudiendo a la interpretación de normas de derechos económicos, sociales y culturales (como el PIDESC, el Protocolo San Salvador, Observaciones del Comité DESC de ONU, incluso la misma DADDH) es posible que el intérprete de la norma 26 CADH, a partir del proceso de interpretación integrador, “derive” -como manda el artículo 26 CADH- los derechos humanos a tutelar en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Siguiendo esta propuesta interpretativa sería entonces posible hablar de los derechos económicos, sociales y culturales que “derivan” de la Carta de la OEA, al menos, los siguientes:

- Derecho a la educación. Fundamento artículo 49, 34 h), 50, 47, 48. En correlación con la Observación General Núm. 11 y 13 del Comité DESC de ONU y la Observación General núm. 1 del Comité de Derechos del Niño.

- Derechos laborales. Fundamento: artículo 45, 45 g), 34 g). En correlación con el Convenio para la Protección de Trabajadores Migrantes y Familiares, Convenio de los Derechos de las Personas con Discapacidad y los Convenios de la OIT aplicables a la materia.

---

<sup>16</sup> Courtis, Ch, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”, p. 366.

- Derecho a la seguridad social. Fundamento: artículo 45 h), 46, 3 j), 45 b), 2 g), 3f), 34, 45 a), 45 f)

- Derecho a la vivienda. Fundamento: artículo 34 k), l)

- Derecho a la alimentación. Artículo 34 j), en correlación con el 12.2 del Protocolo San Salvador y 11. 2 del PIDESC

- Derecho a la salud. Artículo 34 i), en correlación con el artículo 10 del PSS, Artículo XI de la DADDH y artículo 12 del PIDESC

- Derechos culturales. Artículo 50, 30, 31, 47, 52, en correlación con el artículo XIII DADDH y artículo 15 del PIDESC y 14 del PSS.

- Derechos del consumidor. Fundamento: Artículos 34 f), 39 b. i), en correlación con el Capítulo III de la CADH

## **6.- La interpretación del artículo 26 de la CADH por la Corte IDH**

*Identificación de ejes temáticos: Derechos laborales y de la seguridad social*

Una vez que podría visualizarse una lista de derechos que podrían ser protegidos a partir de la interpretación del artículo 26 de la CADH en torno a la progresividad de los mismos, en este apartado se analizarán las posturas que los jueces de la Corte IDH han elaborado para interpretar el sentido y alcance de dicho numeral. Para ello, uso la metodología temática, bajo la cual agrupo las sentencias en ejes temáticos: Derechos del trabajo y de la seguridad social; derechos de los pueblos y comunidades indígenas y derechos de la niñez.

Por otro lado, es posible también encontrar otro grupo de sentencias en donde no se petitionó ni por la Comisión IDH ni por los representantes de las víctimas el cumplimiento del artículo 26 de la CADH. Sin embargo, fueron los propios jueces de la Corte IDH en el debate y análisis del caso quienes argumentaron vías o caminos por los cuales podría llegarse a la aplicación directa del artículo 26 de la CADH. Este grupo de sentencias no serán objeto de análisis en esta

investigación. Ahora solamente me limito a exponer los casos mencionados antes.

Para el análisis se sigue esta exposición: referencia a los hechos, la problemática debate y la decisión de la Corte IDH. Cabe precisar que el análisis sólo se centrará en el aspecto argumentativo que sirvió de apoyo para que los jueces elaboraran sus votos a favor o en contra de la justicia directa del artículo 26 de la CADH para proteger los DESC.

En este grupo de sentencias se solicitó a la Corte IDH la declaración de violación al artículo 26, ya sea por la propia Comisión IDH o por los representantes legales de las víctimas. Como he apuntado, en ningún caso la Corte IDH ha resuelto a favor. Esto puede observarse en 2003 que se resolvió el caso presentado por la Comisión IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú.

#### *Caso Cinco pensionistas vs. Perú*<sup>17</sup>

Hechos: Este asunto se inició en febrero de 1974 cuando se emitió el Decreto-Ley N° 20530 titulado “Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto-Ley 1990. Cinco pensionistas trabajaron en la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y cesaron después de haber prestado más de 20 años de servicios a la Administración.

El personal de la SBS se encontraba dentro del régimen laboral de la actividad pública, hasta que, mediante una ley de 1981, se dispuso que el personal se encontraría comprendido en el régimen laboral de la actividad privada, salvo los trabajadores comprendidos en el Decreto Ley 20530. Las cinco personas eligieron continuar con el Régimen del DL 20530 conforme al cual, el Estado reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable.

Las nivelaciones se efectuaron de manera sucesiva y periódica, cada vez que se producía un incremento por escala en las remuneraciones de los trabajadores y funcionarios activos. En abril de

---

<sup>17</sup> Corte IDH, Caso Cinco pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 febrero 2003. Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_98\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf)

1992 la SBS suspendió el pago de la pensión de uno de los pensionistas y redujo el monto de la pensión de los demás en aproximadamente un 78%, sin previo aviso ni explicación alguna. Cada uno de los pensionistas interpuso una acción de amparo contra la SBS y durante 1994 todas fueron declaradas fundadas por la Corte Suprema. En vía de ejecución de la sentencia, los correspondientes Juzgados Especializados en los Civil emitieron resoluciones a través de las cuales ordenaron a la SBS y al Ministerio de Economía y Finanzas que cumplieran con lo dispuesto en dichas sentencias definitivas. Luego de haber presentado acciones de cumplimiento, el TC se pronunció en el mismo sentido.

### *Análisis de la decisión*

La Corte IDH condena por violación al artículo 21 (propiedad privada) al considerar el derecho a la pensión como un derecho adquirido, por tanto, entra en la protección del artículo 21 de la CADH, al considerar la pensión como parte del patrimonio personal.

La sentencia es importante en cuanto a la justiciabilidad de los DESC porque la Corte IDH señala que, en el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones, los Estados pueden reducirlos únicamente mediante la vía legal adecuada y por los motivos indicados. Además, aplica el artículo 5 del Protocolo de San Salvador al señalar que sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los DESC “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”. En el presente caso, afirmó la Corte IDH que tales restricciones deben hacerse conforme a los parámetros del 21 CADH, es decir, del derecho a la propiedad privada.

Ahora bien, si el Estado quería dar otra interpretación al Decreto Ley 20530 debió: a) realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas y; b) respetar, en todo caso, las determinaciones de los tribunales de justicia.

Respecto a la justiciabilidad del 26 CADH, no obstante, la importancia histórica de la decisión en materia de reconocimiento y protección de pensiones y derechos laborales es infortunada al desestimar el petitorio de la Comisión IDH, en cuanto a la violación del deber de progresividad de los DESC, al haber reducido el monto de las

pensiones y no garantizar el desarrollo progresivo del derecho a la pensión.<sup>18</sup>

La Corte IDH sostuvo que el desarrollo progresivo de los DESC se debe medir en función de la creciente cobertura de tales derechos 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 personas pensionistas no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente.<sup>19</sup>

*Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*<sup>20</sup>

Hechos:

Mediante Decreto de 1992 se dispuso que los titulares de los Ministerios e Instituciones Públicas Descentralizadas efectúen semestralmente programas de evaluación de personal, pudiendo cesar por causal de excedencia a quienes no calificaran en dicha evaluación. Al día siguiente de su publicación, la Municipalidad Metropolitana de Lima y el Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Lima celebraron un pacto colectivo, en el cual la Municipalidad se comprometía a respetar la estabilidad laboral y la carrera administrativa del trabajador permanente.

Posteriormente, en 1996 se dispuso el Programa de Evaluación del Personal de la Municipalidad Metropolitana de Lima y se despidió a un grupo de trabajadores. Ellos interpusieron diversas acciones judiciales a fin de que se dejaran sin efecto las resoluciones de despido. Dichos amparos fueron declarados fundados mediante diversas sentencias, incluso por parte del Tribunal Constitucional. No obstante, dichas sentencias no fueron cumplidas ni ejecutadas.

---

<sup>18</sup>Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, párrafo 146.

<sup>19</sup>Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, párrafo 147

<sup>20</sup> Corte IDH, Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 febrero 2006.

Recuperado

de:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_144\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf)

Análisis de fondo:

La Corte IDH condena por la violación al artículo 25 (protección judicial) de la CADH por no cumplir el Estado con las sentencias emitidas por la Sala Constitucional y la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público.

Como se advierte en la sentencia, la Corte IDH no analiza la alegada violación del artículo 26 de la CADH porque hizo el análisis de las violaciones a los derechos de garantías judiciales y protección judicial y con ello, se refiere a las graves consecuencias que tuvo el incumplimiento de las sentencias en el marco de los derechos laborales amparados en aquellas.<sup>21</sup>

*Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*<sup>22</sup>

Hechos:

Los hechos del presente caso se contextualizan luego del autogolpe de Estado en 1992. Mediante el Decreto Ley N° 25640 del 21 de julio de 1992, se autorizó la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República. El 6 de noviembre de 1992, la recién creada la Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República emitió, en base a los resultados de evaluaciones, dos resoluciones por las que fueron cesados 1110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales, se encontraban las 257 víctimas. Dichas personas presentaron una serie de recursos administrativos que no tuvieron mayor resultado. Asimismo, presentaron un recurso de amparo que fue desestimado.

Análisis de fondo:

La Corte IDH condenó por violación al artículo 25 CADH (protección judicial) ya que el artículo 9 del DL N° 25640 prohibía expresamente la posibilidad de interponer la acción de amparo contra

---

<sup>21</sup> Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, párrafo 285.

<sup>22</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 noviembre 2006. Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

los efectos del mismo.<sup>23</sup> Esta prohibición, a juicio de la Corte IDH constituye una medida de acción inmediata que no puede ser considerada como una limitación válida al derecho de un real y efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de esta normativa, la cual contradice los artículos 8 y 25 de la CADH.

Respecto al petitorio de justiciabilidad del artículo 26 CADH la Comisión IDH señaló que el Estado es responsable por la violación a tal precepto por el carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajo consecuencias graves, como la privación injusta de su empleo y el derecho a una remuneración, así como demás beneficios laborales, la interrupción de la seguridad social, el cese de acumulación de sus años de servicio de las víctimas, lo que impidió que no pudieran acceder a su jubilación así como efectos graves en su salud.

Sin embargo, a juicio de la Corte IDH, el objeto de la sentencia no fue el determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las víctimas ni tampoco su no reposición. Lo que la Corte IDH declaró es respecto a las garantías judiciales que violó el Estado por la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos considerados vulnerados y la existencia de impedimentos normativos para un efectivo acceso a la justicia. Por tanto, la Corte IDH consciente de las consecuencias jurídicas de tal violación de derechos, en tanto que reconoce también que son las consecuencias comunes a cualquier cese tiene propios de una relación laboral. Y para ello, considera estas consecuencias en el apartado de Reparaciones y desestima el estudio del petitorio respecto al 26 CADH.<sup>24</sup>

Cabe mencionar que, en materia de reparaciones, la Corte IDH dispuso la creación de un recurso sencillo y eficaz para determinar si dichas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso o en caso contrario, determinar y fijar las consecuencias jurídicas correspondientes.

---

<sup>23</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, párrafo 117

<sup>24</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, párrafo 136

*Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*<sup>25</sup>, 01 julio 2009

Hechos:

Este caso inicia a raíz de que los 273 miembros de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú se acogieron al régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530, el cual establecía una pensión de jubilación nivelable progresivamente con la remuneración del titular en actividad de la Contraloría General de la República (CGR) que ocupara el mismo puesto o función análoga a la que ellas desempeñaban a la fecha de su jubilación. Sin embargo, el 7 de julio de 1992 se publicó el Decreto Ley N° 25597, que encargó al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) asumir el pago de las remuneraciones, pensiones y similares que hasta ese momento le correspondía pagar a la CGR, y recortó el derecho de los integrantes de la Asociación a continuar recibiendo una pensión nivelable conforme al Decreto Ley N° 20530.

Ante esta decisión, en 1993 la Asociación interpuso una acción de amparo contra la CGR y el MEF ante el Sexto Juzgado en lo Civil de Lima, a fin de que declarara la inaplicación de los dispositivos legales mencionados a favor de sus integrantes. Luego de haber interpuesto una serie de recursos, la Asociación interpuso un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional del Perú, el cual, mediante las sentencias emitidas con fecha 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, ordenó “que la Contraloría General de la República cumpla con abonar a los integrantes de la Asociación actora las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los servidores en actividad de la citada Contraloría que desempeñen cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados”, respecto de doscientos setenta y tres integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República.

El Estado dio cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, al nivelar las pensiones a partir de noviembre de 2002. Sin embargo, no cumplió con restituir los montos

---

<sup>25</sup> Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Sentencia de 01 julio 2009. Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_198\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf)

pensionarios retenidos desde el mes de abril del año 1993 hasta octubre de 2002.

Análisis de fondo:

La Corte IDH condenó por la violación al artículo 25 (protección judicial) por haber transcurrido más de 11 años desde la emisión de la primera y la última sentencia del Tribunal Constitucional del Perú y casi 15 años desde la sentencia de la Sala Civil sin que éstas hayan sido efectivamente cumplidas. La ineficacia de dichos recursos ha causado, a juicio de la Corte IDH que el derecho a la protección judicial de las víctimas haya resultado ilusorio, determinado por la misma negación del derecho involucrado.<sup>26</sup>

Consideró también violentado el artículo 21 del derecho de propiedad privada pues a través de la interpretación de propiedad privada, los derechos adquiridos son aquellos incorporados al patrimonio de las personas. Por tanto, el derecho a la pensión nivelable que adquirieron las víctimas generó un efecto en el patrimonio de estas, quienes recibían los montos correspondientes cada mes. Este patrimonio se vio afectado directamente por la reducción ilegal y las víctimas o pudieron gozar integralmente su derecho a la propiedad sobre los efectos patrimoniales de su pensión nivelable, reconocida legalmente, es decir, los montos que dejaron de percibir.<sup>27</sup>

Respecto a la vulneración del artículo 26 de la CADH, la Corte IDH sostuvo lo siguiente. Primero, el “desarrollo progresivo” de los DESC (acude al criterio del Comité DESC de ONU) en el sentido de la plena efectividad de aquellos no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo y que, en esa medida, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las necesidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar dicha efectividad. En este contexto, sostiene que el Estado tendrá la obligación de hacer esencialmente una obligación de hacer, es decir, adoptar providencias y brindar medios y elementos necesarios para lograr la efectividad de estos derechos, en la medida de sus recursos económicos. Así, la implementación progresiva de estas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el

---

<sup>26</sup> Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, párrafo 77.

<sup>27</sup> Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, párrafo 88

caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver estas violaciones de derechos humanos.<sup>28</sup>

En resumen, la Corte IDH interpreta que existe un deber (condicionado) de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Ante estas medidas, aceptadas por el Comité DESC de ONU con ciertas limitaciones, como la justificación plena por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto DESC y en el contexto del aprovechamiento máximo de los recursos que el Estado disponga.<sup>29</sup>

Por su parte, la Comisión IDH ha dicho que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso. Por lo expuesto, la Corte IDH afirma “que la regresividad resulta justificable cuando de DESC se trate”. Este caso es relevante, porque por primera vez la Corte IDH introduce un elemento interpretador en el artículo 26 CADH.

En el caso, la Corte IDH consideró que no se está frente a ninguna 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 los órganos judiciales, la Corte consideró que los derechos afectados son el 21 y 25 CADH y no el 26, por lo cual desestima la petición.<sup>30</sup>

### *Comunidades y pueblos indígenas*

#### *Caso pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*<sup>31</sup>

Hechos:

---

<sup>28</sup> Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, párrafo 102

<sup>29</sup> Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, párrafo 103

<sup>30</sup> Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, párrafo 106

<sup>31</sup> Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio 2012. Recuperado de: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

El contexto de este caso se enmarca en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. La población cuenta con 1200 habitantes aproximadamente. Su medio de supervivencia es la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Y cuenta con el registro oficial del año de 2004 del estatuto del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku.

En 1996 la empresa estatal de petróleo del Ecuador suscribió contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo de la región amazónica y el consorcio formado por dos compañías petroleras extranjeras. En numerosas ocasiones, una de las empresas petroleras intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Kichwa y conseguir el consentimiento de dicho pueblo para la exploración petrolera, aunque fueron infructuosas. En el año 2002, la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral.

Cuando en 2002 las empresas activaron la fase de exploración sísmica y ante el ingreso de una de las empresas al territorio de la comunidad, ésta paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. Hubo enfrentamientos con los miembros de la comunidad para impedir el ingreso. Sin embargo, nada se consiguió pues la empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, necesario para consumo de agua de la comunidad, taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria en Sarayaku. Las amenazas a los líderes de la comunidad continuaron entre febrero de 2003 y diciembre de 2004.

Fue hasta finales de 2010, que la empresa petrolera Petroecuador firmó Acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo. El pueblo no fue informado de los términos de la negociación de Ecuador con la empresa ni de las condiciones en que se celebró el Acta.

Análisis de fondo:

La Corte IDH en la sentencia condena al Estado por la violación al derecho a la consulta derivado del Convenio 169 de la OIT y por violación al artículo 21 sobre la propiedad comunal indígena.<sup>32</sup> Igualmente, condenó al Estado por la falta de estudios de impacto ambiental<sup>33</sup> y, el perjuicio causado al vulnerar el derecho a la identidad cultural del pueblo.<sup>34</sup>

Además, consideró vulnerados los derechos a la vida y a la integridad personal por haber puesto en riesgo gravemente los derechos a la vida e integridad personal de los miembros de la comunidad, además de las garantías judiciales que garanticen la protección efectiva, así como la falta de garantías como víctimas en especial condición de vulnerabilidad y la falta de aplicación de sus costumbres, valores usos y derecho consuetudinario.<sup>35</sup>

Respecto al 26 CADH los representantes de las víctimas solicitaron se incluyera en el petitorio de la Comisión IDH la declaración de la violación del derecho a la cultura contenido en el artículo 26 de la CADH en perjuicio de los miembros de la Comunidad. Sin embargo, la Corte IDH consideró que los hechos han sido suficientemente analizados y las violaciones conceptualizadas, bajo los derechos a la propiedad comunal, a la consulta y a la identidad cultural del Pueblo Sarayaku, en los términos del artículo 21 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, por lo que no se pronunció sobre la violación del 26 CADH.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafos 159, 167

<sup>33</sup> Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafo 204

<sup>34</sup> Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafo 213

<sup>35</sup> Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafo 264

<sup>36</sup> Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párrafo 230

*Menores de edad*

*Caso Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay*<sup>37</sup>

Hechos:

Este caso refiere a un establecimiento de internamiento para menores en conflicto. De los hechos narrados en la sentencia se desprende que el instituto no contaba con la infraestructura adecuada para un centro de detención, situación que se agravó en la medida que la población superó la capacidad máxima de éste. Además, se destacan las condiciones insalubres en las que vivían los internos. Problemas de desnutrición, falta de asistencia médica, psicológica y dental adecuada. Muchos de ellos carecían de camas, frazadas y/o colchones. Asimismo, el programa educativo del Instituto era deficiente. Adicionalmente, no se contaba con un número adecuado de guardias en relación con el número de internos y los que estaban hacían uso de castigos violentos y crueles con el propósito de imponer disciplina.

La sentencia hace recuento de 3 incendios que ocurrieron entre los años de 2000 a 2001, provocando lesiones y la muerte en los internos. Después del último incendio el Estado cerró las instalaciones y los familiares de los internos iniciaron los procesos correspondientes para solicitar la indemnización por daños y perjuicios, así como un proceso penal por los hechos narrados. En ningún caso se realizaron gestiones ni investigaciones por las autoridades.

Análisis de fondo:

La Corte IDH condenó al Estado por la violación a los derechos a la vida y a la integridad personal, al señalar que tales derechos implican que el Estado no sólo debe respetarlos, sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos en cumplimiento de su deber establecido en el 1.1 de la CADH.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 2 septiembre 2004. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf)

<sup>38</sup> Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, párrafo 158

En el presente caso, cuando el Estado se encuentra al cuidado de niños privados de su libertad, tiene además de las obligaciones para garantizar el derecho a la vida, tiene una obligación adicional, es decir, la establecida en el 19 de la CADH: debe tomar las medidas especiales orientadas en el principio de interés superior del menor, por otra parte, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de su libertad.<sup>39</sup>

Con este contexto, la sentencia analiza los derechos a la salud, a la educación, alimentación de los menores privados de su libertad.<sup>40</sup> Así como la protección de su propia vida ante los riesgos de vivir en el centro penitenciario, como las adecuadas medidas de seguridad, higiene, y medidas de evacuación y emergencia necesarias en caso de accidentes, como los incendios que se ocurrieron en el lugar.

Respecto a la violación del artículo 26 CADH, la Corte IDH recurre a la OC-9/87, en la que sostuvo que para que un recurso sea efectivo “requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. En el caso, es claro que los internos amparados por el recurso siguieron sufriendo las condiciones insalubres y de hacinamiento, sin atención a la salud, mal alimentados y en un clima de tensión y violencia que impedía el goce de sus derechos humanos como niños.<sup>41</sup>

Por tanto, la sentencia sostuvo que las violaciones a los derechos a la vida digna, salud, educación y recreación, en atención a los derechos 4 y 5 de la CADH, en relación con los artículos 19 y 13 de la misma, considera que no es necesario pronunciarse sobre el artículo 26 de la CADH.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, párrafo 160

<sup>40</sup> Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, párrafo 172 y 178

<sup>41</sup> Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, párrafos 245 y 250

<sup>42</sup> Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, párrafo 255

*Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*<sup>43</sup>

Hechos:

Los hechos del presente caso refieren a un niño de 14 años de edad llamado Sebastián Furlán, quien en 1988 sufrió un accidente al ingresar a un predio propiedad del Ejército. El inmueble no contaba con ningún alambrado o cerco perimetral que impidiera la entrada al mismo, hasta el punto que era utilizado por niños para diversos juegos, esparcimiento y práctica de deportes.

El menor fue ingresado al hospital con diagnóstico de traumatismo encéfalo craneano con pérdida de conocimiento en estado de coma grado II-III, con fractura de hueso parietal derecho. A raíz de este accidente, su padre, Danilo Furlan, interpuso demanda en 1990 en el fuero civil con el fin de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo.

El juzgado en 2000 falló a favor del menor como consecuencia de la negligencia por parte del Estado, como titular y responsable del predio. En consecuencia, condenó al Estado Nacional-Estado Mayor General del Ejército a pagar a Sebastián Furlan la cantidad de 130.000 pesos argentinos más sus intereses en proporción y con ajuste a las pautas suministradas en la sentencia.

El pago debido a favor de Sebastián Furlan quedó comprendido dentro de la Ley 23.982 de 1991, la cual estructuró la consolidación de las obligaciones vencidas de causa o título anterior al 1 de abril de 1991 que consistiesen en el pago de sumas de dinero. Dicha Ley estipuló dos formas de cobro de indemnización: i) el pago diferido en efectivo, o ii) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo.

El padre de Sebastián, ante las precarias condiciones económicas en las que se encontraba, optó por la suscripción de bonos de consolidación en moneda nacional. El 12 de marzo de 2003 el Estado le entregó 165.803 bonos. Danilo Furlan vendió dichos bonos y una vez

---

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, Sentencia de 31 agosto 2012. Recuperado de:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)

que pagó los honorarios de su abogada y costas procesales de la segunda instancia promovida, en definitiva, el padre de Sebastián tuvo en total 116.063 bonos, equivalentes a 38.300 pesos argentinos aproximadamente, de los 130.000 pesos argentinos ordenados por la sentencia.

Debido a la condición de salud en la que se encontró después del accidente, Sebastián Furlan recibió tratamientos médicos especializados, pues uno de los dictámenes diagnosticó que Sebastián tenía un 70% de discapacidad. En 2009 el padre de Sebastián solicitó una pensión no contributiva por invalidez. Sin obtener resultado favorable alguno.

#### Análisis de fondo:

La sentencia considera en primer término la condición de menor de edad de Sebastián al momento del accidente que trajo su incapacidad. Por tanto, reitera la jurisprudencia que sostiene que toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.<sup>44</sup> En tal contexto condena al Estado por la violación al derecho a la protección judicial y al derecho a la propiedad privada. Pues consideró que después de un retraso no justificado en el proceso civil por daños y perjuicios Sebastián Furlan debió iniciar una segunda etapa administrativa con el objetivo de lograr el pago de la indemnización otorgada mediante sentencia judicial.<sup>45</sup>

De acuerdo con esto, la Corte IDH observa que existe una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad. Su restricción no es proporcionada en sentido estricto porque no contemplo ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, párrafo 144

<sup>45</sup> Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, párrafo 212

<sup>46</sup> Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, párrafo 222

Además, la sentencia refiere a la violación de otros derechos como su derecho de contar con un asesor de menores en el proceso civil por daños y perjuicios.<sup>47</sup> También condena por la violación al derecho a la integridad personal y acceso a la justicia de los familiares de Sebastián, quienes se vieron enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generados por la vulneración de su familia cercana.

Por su parte, los representantes de las víctimas alegaron la violación al 26, es decir, al desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con los artículos 1.1 y 2 (Obligación de Respetar los Derechos y Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) en perjuicio de Sebastián Furlan y su familia. Sin embargo, la Corte IDH en la sentencia no hace ninguna referencia a la vulneración o no del artículo 26 de la CADH. Solamente un voto de una jueza de la Corte IDH hace referencia a la necesidad de haber declarado violado el artículo 26 de la CADH.

## **7.- Conclusiones**

Del anterior recorrido histórico jurídico de la experiencia interamericana en materia de protección de derechos económicos, sociales y culturales se desprende una línea jurisprudencial cuya base competencial se ancla en proteger los DECS mediante la técnica de la conexión e interdependencia de los derechos. Esto significa proteger derechos sociales como los derechos de la seguridad social y el trabajo, la salud y la vida digna acudiendo a la protección de otros derechos como la vida y la integridad personal.

Si bien es cierto que la Corte IDH avanza un poco en la protección de los derechos sociales, sin tener competencia directa para aplicar el Protocolo de San Salvador, salvo educación y sindicación, como se ha visto, en particular al establecer algunos estándares relacionados con el acceso a los medicamentos, temas de salud de las niñas y los niños con VIH/SIDA, las condiciones de salud y nutrición que deben contar las personas privadas de su libertad, así como la protección a la propiedad. También tienen sentido las voces de los propios jueces de la Corte IDH y un sector de la doctrina interamericana que apunta a la posibilidad de proteger estos derechos con mayor intensidad y dando mayores responsabilidades a los Estados mediante

---

<sup>47</sup> Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, párrafo 224

la aplicación directa del artículo 26 de la CADH a través de la interpretación del desarrollo progresivo de estos derechos.

Sin embargo, considero que el análisis que la Corte IDH ha realizado hasta el momento ha sido a través de la tradicional interpretación de conexidad de la salud con otros derechos como la vida y la integridad personal, libertad y propiedad. Cambiar esta posición interpretativa sin duda, demandaría una posición de mayor escrutinio de la normativa nacional o de las acciones de las autoridades en el marco de la protección y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero, por otro lado, daría lugar al inicio de la interpretación judicial del artículo 26 CADH a propósito de como los Estados implementan tales derechos de acuerdo con las particularidades de cada uno. Incluso, como lo afirma en el caso Acevedo Buendía, dar paso al escrutinio del control judicial respecto a medidas alegadas de regresividad.

Otro elemento a favor de esta propuesta sería que jueces de la Corte IDH como Eduardo Ferrer MacGregor han señalado, en varias ocasiones, en sentencias en las que se dictaminan cuestiones de salud, que se precisa una interpretación gradual y sistemática que considere el derecho internacional de los derechos humanos, así como criterios de tribunales nacionales a favor de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.