

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



50

Julio - Diciembre 2009

 Asdi
AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


Embajada Real de
Dinamarca


REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2009, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

I. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Coordinación editorial, corrección de estilo y diagramación: Marisol Molestina.

Portada y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Litografía Universal S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Índice

| | |
|---------------------------|---|
| Presentación | 7 |
| <i>Roberto Cuéllar M.</i> | |

Mensajes de inauguración

| | |
|--|----|
| <i>Del Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Roberto Cuéllar M.</i> | 13 |
| <i>De la Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Sonia Picado Sotela</i> | 17 |
| La profecía que no debemos arrojar al fuego..... | 19 |
| <i>Del Presidente de la República de Costa Rica, Óscar Arias Sánchez</i> | |

Introducción al XXVII Curso

| | |
|---|----|
| Acceso a la justicia con inclusión: un compromiso permanente | 29 |
| <i>Roberto Cuéllar M.</i> | |

Ponencias seleccionadas

| | |
|--|-----|
| Integralidad de los derechos humanos. Exigibilidad de los derechos colectivos y acceso a la justicia de las personas en condición de pobreza | 53 |
| <i>Mónica Pinto</i> | |
| Pobreza, derechos humanos y políticas públicas: aspectos conceptuales y propuestas metodológicas..... | 73 |
| <i>Eitan Felner</i> | |
| Acceso a la justicia en el ámbito interamericano. Análisis crítico y perspectivas futuras | 105 |
| <i>Nelson Camilo Sánchez</i> | |
| Notas sobre acceso a la justicia y derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos | 131 |
| <i>Óscar Parra Vera</i> | |
| Acceso a la justicia, Estado de Derecho y garantías institucionales..... | 159 |
| <i>Hernán Salgado Pesantes</i> | |

| | |
|---|-----|
| Acceso a la justicia de las mujeres..... | 173 |
| <i>Line Bareiro y Marcela Zub Centeno</i> | |
| El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes..... | 191 |
| <i>María de Jesús Conde</i> | |
| Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología..... | 209 |
| <i>David Lovatón Palacios</i> | |
| Experiencias de acceso a la justicia en América Latina..... | 227 |
| <i>David Lovatón Palacios</i> | |
| Educación en derechos humanos y acceso a la justicia: retos de las escuelas judiciales en capacitación para una justicia inclusiva..... | 283 |
| <i>Alfredo Chirino Sánchez</i> | |
| Reforma policial para la seguridad ciudadana con justicia, equidad y derechos humanos..... | 311 |
| <i>Francisco Javier Bautista Lara</i> | |

Trabajos académicos

| | |
|--|-----|
| La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia | 351 |
| <i>Shirley Campos García</i> | |
| Estado, globalización y derechos indígenas: una mirada a la situación de los pueblos indígenas en México | 379 |
| <i>Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez</i> | |

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos se complace en presentar el número 50 de su Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 2009. En la presente edición de esta revista académica se recogen algunos de los mensajes y ponencias ofrecidas en el marco del *XXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Acceso a la justicia e inclusión*, así como dos de los trabajos presentados por participantes que optaron por obtener el certificado académico.

El trabajo de promoción y educación en derechos humanos que realiza el IIDH dirigido a los más variados sectores sociales, profesionales y políticos, encuentra su expresión paradigmática en el Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos que se lleva a cabo anualmente. Entre más de 3200 ex alumnos y ex alumnas se cuenta buena parte de los y las líderes y activistas de derechos humanos en el Continente.

Desde su creación en 1983, el Curso constituye una ocasión única para que sectores muy variados, a menudo con posiciones divergentes, se encuentren y dialoguen sobre sus concordancias y diferencias, en un plan académico basado en los principios de tolerancia y respeto. Es así como personas funcionarias de las ONG y de las instancias gubernamentales de todos los países del Continente, integrantes de distintas iglesias, docentes, investigadores, estudiantes, periodistas, policías, militares, activistas, jueces, legisladores y profesionales de variadas disciplinas reciben conferencias de reconocidos especialistas internacionales, pero también encuentran espacios para intercambiar información y opiniones, generar conocimientos, plantear proyectos o definir propósitos comunes.

Por otro lado, el Curso ha tenido la capacidad de readecuarse, en su temática y metodología, a las necesidades y retos que la cambiante realidad latinoamericana presenta para los diversos sectores, convirtiéndose de ese modo en un espacio académico de vanguardia en la capacitación en derechos humanos, a través de una afortunada combinación de permanencia e innovación.

A partir de 2000 el número de la revista correspondiente al segundo semestre de cada año recoge los materiales producto de este Curso, adquiriendo un carácter monográfico; lo hace desde que la dirección del IIDH dio inicio a una estrategia centrada en el enfoque en tres grupos de derechos: participación política, acceso a la justicia y educación en derechos humanos; a su vez analizados mediante tres ejes transversales: equidad de género, diversidad étnica y participación de la sociedad civil. Más adelante se agregaría otro grupo de derechos: los económicos, sociales y culturales; así como la preocupación que atiende hoy la estrategia institucional: la realización de los derechos humanos vista desde la perspectiva de la extrema pobreza y desigualdad.

Esta edición de la Revista incluye al inicio los mensajes de inauguración del XXVII Curso Interdisciplinario, a cargo del Presidente de la República de Costa Rica, Óscar Arias Sánchez, de la Presidenta del IIDH, Sonia Picado Sotela, y de mi persona, como Director Ejecutivo de este Instituto Interamericano. A ellos sigue un artículo de introducción a la temática, preparado por quien suscribe como primera lección del Curso, y una amplia sección que recoge, en el orden de presentación, algunas de las ponencias centrales que formaron parte del bagaje académico del XXVII Curso. Se incluye el texto de las ponencias de expertos y expertas tales como Mónica Pinto (Argentina), Hernán Salgado Pesantes (Ecuador) y Line Bareiro (Paraguay), integrantes de la Asamblea General del IIDH, así como de Eitan Felner (Argentino), Nelson Camilo Sánchez (Colombia), Óscar Parra (Colombia), María de Jesús Conde (España), David Lobatón (Perú), Alfredo Chirino (Costa Rica) y Francisco Javier Bautista Lara (Nicaragua). La edición cierra con dos de los trabajos académicos, presentados por Shirley Campos García (Costa Rica) y Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez (México) para obtener el certificado académico correspondiente.

Los estudios del Curso XXVII los enfocamos en concreto a la cuestión del acceso a la justicia desde la realidad del derecho de los pobres y de las comunidades en extrema pobreza, como herramientas para la reclamación y el cambio de políticas públicas. Así, se trató

de explicitar el concepto histórico de los derechos humanos desde la visión de la justicia distributiva. Es decir, plantear con precisión teórica qué parte de la lucha por los derechos humanos está controlado en el empeño por la implantación de criterios de justicia universalmente válidos para reparar el daño material y moral a la dignidad humana de las personas y comunidades en extrema pobreza. ¿Cuáles son las implicaciones de la desigualdad estructural y la idea del derecho/justicia desde los derechos humanos de los pobres? En este sentido, la práctica motivadora y creativa del Curso XXVII, como lo indican los trabajos y conferencias de la Revista 50 del IIDH, fue llevada hacia el examen de las condiciones y requerimientos, y a la modificación de políticas públicas para acceder a la justicia desde la injusta dimensión de la pobreza crítica en la región, que afecta a más de 200 millones de seres humanos. La Revista 50 marca esa “ruta por construir en el sistema interamericano” que el IIDH avizoró desde 2006. La pobreza es causa de violaciones a los derechos humanos e interpela el doble enfoque del discurso contaminado de mucha hipocresía y de la retórica con la que soslaya la falta de responsabilidad en el cumplimiento de derechos fundamentales. Finalmente, esta Revista 50 del IIDH contiene una interpelación a la ciencia del derecho por insuficiente y a la praxis política por sospecha de fomentar el modelo excluyente y agravado al daño que hace al derecho de todos y todas, al perpetuar la desigualdad social y no lograr revertir ni siquiera la extrema pobreza en detrimento de los derechos humanos.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo, IIDH

Ponencias seleccionadas

Notas sobre acceso a la justicia y derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Óscar Parra Vera**

1. Notas sobre el artículo 26 de la Convención Americana

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana, CADH o Pacto de San José) fue adoptada en 1969 y está conformada por un Preámbulo y tres partes. La primera parte se titula “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y se divide en cinco capítulos: el primero enuncia los deberes de los Estados y el segundo refiere a derechos civiles y políticos. El tercer capítulo se titula “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y contiene solo un artículo, el artículo 26, al que se le tituló “Desarrollo Progresivo”.

Al hablar sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC), el Pacto de San José hace una remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA), adoptada en 1948 y modificada en 1967. El artículo 26 consagra lo siguiente:

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 [OEA], reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

* Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Máster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Previamente se desempeñó como Becario “Rómulo Gallegos” y consultor en derechos sociales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Parte de estas notas se derivan de Óscar Parra Vera, María Aránzazu Villanueva Hermida y Agustín Enrique Martín, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*. IIDH/UNFPA, San José, Costa Rica, 2008. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

La determinación del alcance del artículo 26 ha generado diversos debates doctrinales. El primero de ellos es si la Convención Americana consagra derechos sociales exigibles.

Algunas posiciones consideran que el énfasis en el desarrollo progresivo de estos derechos les priva de justiciabilidad, de tal forma que habría que entenderlos exclusivamente como objetivos programáticos. A ello contribuye una interpretación que considera que “los derechos” consagrados por la Carta de la OEA no serían “derechos en estricto sentido”. En efecto, y como lo señala Héctor Gros Espiell al criticar la no inclusión expresa de cada uno de los DESC en la Convención Americana,

El error consistió en no comprender que las normas económicas, sociales y culturales del Protocolo de Buenos Aires, aunque enumeraban derechos económicos, sociales y culturales no tenían como objetivo aclarar y garantizar derechos humanos sino fijar pautas de conducta de los Estados en materia económica, social y cultural¹.

Por su parte, el Juez Manuel Ventura Robles, después de analizar los antecedentes y trabajos preparatorios de la Convención Americana, considera que los DESC “no fueron incluidos” en la misma. Por esta razón, el Juez Ventura señala que la jurisprudencia de la Corte IDH ha hecho mención a estos derechos a partir de la violación de derechos civiles y políticos². Posiciones que consideran que el artículo 26 no incluyen derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 –que no incluía estos derechos³– y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como “estándar de no justiciabilidad”⁴.

¹ Gros Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*. Asociación Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, pág. 114.

² Ventura Robles, Manuel, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Revista IIDH*, No. 40. IIDH, San José, Costa Rica, 2004, págs. 91 y 130.

³ Craven, Matthew, “Economic, Social and Cultural Rights”, en: Harris, David y Stephen Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford University Press, 1998, págs. 297-306.

⁴ Cavallaro, James y Emily Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en: *Hastings Law*

El problema de estas posturas es que todos los derechos, sean civiles y políticos o sociales, son prestacionales –en el sentido de que involucran obligaciones de hacer– obligaciones positivas– y que todos son programáticos –dependen de políticas públicas que los desarrollan– por ejemplo las políticas relacionadas con administración de justicia –hacer tribunales, etc.–, en cuanto a debido proceso. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-760 de 2008) ha precisado que “la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’. Es un error categorial hablar de ‘derechos prestacionales’, pues... todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales”. Al respecto, dicho Tribunal Constitucional señaló que:

3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho...

3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”.

3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’ ”.

La obligación de desarrollo progresivo es entonces aplicable tanto a derechos civiles como a derechos sociales. El debate surge por las complejidades de las dimensiones prestacionales de los derechos sociales. Con todo, respecto a todos los derechos, sean civiles o sociales, la justiciabilidad de sus dimensiones prestacionales progresivas se relacionan con: i) la existencia de una política pública; ii) que no sea simbólica, es decir, que esté dirigida a garantizar el goce efectivo del derecho a través de acciones concretas, y iii) participación y rendición de cuentas.

Otras posturas respecto al artículo 26 de la Convención Americana defienden la tesis de la consagración de derechos exigibles en dicho instrumento. En cuanto al debate sobre los antecedentes históricos de la norma, en las actas de la Conferencia Especializada Interamericana se registran tres posturas distintas⁵: a) no alusión a los DESC; b) enumeración prolija y expresa de los mismos, y c) referencia a los DESC en forma muy general y con referencia a compromisos de progresividad. Cabe anotar que la delegación colombiana hizo una propuesta expresa por la inclusión detallada de los DESC. Esta iniciativa fue rechazada y se propuso una fórmula intermedia de remisión al Protocolo de Buenos Aires, en la que se incluyen los

⁵ Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos”, en: *Revista IIDH*, No. 30-31. IIDH, San José, Costa Rica, 2000.

derechos sociales que adicionan la Carta de la OEA⁶. Teniendo en cuenta dichas actas y el preámbulo de la Convención, según el cual compete a este instrumento la determinación de competencias de los órganos del sistema en materia de DESC⁷, es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su consentimiento respecto al reconocimiento de los DESC en la CADH⁸.

Por su parte, Abramovich y Rossi resaltan que el artículo 26 alude claramente a la “adopción de medidas” para dar “plena efectividad” a “derechos”. En este sentido, su interpretación literal permite concluir que no enuncia meros objetivos programáticos⁹. Estos derechos, de acuerdo a las palabras de la norma, deben inferirse a partir de las normas económicas, sociales y culturales de la Carta de la OEA. Asimismo, cabe anotar que el Juez Sergio García Ramírez también ha señalado que el artículo 26 contempla derechos y que

6 OEA, Secretaría General, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, 1969.

7 En el preámbulo de la Convención se afirma que los Estados parte en la Convención Americana la aprueban “[c]onsiderando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”.

8 Un exhaustivo análisis de los trabajos preparatorios y del recorrido de los DESC en la Conferencia Especializada Interamericana, en orden a defender la tesis del consentimiento de los Estados respecto a la protección de los derechos sociales a través de la CADH, puede verse en Melish, Tara, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*. Center for Human Rights and Global Justice, Nueva York, 2006, págs. 49 a 56.

9 Abramovich, Victor y Julieta Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: Martin, Claudia, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Fontamara, México, 2004.

Todos los derechos... contenidos en el Pacto de San José y aceptados por los Estados... se hallan sujetos al régimen general de supervisión y decisión, o dicho de otra manera, a los “medios de protección”¹⁰.

Si se aceptan estos puntos de partida (que la Convención Americana consagra derechos sociales), la tarea posterior recae en la interpretación del artículo 26 para determinar i) cuáles son los derechos que es posible inferir a la luz de dicha remisión a la Carta de la OEA, ii) cuáles son los alcances de la cláusula de desarrollo progresivo y iii) cómo operan las obligaciones estatales en relación con estos derechos¹¹.

Al resolver estos problemas jurídicos, si existen posiciones en conflicto o dudas, la Corte IDH ha señalado que al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (entre muchos otros, ver el Caso de la Masacre de Mapiripán, párr. 106). Por otra parte, es imprescindible reconocer la jurisprudencia constante de la Corte IDH, siguiendo en este punto a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de considerar a las convenciones de derechos humanos como “instrumentos vivos” que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales y que la interpretación de los derechos debe hacerse “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional

¹⁰ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 9. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, julio-diciembre 2003, págs. 139 y 141.

¹¹ La doctrina ha evaluado exhaustivamente estos temas. Ver en particular, Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Yale Law School/CDES, Quito, 2003, págs. 379-392; Abramovich y Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26...” págs. 457-478; Faúndez Ledesma, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en: AA.VV., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. IIDH, San José, Costa Rica, 2004, págs. 98 a102 y 113 a 120; Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: Courtis, Christian, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*. Porrúa-ITAM, México, 2005, págs. 1 a 66.

contemporáneo”¹². La tarea del intérprete es actualizar el sentido normativo de la Convención. Además, como lo resalta Héctor Faúndez, el artículo 29 d) de la CADH señala que ninguna de sus disposiciones se puede interpretar en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza¹³. Cabe resaltar que esta declaración, tal como fue precisado, consagra expresamente diversos derechos sociales.

Ahora bien, entre las posturas sobre los derechos sociales que se derivan del artículo 26 se encuentran: i) interpretaciones que entienden como derechos incluidos en la norma sólo aquellos que puedan derivarse de la Carta de la OEA, sin que pueda utilizarse la Declaración Americana o el principio pro persona para su determinación. Según esta postura, el principio de interpretación más favorable sólo debe ser utilizado para fijar el alcance de la respectiva norma¹⁴. Por otra parte, se encuentran: ii) posturas que mediante la aplicación del principio de interpretación más favorable determinan los derechos armonizando la Carta de la OEA, la Declaración Americana¹⁵ y el Protocolo de San Salvador¹⁶ así como otros instrumentos internacionales pertinentes a la materia (PIDESC, Convenios de la OIT, etc.)¹⁷.

-
- ¹² Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 120.
- ¹³ Faúndez Ledesma, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”... pág. 100.
- ¹⁴ Abramovich y Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26...”... págs. 470 a 478.
- ¹⁵ Entre las opciones de litigio defendidas por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) se encuentra la utilización del estándar definido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva sobre la Declaración Americana, según el cual, “la Declaración Americana determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA”. CEJIL considera que “los derechos protegidos por la Carta, a que se refiere el artículo 26, serían aquellos contenidos en la Declaración Americana”. CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el Sistema Interamericano*. CEJIL, San José, 2005, pág. 75.
- ¹⁶ Melish, Tara, “Enfoque según el artículo 26: Invocando los DESC que se derivan de la Carta de la OEA”... , págs. 383-388.
- ¹⁷ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”... págs. 8 a 29; CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*,... págs. 76 a 78 y Krsticevic, Viviana, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en: CEJIL, *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*. CEJIL, San José, 2004, págs. 167 a 173.

A continuación se hace referencia a algunos elementos interpretativos que pueden ser de utilidad al enfrentar estos problemas.

Respecto a los derechos consagrados en el artículo 26, es importante tener presente que la remisión efectuada por este artículo involucra varias normas de la Carta de la OEA. El conjunto de derechos que es posible inferir puede ser relativamente amplio, pero todo depende de la técnica argumentativa que se utilice para ello¹⁸. Más aún si se tiene en cuenta la dificultad de derivar derechos a partir de normas que establecen objetivos y medidas de políticas públicas. Coincido con Christian Courtis, quien señala que

La validez de la inferencia es susceptible de grado: cuanto más clara y abundante sea la base normativa –los “índices”– a partir de la cual se realiza la inferencia, mayor certeza habrá al respecto de su validez. Por el contrario, si las referencias normativas a partir de las cuales se realiza la inferencia son oscuras, vagas o aisladas, la validez de la inferencia se verá debilitada¹⁹.

Cabe resaltar que la Comisión Interamericana ha defendido la exigibilidad de algunos derechos sociales a través del artículo 26 en el marco de informes de país²⁰ e informes sobre casos individuales. En

¹⁸ En forma meramente explorativa, y bajo la prevención de que siempre es necesaria una construcción argumentativa que justifique la inferencia concreta de derechos, es posible aludir, *inter alia*, a estos derechos sociales en el artículo 26 de la CADH: derechos laborales (derecho al trabajo y conexos) tales como el derecho a salarios justos, condiciones seguras para la vida y la salud en el trabajo, nivel de vida decoroso, jubilación, pensiones por incapacidad, sindicalización, libertad sindical, negociación colectiva y huelga (artículo 26 CADH y artículos 34 g), 45 b), 45 c), 45 d), 45 g) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la seguridad social (artículo 26 CADH y artículos 45 b) y h) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la educación (artículo 26 CADH y artículos 34 h), 47, 48, 49, 50 y 52 de la Carta de la OEA), derecho a los beneficios de la cultura (artículo 26 CADH y artículos 47, 48, 50, 51 y 52 de la Carta de la OEA), derecho al bienestar material o a un nivel de vida adecuado (artículo 26 CADH y artículos 34, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la salud (artículo 26 y artículos 34 i, 34.l de la Carta de la OEA), derecho a la alimentación (artículo 26 y artículos 34 j), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la vivienda (artículo 26 CADH y artículos 34 k), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA) y derecho a un ambiente sano (artículo 26 CADH y artículos 34 l, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA).

¹⁹ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”..., págs. 8 a 9.

²⁰ La CIDH ha dicho que “la Carta de la [OEA] en la reforma efectuada a través del Protocolo de Buenos Aires, en diferentes artículos, entre los que se destacan

el caso Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua, relacionado, *inter alia*, con un despido arbitrario posterior al desarrollo de una huelga, la CIDH consideró que “los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los [DESC] tutelados por la Convención Americana en su artículo 26” y que en dicho caso, “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”. Asimismo, la CIDH ha reconocido expresamente que el artículo 26 consagra el derecho a la salud (caso Jorge Odir Miranda Cortez, párr. 47; caso Luis Rolando Cuscul Pivaral y otros, párr. 42) y el derecho a la seguridad social (Informe de fondo en el caso Cinco Pensionistas; caso Jesús Manuel Naranjo Cárdenas, párrs. 61 a 64).

Por su parte, la Corte IDH ha tenido que analizar el artículo 26 en algunos casos contenciosos. En el caso Cinco Pensionistas, la CIDH alegó que el retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social constituía una violación del artículo 26. La Corte declaró violado el derecho a la propiedad (artículo 21 de la Convención) pero no el derecho a la seguridad social, considerando que “el desarrollo progresivo” de los derechos sociales 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 [(párr. 147), razón por la cual desestimó] la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de (dicho) caso [(párr. 148)].

el 33, 44 y 48, consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales”. (Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999. Capítulo III, párr. 4).

Diversas críticas han surgido en relación con este fallo²¹. Sin embargo, cabe resaltar que la Corte entendió que la Convención Americana consagra derechos sociales en su artículo 26 aunque, en el caso concreto, la Corte IDH concentró su análisis en una interpretación del principio de progresividad con requisitos de prueba de tipo colectivo.

En el caso Instituto de Reeducción del Menor, la Corte analizó el alegato de los representantes según el cual se vulneraba el artículo 26 por la no garantía de niveles mínimos de satisfacción de los derechos sociales. Para fijar el alcance del derecho a la vida, el Tribunal tuvo en cuenta derechos sociales consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, razón por la cual consideró innecesario pronunciarse, en el caso concreto, respecto al artículo 26.

De otro lado, en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, la Corte utilizó el artículo 26 en su análisis de la violación del derecho a la vida. El Tribunal señaló que la obligación de “generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”, es un deber para cuya verificación, en el caso concreto, debía ser tenido en cuenta, *inter alia*, el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención y algunos derechos sociales establecidos en el Protocolo de San Salvador (párrs. 162 y 163).

La Corte IDH pareciera abandonar la opción de determinar derechos sociales a partir del artículo 26 para concentrar la exigibilidad de los mismos a través de los derechos civiles y políticos. Esta opción, basada en el principio de interdependencia de los derechos humanos, es sumamente valiosa. Sin embargo, el enfoque de interdependencia podría constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares

²¹ Melish, Tara, “A Phyrrie Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, en: *Revista CEJIL*, No. 1. CEJIL, San José, Costa Rica, 2006, y Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad: Apuntes introductorios”, en: Courtis, Christian, (coord.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

de derechos civiles y políticos²². En este sentido, se pierde la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades).

De allí la importancia del debate sobre las obligaciones que se derivan del artículo 26. Al respecto, la CADH enuncia en sus dos primeros artículos obligaciones generales (“respetar”, “garantizar” y, en función de este último deber, “adoptar medidas”). Luego, en su segundo capítulo, refiere a los derechos civiles y políticos sin enunciar deberes de tal carácter. Posteriormente, en el único artículo perteneciente a su tercer capítulo, que versa sobre DESC, la CADH se refiere a obligaciones generales relativas a estos derechos (“adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos”). Surge la duda entonces de si las obligaciones expresadas en los artículos 1 y 2 del Pacto de San José son o no aplicables a los DESC reconocidos en el tratado.

El Juez García Ramírez señala que “[l]as obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos abarcados por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”²³. La misma postura es avalada por Christian Curtis aduciendo que si estos artículos no distinguen a qué derechos refieren, tampoco debe hacerlo el intérprete²⁴. La Jueza Cecilia Medina Quiroga acepta esta razón y agrega que a la misma puede adicionarse el principio de interpretación más favorable. No obstante, la Jueza Medina expresa sus reparos, aduciendo que, dado que los artículos 2 y 26 se superponen, en el sentido que ambos establecen el deber de adoptar medidas, parecería

22 Sobre este punto, ver Melish, Tara, “El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en AA.VV., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, México, 2005, págs. 215 a 217.

23 García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”... pág. 139.

24 Curtis, Christian, “La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... págs. 2 a 29.

que se han querido establecer obligaciones distintas. Además, agrega, si los artículos 1 y 2 se aplican al artículo 26 tampoco estaría claro qué deben respetar y garantizar los Estados. Una solución, según la Jueza de la Corte IDH, sería sostener que debe garantizarse y respetarse el desarrollo progresivo, aunque señala que “la aplicación de (esos deberes generales de la CADH) no parece ayudar al progreso de los (DESC) si el objeto del respeto y garantía es la progresividad de éstos²⁵.”

Sin embargo, compartimos la respuesta de Christian Courtis a este argumento en el sentido de que el objeto de las obligaciones de respeto y garantía son los derechos sociales consagrados en el artículo 26. En palabras de este autor,

...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 inmediato²⁶.

Cabe resaltar que la obligación de desarrollo progresivo no niega la justiciabilidad de estos derechos e, incluso, abre algunas esferas de control judicial del deber de no regresividad.

De otra parte, es importante resaltar que las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 (deber de garantía) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) son aplicables a los DESC consagrados en el artículo 26²⁷.

²⁵ Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*. Corte IDH, San José, Costa Rica, 2005, págs. 227 a 228.

²⁶ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ponencia presentada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, IIDH, San José, 2007, pág. 23.

²⁷ Ver los artículos de Christian Courtis y Tara Melish citados, así como Melish, Tara, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”,

En conclusión, el debate en torno al artículo 26 de la Convención Americana es amplio. Con todo, es posible inferir que en este artículo se consagran derechos económicos, sociales y culturales exigibles a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía (prevención, protección y cumplimiento).

2. Dos grandes avances en la Comisión Interamericana: los informes sobre acceso a la justicia e indicadores en derechos sociales

a. El informe sobre acceso a la justicia en derechos sociales

En septiembre de 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó su informe sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, desde la perspectiva de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “Informe sobre Acceso a la Justicia en DESC”)²⁸.

en: Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*. Cambridge University Press, 2007. Cabe anotar que esta última autora considera que el éxito del litigio internacional ante el Sistema Interamericano que invoque directamente DESC estará asociado a que se analicen los casos con base en los deberes de respeto y garantía y no con base en la obligación de desarrollo progresivo. Para Melish, la progresividad es un estándar de monitoreo, no utilizable en el litigio. La autora explica que el deber de respeto es una obligación negativa e inmediata, y que el deber de garantía involucra obligaciones positivas que en algún modo dependen de los recursos de los Estados. Por el contrario, la obligación de desarrollo progresivo se evalúa ponderando los resultados alcanzados en la satisfacción de los derechos de la población. Finalmente, esta autora considera que “la diferenciación entre “tipos” de obligaciones aplicada a los derechos del Capítulo II y del Capítulo III [de la CADH], respectivamente –uno enfocado en la apropiada conducta estatal, el otro en los niveles globales de disfrute de los derechos más allá de la conducta de los Estados– es la mayor debilidad de la [Corte IDH] en términos de la adecuada protección de los derechos socioeconómicos”. Ver Melish, Tara, “El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”... págs. 213 y ss.

²⁸ CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4 del 7 de septiembre 2007.

En primer lugar, respecto a la obligación de remover obstáculos económicos o financieros para garantizar el acceso a los tribunales, la CIDH señaló que es común que “la desigual situación económica o social de los litigantes se reflej[e] en una desigual posibilidad de defensa en juicio”.

En este punto, aspectos tales como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso, resultan de importante valor instrumental para la exigibilidad de los DESC. Por ello, retomando pronunciamientos tales como la Opinión Consultiva OC-11 de la Corte IDH sobre excepciones al agotamiento de recursos internos, la CIDH indicó que debería proceder asistencia legal gratuita teniendo en cuenta: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso, y c) la importancia de los derechos afectados. Además, se indicó que ciertas acciones judiciales –como algunas acciones constitucionales– requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento.

De otra parte, se analizó la forma en que los costos del proceso, sea éste judicial o administrativo, y la localización de los tribunales, son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales. Ello ocurrió en el caso *Cantos vs. Argentina*, analizado por la Corte IDH, donde la tasa que se le cobraba a una persona para poder litigar era tan desproporcionada como para limitar excesivamente su acceso a la justicia. De otra parte, la CIDH ha señalado que el recurso judicial que se establezca para revisar el actuar de la administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también “económico” o asequible, en particular, cuando quien intenta la revisión de su queja hace parte de un grupo en situación de vulnerabilidad, como fue recomendado en el informe sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.

Teniendo en cuenta este último informe, particularmente en lo que refiere a mujeres afrodescendientes y pueblos indígenas, la CIDH resaltó la necesidad de identificar situaciones estructurales de

desigualdad que restringen el acceso a la justicia a determinados sectores de la sociedad. En estos casos, la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela.

En segundo lugar, la CIDH analizó los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales. En particular, fueron analizados casos que involucran, entre otros, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas, derechos de los inmigrantes y derechos vinculados a la protección del ambiente; tanto la CIDH como la Corte IDH han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos. Así, ambos órganos han establecido que el debido proceso legal debe ser respetado en todo procedimiento tendiente a la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, en particular, la garantía de debido proceso en sede administrativa. Por ejemplo, la Comisión Interamericana ha considerado que entre los elementos componentes del debido proceso legal administrativo se encuentra la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego. De acuerdo con la CIDH, dicha garantía incluye: el derecho a ser asistido jurídicamente; a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y evacuar las correspondientes pruebas. La Comisión Interamericana también ha considerado a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso, como un componente básico de la garantía. Además, la CIDH precisó el contenido del derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto y el derecho al plazo razonable del proceso.

Otro aspecto analizado en el informe se relaciona con el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos sociales. Este derecho exige que los Estados brinden mecanismos judiciales idóneos y efectivos

para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva. Tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. La CIDH precisó la necesidad de procedimientos judiciales que no presenten condiciones u obstáculos que le quiten efectividad para cumplir con los fines para los que fueron previstos. Sobre esto último, la CIDH resaltó algunos casos relacionados con asegurar la efectiva ejecución de las sentencias que dicta el Poder Judicial de cada Estado.

b. El informe sobre indicadores

El 19 de julio de 2008 la CIDH emitió uno de sus más importantes pronunciamientos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Se trata del informe “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales” (en adelante “Lineamientos”)²⁹. Este informe reconstruye parte de la experiencia interamericana en la materia y propone algunas estrategias para la supervisión del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”).

El artículo 19 del Protocolo de San Salvador establece la obligación que tienen los Estados Partes de presentar informes periódicos sobre las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el respeto de los derechos protegidos por el protocolo. En relación con este mecanismo de monitoreo, la Asamblea General de la OEA aprobó en junio de 2005 las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador”³⁰. Estas normas encomendaron al Consejo Permanente que, a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, propusiera la composición y el funcionamiento del Grupo de Trabajo establecido para el análisis de los informes nacionales. De otra parte, la Asamblea dispuso que la CIDH propusiera los indicadores de progreso a ser empleados para cada agrupamiento de derechos protegidos sobre los que deba presentarse informe.

²⁹ OEA/Ser/L/V/II.132 Doc 14, 19 julio 2008.

³⁰ Resolución AG/ RES. 2074 (XXXV-0/05).

En cumplimiento de este mandato, la CIDH presentó en julio de 2008 la versión final de los Lineamientos. Entre los principales aportes del documento se destacan los siguientes:

i. **Precisiones estratégicas en relación con el principio de regresividad y la prohibición de no regresividad**

La prohibición de regresividad como estándar de protección judicial ha sido objeto de innumerables discusiones³¹. Su alcance está ligado a su alter-ego, el principio de progresividad de los derechos humanos, en particular, de los derechos sociales. En sus Lineamientos, la CIDH caracteriza este criterio de protección y resalta su importante papel para el control de las políticas sociales:

El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales permite su aplicación tanto en el examen de situaciones generales, como respecto de situaciones particulares de eventual retroceso en relación con el ejercicio de ciertos derechos. [Aplica no solo para analizar] los cambios del cuadro de situación general de un país en un período determinado, sino también, en la medida de lo posible, [para] identificar ciertas situaciones particulares graves de afectación de derechos del Protocolo, en especial problemas de alcance colectivo o que obedezcan a prácticas o patrones reiterados, o a factores de índole estructural que puedan afectar a ciertos sectores de la población, por ejemplo la negación del acceso a derechos sociales básicos de una comunidad étnica o de un grupo social determinado.

En virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el Protocolo o bien con posterioridad a cada avance “progresivo”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente. De esta forma, una primera instancia

31 Análisis doctrinal exhaustivo en relación con esta figura puede verse en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás...* y Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en: *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*. UNAM, México, 2008.

de evaluación de la progresividad en la implementación de los derechos sociales, consiste en comparar la extensión de la titularidad y del contenido de los derechos y de sus garantías concedidas a través de nuevas medidas normativas con la situación de reconocimiento, extensión y alcance previos³².

A continuación se profundiza en este importante estándar de los Lineamientos teniendo en cuenta la experiencia colombiana y del Comité DESC de Naciones Unidas. Al respecto, cabe resaltar que el diálogo entre estos estándares abstractos y su aplicación a casos concretos permitirá dar luces respecto a si esta prohibición de regresividad aplica sólo a situaciones generales, colectivas o vinculadas a patrones, o si también puede aplicar a situaciones concretas asociables a derechos subjetivos.

Así por ejemplo, desde su sentencia C-251 de 1997, en el marco del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional de Colombia resaltó que

...el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional y por ello está sometido a control judicial estricto³³.

Aplicando este criterio al caso del derecho a la salud, en las sentencias C-1165 de 2000 y C-040 de 2004 se declaró la inexecutable de normas que desconocían el mandato de ampliación progresiva de la seguridad social. Se trataba de una disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud (el régimen para las personas que no tienen capacidad de pago) so pretexto de la “racionalización del gasto público”. Dado que se disminuían en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, la Corte resaltó, *inter*

³² CIDH, *Lineamientos*, párrs 5 y 6.

³³ Una delimitación exhaustiva de los diversos componentes de este control estricto, a partir de la jurisprudencia colombiana, puede verse en Arango, Rodolfo “La prohibición de retroceso en Colombia”, en: Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás...* págs. 153 a 171.

alia, el principio de prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación. Además, se indicó que se vulnera el principio de progresividad cuando no se avanza en orden a lograr el principio de universalidad en la cobertura de salud, según lo ordena la Constitución y la ley³⁴.

Pero la prohibición de regresividad también ha sido aplicada en casos concretos sobre derecho a la salud. Un ejemplo es el caso denunciado por una persona que tuvo que trasladarse de una ciudad a otra para continuar su tratamiento de hemodiálisis debido a que su entidad de salud terminó unilateralmente el contrato con la unidad renal que se encontraba en su ciudad. La Corte colombiana³⁵, tomando como punto de partida el derecho internacional (en particular, la Observación General No. 14 del Comité DESC) ponderó entre los principios de accesibilidad y calidad del servicio, a lo cual es inherente proclamar su necesaria coexistencia y la imposibilidad de sacrificar el uno para salvaguardar el otro (dado que son elementos esenciales del derecho a la salud). El caso permitía analizar la tensión que surge cuando se disponen servicios de salud más cercanos pero con condiciones médico-científicas inferiores a otros menos cercanos. El juicio de ponderación establecido por la Corte fue el siguiente:

- Definir si la medida resultante no constituye una política pública regresiva, no justificada con base en la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y que fue tomada sin realizar un análisis suficiente de otras posibilidades distintas a la medida contraria al cumplimiento del deber de progresividad. En caso que este análisis resulte fallido, la medida vulnerará el derecho a la salud y, por ende, no será admisible.

³⁴ En este sentido, la sentencia C-130 de 2002 señaló que “si bien el desarrollo progresivo de la seguridad social para lograr la cobertura total de los servicios de salud para todos los habitantes... debe hacerse gradualmente, para lo cual los recursos existentes en un momento dado juegan un papel determinante, esto no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de (la Constitución)”.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-739 de 2004.

- Cuando se acredite que la política adoptada no es regresiva e injustificada, será procedente el ejercicio de ponderación entre los postulados antes anotados, labor que deberá satisfacer dos requisitos básicos:

* Que la medida resultante no afecte el núcleo esencial de cada postulado, constituyéndose como una política desproporcionada o irrazonable que impide el goce cierto del derecho a la salud. La Corte resaltó que en dicho caso bajo estudio,

...no será admisible una decisión que permita que el servicio público de salud sea prestado en condiciones médico científicas que pongan en riesgo la vida de los pacientes o que estén dispuestas de forma tal que los afectados queden objetivamente aislados del acceso físico a las instituciones encargadas de las prestaciones asistenciales.

* Que la política implantada sea compatible con la protección adecuada de los fines básicos del derecho a la salud, tales como la conservación de la vida en condiciones dignas. El Tribunal indicó que:

En el presente estudio, este requisito sería desconocido en caso que, bien por la imposibilidad de acceder a los establecimientos de asistencia médica o debido a la falta de calidad de los procedimientos médicos suministrados, no sea posible obtener el tratamiento adecuado para recobrar el estado de salud o, incluso, se afecte el bienestar físico o emocional del usuario del servicio.

Al resolver el caso concreto, la Corte consideró que la actuación de la entidad de salud no vulneró los derechos fundamentales de los accionantes puesto que (i) el traslado de los usuarios del tratamiento de hemodiálisis a [otra] ciudad se fundó en motivos serios y compatibles con el cumplimiento de las finalidades propias del derecho a la salud, en especial la protección de la vida en condiciones dignas; (ii) esta decisión no constituyó una afectación injustificada del principio de progresividad del derecho a la salud ni afectó el contenido esencial de los postulados de accesibilidad y calidad, sino que, antes bien, constituyeron un desarrollo de los mismos para el caso concreto, y (iii) no existe prueba suficiente que los pacientes o sus familias

carezcan de los recursos necesarios para asumir los costos de transporte, razón por la cual no está acreditada la vulneración del postulado de accesibilidad al servicio de salud. Cabe resaltar que no existían otras posibilidades de atención menos gravosas dado que la única unidad renal ubicada en la ciudad en la que se quería el servicio era una unidad que había sido descalificada en una auditoría. De otra parte, se estableció que el servicio de transporte entre ambas ciudades era de fácil acceso y que los pacientes no carecían de los recursos económicos necesarios para desplazarse entre una y otra.

Como se observa, los juicios de proporcionalidad y ponderación que se aplican en estos casos exigen el seguimiento de pasos metodológicos que salvaguarden la fundamentación y legitimidad de la decisión judicial que se adopte. Al respecto, puede resultar útil la propuesta de criterios de control desarrollada en 2007 por el Comité DESC³⁶. Según este Comité, el análisis de denuncias según las cuáles un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, requiere analizar las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son “adecuadas” o “razonables”, se pueden tener en cuenta:

- a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales;
- b) si el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria;
- c) si la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos;
- d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto;

³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto*, E/C.12/2007/1 del 21 de septiembre de 2007.

- e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas;
- f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.

Asimismo, dicho Comité señaló que cuando no se adoptan medidas o éstas son de carácter regresivo, corresponde al Estado Parte probar que la decisión pertinente se basó en el examen más exhaustivo posible y que está debidamente justificada en relación con la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y por el hecho de que se utilizaron plenamente los recursos disponibles. Cuando se aduzca “limitaciones de recursos” para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, el Comité señaló que examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a estos criterios:

- a) el nivel de desarrollo del país;
- b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto;
- c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica;
- d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional;
- e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo, y
- f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto³⁷.

³⁷ *Ibidem*.

ii. La diferenciación conceptual entre indicadores socioeconómicos e indicadores sobre derechos

La CIDH introduce esta distinción a efectos de esclarecer en qué términos esta propuesta no busca duplicar el trabajo de otros organismos especializados que ya producen indicadores en la región. En este sentido, los Lineamientos diferencian entre progreso económico y social y cumplimiento del Protocolo de San Salvador. Esto último implica el cumplimiento de obligaciones jurídicas y su evaluación no implica una valoración general de las políticas públicas. No obstante, existen puntos de contacto, ya que el cumplimiento de los referidos deberes frecuentemente se hará mediante la adopción de políticas. De todos modos, no se trata de apreciar la opción que libremente escojan los Estados para satisfacer los derechos, sino de evaluar si las mismas violan o no derechos reconocidos en el Protocolo. Una política puede ser eficiente en términos de aumento de riqueza pero ser incompatible con dicho tratado, por ejemplo, por ser discriminatoria.

En consecuencia, la CIDH propone diferenciar entre indicadores de contexto económico y social e indicadores de derechos. Éstos, a diferencia de lo que puede ocurrir con los primeros, no se restringen a recabar información sobre la situación económica y social de un Estado. Si bien tal determinación será útil, se trata de complementar estos datos con otros referidos a mecanismos institucionales y políticas que apunten a efectivizar los derechos y a factores estructurales que hagan esto posible, como pueden ser el reconocimiento legal de un derecho, el funcionamiento de sistemas de justicia o mecanismos de participación, transparencia y rendición de cuentas, entre otros. Los indicadores de derechos también deben apuntar a ponderar la capacidad de las personas de exigirlos, lo que depende de capacidades materiales, intelectuales, información, conocimiento, entre otros.

iii. La propuesta de indicadores cuantitativos y señales de progreso cualitativas

La propuesta de la CIDH exige diferenciar entre los objetivos, que son aquellos fines que se desea alcanzar y se expresan en términos cualitativos (“reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años”),

las metas, que son los niveles cuantitativos que se desean alcanzar en un período determinado (“reducir en dos terceras partes, entre 1990 y 2015, la mortalidad de los niños menores de 5 años”) y por último los indicadores, que son variables usadas en las metas para medir el progreso hacia los objetivos (“tasa de mortalidad de los niños menores de 5 años”).

En cuanto al tipo de indicadores de derechos a utilizar, la CIDH propone complementar indicadores cuantitativos –por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, “cantidad de médicos por habitante”– con indicadores de progreso, a los que llama “señales de progreso cualitativas”, que tienen por finalidad poner en contexto a los primeros.

Las señales de progreso cualitativas involucran indicadores estructurales, indicadores de proceso e indicadores de resultado. Los estructurales visibilizan cómo se organiza el aparato estatal para satisfacer los derechos. Por ejemplo, relevan información sobre el reconocimiento legal de los derechos o si se han adoptado políticas o creado agencias para satisfacer los mismos. Los indicadores de proceso tienen por objetivo “medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos” (párr. 31), por ejemplo, midiendo el alcance o cobertura de planes estatales. Finalmente, los indicadores de resultado apuntan a ponderar el impacto real de las acciones estatales³⁸.

Cada uno de estos indicadores deberá aplicarse a la evaluación de tres categorías: “recepción del derecho”, “capacidades estatales” y “contexto financiero y compromiso presupuestario”. La primera refiere al modo en que un derecho es incorporado por el orden normativo interno³⁹. La segunda ilustra sobre la forma como los diversos poderes

³⁸ La CIDH advierte sobre la importancia de considerar en conjunto los indicadores. Así, si bien atendiendo a indicadores de resultados, podría advertirse una mejora en el grado de satisfacción de los derechos, la misma puede ser fortuita; por el contrario, si se observa una desmejora, la misma puede no ser atribuible al quehacer estatal. Esto marca la importancia de dar relevancia a los indicadores de proceso (Cfr. Lineamientos..., párr. 32).

³⁹ Por ejemplo, un indicador estructural al respecto es si el derecho está reconocido en la constitución o en leyes, un indicador de proceso es si existe jurisprudencia al respecto (Cfr. Lineamientos..., párr. 37).

y reparticiones estatales se organizan en relación al cumplimiento de los derechos. Ello exige analizar la existencia de agencias estatales, sus competencias e interacción, sus capacidades legales y financieras, entre otros aspectos. La tercera, “contexto financiero y compromiso presupuestario” refiere a la disponibilidad de recursos de un Estado para afrontar el Gasto Público Social y de qué forma se distribuyen los mismos.

Los Lineamientos ofrecen algunos ejemplos que se derivan de la experiencia del Sistema de Naciones Unidas en la materia, particularmente de los aportes del primer Relator de Naciones Unidas para el Derecho a la Salud, el profesor Paul Hunt. En uno de sus informes, el Relator señaló que los indicadores de resultados miden las repercusiones de los programas, las actividades y las intervenciones sobre la situación sanitaria y cuestiones conexas. A modo de ejemplo señaló que los indicadores de resultados incluyen la mortalidad derivada de la maternidad, la mortalidad infantil, las tasas de prevalencia del VIH y el porcentaje de mujeres que conocen los métodos anticonceptivos. El Relator también destacó que resulta posible establecer algunos vínculos entre un indicador estructural (¿Existe una estrategia y un plan de acción para reducir las defunciones maternas?), un indicador de proceso (la proporción de nacimientos asistidos por personal sanitario cualificado) y un indicador de resultados (mortalidad derivada de la maternidad).

iv. Temas transversales en los que se proyecta un “enfoque basado en los derechos”

La CIDH propone analizar temas transversales que permiten medir si existen condiciones favorables para el acceso de la población a los derechos sociales del Protocolo, así como la efectividad de las garantías institucionales y de los mecanismos de protección doméstica de los derechos consagrados en ese instrumento. En particular, se desarrollan tres temas transversales para ser medidos por indicadores y señales de progreso: i) igualdad; ii) acceso a la justicia, y iii) acceso a la información y a la participación. Como se observa, son temáticas directamente relacionadas con los temas estratégicos del “enfoque

basado en los derechos” analizado en la primera parte del presente texto.

En cuanto a igualdad, el énfasis se dirige a medir los avances o retrocesos en cuanto a acciones adoptadas respecto de grupos históricamente discriminados. El acceso a la justicia, por su parte, “comprende el examen sobre la posibilidad legal y fáctica de acceso a mecanismos de reclamo y protección administrativos y judiciales” (párr. 66). La CIDH recuerda al respecto que en el entendimiento del Comité DESC, aspectos significativos de los DESC son exigibles inmediatamente ante autoridades judiciales. También señala los estándares desarrollados en el SIDH, y señala que la obligación estatal no es solo negativa –no impedir el acceso a los tribunales–, sino también positiva: organizar el aparato del Estado de modo que las personas puedan acceder efectivamente a la justicia. El acceso a la información y la posibilidad de participación, por último, son temas íntimamente vinculados. El primero es necesario para viabilizar con efectividad el segundo, y ambos son esenciales a fin de hacer factible el control de las políticas estatales y la incidencia de personas o grupos en las acciones estatales referentes a sus derechos.

Luego de ejemplificar el sistema de indicadores respecto a los derechos a la salud y a la seguridad social, aclarando que el mismo es aplicable a los demás derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador, la CIDH expone algunas propuestas en relación con la elaboración y presentación de los informes. Al respecto, resalta la importancia de garantizar la más amplia publicidad y la participación de la sociedad civil en las distintas etapas del procedimiento.

Por otra parte, considerando la estructura institucional de la OEA y las posibilidades de labor del Grupo de Trabajo, recomienda que el sistema se desarrolle por fases de acuerdo al agrupamiento de derechos y temáticas afines, y no que se evalúen, de una sola vez, todos los derechos plasmados en el Protocolo. En esta línea, el punto de partida podría ser la presentación de informes sobre ejes transversales comunes a todos los derechos, de acuerdo a lo expuesto al respecto en el documento.

También sugiere la CIDH, a efectos de evitar que el sistema de indicadores sea una herramienta demasiado rígida, ajustar el sistema general a las pautas de cada región. Para ello el Grupo de Trabajo debería elaborar un diagnóstico preliminar en relación a cada país. Esto podría hacerse con base en información de órganos especializados, de la sociedad civil, de la CIDH y del propio Estado. Finalmente, en cuanto a la evaluación que hará el Grupo de Trabajo, destaca la CIDH que sus miembros y procedimientos deben asegurar los principios de autonomía, independencia e imparcialidad. Asimismo, expresa que sería beneficioso que el Grupo de Trabajo pueda hacer visitas a los países y que la evaluación tenga en cuenta información presentada por organizaciones no gubernamentales relativa a informes presentados por los Estados.

