

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

ATOS DE GENOCÍDIO E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE:
REFLEXÕES SOBRE A COMPLEMENTARIDADE DA
RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO E DO ESTADO
Antônio Augusto Cançado Trindade

EL NUEVO DESPERTAR DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS. CAUSAS, RETOS Y OPORTUNIDADES EN EL LITIGIO
María Cielo Linares

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 21
DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Alejandro Díaz Pérez
Daniela Aguirre Luna

A APLICAÇÃO DO ARTIGO 8º DA CONVENÇÃO AMERICANA
SOBRE DIREITOS HUMANOS ÀS CAUSAS CÍVEIS
Vitor Fonsêca

JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES.
DESPUÉS DE LAGOS DEL CAMPO ¿QUÉ SIGUE?
Marcela Cecilia Rivera Basulto

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Pamela Juliana Aguirre Castro

A PROGRESSIVA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS
DAS MULHERES NO BRASIL: UM ESTUDO A PARTIR DA
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS
Ricardo Guerra Vasconcelos
Júlia Fonseca Maia

PANORAMA EN MÉXICO CON RESPECTO A LA
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
Alfonso Carrillo González

A REPERCUSSÃO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA
NA ORDEM JURÍDICA DO BRASIL
Felipe Otávio Moraes Alves
Micaela Amorim Ferreira

REFLEXIONES SOBRE EL PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
Pablo González Domínguez

REVISTA IIDH

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

67

Enero - Junio 2018

67

Enero - Junio 2018



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

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.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Editorial Impresos Aguilar

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 \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. 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.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación..... 7

José Thompson J.

Atos de genocídio e crimes contra a humanidade:
reflexões sobre a complementaridade da responsabilidade
internacional do indivíduo e do Estado..... 13
Antônio Augusto Cançado Trindade

El nuevo despertar del sistema interamericano de derechos
humanos. Causas, retos y oportunidades en el litigio 51
María Cielo Linares

Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21
de la Convención Americana de Derechos Humanos 85
Alejandro Díaz Pérez
Daniela Aguirre Luna

A aplicação do artigo 8º da Convenção Americana
sobre Direitos Humanos às causas cíveis..... 111
Vitor Fonsêca

Justiciabilidad directa de los derechos económicos,
sociales, culturales y ambientales.
Después de Lagos del Campo ¿qué sigue? 131
Marcela Cecilia Rivera Basulto

Los derechos económicos, sociales y culturales
a la luz de la jurisprudencia de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos 155
Pamela Juliana Aguirre Castro

A progressiva proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil: um estudo a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos	203
---	-----

Ricardo Guerra Vasconcelos

Júlia Fonseca Maia

Panorama en México con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	231
--	-----

Alfonso Carrillo González

A repercussão do Pacto de San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil.....	255
---	-----

Felipe Otávio Moraes Alves

Micaela Amorim Ferreira

Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad.....	283
--	-----

Pablo González Domínguez

Presentación

Con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH) el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, se inició una nueva era en la protección de la persona humana en el hemisferio. Su entrada en vigor, el 18 de julio de 1978, trajo consigo la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) –uno de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante el SIDH)– con facultades supranacionales para conocer casos de violaciones a este tratado por los Estados parte que, por tal razón, hubiesen incurrido en responsabilidad internacional y previamente aceptaran someterse a su jurisdicción.

En 1987, la Corte IDH conoció su primer caso: Velásquez Rodríguez contra Honduras. A partir de entonces, ha emitido un total de 354 sentencias de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas o interpretación de sus fallos; a este vasto acervo jurisprudencial se suman 25 opiniones consultivas en los más diversos asuntos. Con su labor interpretativa de la CADH, la Corte IDH ha ampliado el impacto del tratado interamericano de manera tal que –cuarenta años después de su entrada en vigor– los derechos humanos se han convertido en un “idioma universal” y una nueva ética que coloca a las personas en el centro de las actuaciones, tanto del Estado y sus instituciones como de la diversidad de actores que intervienen en la escena política de nuestros países. Ese es el horizonte a alcanzar en este terreno puesto que –pese a los avances que se observan a

lo largo de las cuatro décadas transcurridas– persisten riesgos, problemáticas y retrocesos en la protección de las poblaciones discriminadas, excluidas y vulnerabilizadas en la región así como en la realización de su dignidad y sus derechos.

El presente número de la Revista IIDH –publicada ininterrumpidamente desde 1985– es monográfico y está dedicado al 40º aniversario de la entrada en vigor de la CADH y la instalación de la Corte IDH, lo que constituye un doble motivo de conmemoración. En esta edición se incluyen diez artículos en los cuales se reflexiona y analizan la evolución, la interpretación y la aplicación de dicho tratado, cuyas reseñas se ofrecen a continuación.

María Cielo Linares, en *El nuevo despertar del sistema interamericano. Causas y efectos*, expone las razones intrínsecas y extrínsecas que –a su juicio– han incidido en la labor de los órganos del SIDH. Además, se refiere a la tecnificación y los altos estándares de profesionalización de la labor de los diferentes actores del mismo que han conducido a desarrollos jurisprudenciales notables, como el relacionado con el artículo 26 de la CADH en el caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros contra Perú, del 23 de noviembre de 2017.

Alejandro Díaz Pérez y Daniela Aguirre Luna, autores del trabajo denominado *Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, revisan el desarrollo del reconocimiento y de la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas del continente. Para ello, parten del fallo en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua y concluyen con la decisión más reciente: la del caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil; también exploran otras líneas jurisprudenciales que ampliarían el efecto útil de la CADH en este campo.

En el artículo *A aplicação do artigo 8º. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos às causas cíveis*, Vitor Fonsêca analiza la jurisprudencia de la Corte IDH en sus competencias consultiva y contenciosa respecto de la aplicación de dicho artículo a causas distintas de las penales, lo que –asegura– conferiría una mayor protección de los derechos humanos.

En su artículo *Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Después de Lagos del Campo, ¿qué sigue?*, Marcela Cecilia Rivera Basulto se refiere al primer pronunciamiento de la Corte IDH sobre la vulneración del artículo 26 de la CADH relativo al desarrollo progresivo de los DESC en el caso aludido párrafos arriba, que constituye un hito en la historia del SIDH al señalar la responsabilidad del Estado peruano por la violación del derecho al trabajo lo cual trae consigo importantes retos para su garantía en el orden supranacional, específicamente para el alto tribunal regional.

Ricardo Guerra Vasconcelos y Júlia Fonseca Maia, autores de *A progressiva proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil: um estudo a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos*, tomando como referencia el caso Maria da Penha contra Brasil, evalúan el respeto y la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en este país, su incorporación al ordenamiento jurídico, las actuaciones estatales en la formulación de políticas públicas y legislación en materia de violencia contra las mujeres, su desempeño respecto de los tratados interamericanos en la materia –como la Convención de Belém do Pará además de la CADH– y la importancia de ambos instrumentos internacionales en la protección de los derechos de las brasileñas.

Felipe Otávio Moraes Alves y Micaela Amorim Ferreira, quienes contribuyeron con el artículo *A repercussão do Pacto San José da Costa Rica na ordem jurídica do Brasil*, analizan los impactos de la CADH en su país a partir de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y los fallos condenatorios proferidos por la Corte IDH en casos brasileños, así como su recepción e implementación en el ordenamiento jurídico interno.

Para elaborar el artículo *Panorama en México con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Alfonso Carrillo González revisó los criterios emitidos por los tribunales desde la aprobación de la CADH en 1969, disponibles en el portal de internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De esta forma establece cómo ha evolucionado la protección jurídica de los derechos humanos en su país a la luz de las disposiciones contenidas en dicho tratado, en un proceso que le permitió constatar la persistencia de prácticas judiciales que las contravienen.

Pablo González Domínguez, en su aporte titulado *Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad*, explora la jurisprudencia relativa al mismo desarrollando el contenido del artículo 2 de la CADH desde el caso Suárez Rosero contra Ecuador de 1997 hasta la Opinión Consultiva OC-24/17 de 2017, relacionada con la protección de las personas diversas sexualmente.

Finalmente, Pamela Juliana Aguirre Castro, en el artículo *Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aborda el debate en torno a la justiciabilidad o exigibilidad directa de estos derechos y la jurisprudencia relevante de la Corte IDH respecto de sus contenidos, así como

los retos interpretativos y argumentativos que debe afrontar dicho tribunal regional para continuar trabajando en esta línea.

En esta oportunidad, para conmemorar el aniversario de la entrada en vigor de la CADH, la Revista IIDH tiene el honor de incluir también un artículo del jurista Antônio Augusto Cançado Trindade quien fuera juez y presidente de la Corte IDH; en la actualidad es juez de la Corte Internacional de Justicia.

Contar con su colaboración académica en este contexto resulta una conmemoración en sí misma, ya que la evolución del SIDH difícilmente podría explicarse sin considerar los aportes que para ello significó su trayectoria; a partir de su búsqueda de justicia, la cual impulsó desde el derecho internacional de los derechos humanos con rigurosidad jurídica pero siempre teniendo presentes el sufrimiento y las necesidades de las víctimas.

El desempeño de don Antônio Augusto Cançado Trindade –director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos entre 1994 y 1996, actualmente miembro de su Asamblea General– es invaluable, pues durante su desempeño como juez de la Corte IDH promovió nuevas líneas jurisprudenciales con base en criterios jurídicos innovadores en la interpretación y aplicación tanto de la CADH como de otros tratados interamericanos y universales, en aras de la mejor protección de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la restitución de su dignidad.

Su colaboración a este número monográfico de la Revista IIDH se suma a la conmemoración referida como mejor podría hacerse desde el ámbito académico e investigativo del IIDH, con una disertación relevante que nos invita a reflexionar sobre

las aproximaciones y los avances de las distintas vertientes del derecho para la protección humana.

En ese sentido, en su artículo denominado *Atos de genocídio e crimes contra a humanidade: reflexões sobre a complementaridade da responsabilidade internacional do indivíduo e do Estado*, se hace una relectura de la jurisprudencia relativa a estos delitos emitida tanto por tribunales penales internacionales como por la Corte IDH. Asimismo, comparte sus reflexiones sobre la complementariedad de la responsabilidad del individuo y del Estado en un contexto de “aproximaciones y convergencias” entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

El IIDH valora y agradece el aporte de los autores y las autoras de los artículos contenidos en esta nueva Revista IIDH; celebra también que a estos se sume la invaluable colaboración de don Antônio y espera que las reflexiones vertidas en este número sean relevantes para la academia, la sociedad civil y las entidades estatales para que –desde cada uno de esos ámbitos– se impulse la implementación de los estándares internacionales que se han gestado y que han evolucionado en los 40 años de vigencia del Pacto de San José.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Pamela Juliana Aguirre Castro**

Introducción

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCAs) han sido ampliamente debatidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema Interamericano o SIDH), específicamente respecto a la justiciabilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o Corte IDH), razón por la cual el presente estudio tiene como finalidad abordar de manera sucinta los mitos y verdades que se han esgrimido en torno a la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESCAs, la jurisprudencia relevante de la Corte IDH respecto al contenido de los DESCAs, así como

* Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; profesora invitada de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Abogada de los tribunales de la República del Ecuador; presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, Universidad del Azuay; Diploma en Derecho, mención Derecho Constitucional, UASB-E; magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, UASB-E; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante; Máster en Leyes, Derechos Humanos y Derecho Humanitario, American University, Washington College of Law; Doctora en Derecho, PhD, por la UASB-E. Autora de varias publicaciones especializadas de Derechos Humanos y Derecho Constitucional.

los retos interpretativos y argumentativos que resultan necesarios para que la Corte IDH continúe con la generación de jurisprudencia en la materia. Finalmente, se expondrán algunas reflexiones crítico pro positivas.

En el análisis se incluye dentro de los clásicos derechos económicos, sociales y culturales a los derechos ambientales; de ahí que la denominación utilizada de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales será en adelante los DESCAs sobre la base de dos razones. La primera, atinente al contenido de los derechos ambientales y la identificación con los tradicionales DESC por la protección del medio ambiente; y la segunda, relativa a que dentro del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante el sistema interamericano o el SIDH) –específicamente en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana o la CIDH)– se constituyó la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales para la supervisión de las obligaciones en estos derechos.

I. La evolución de la exigibilidad de los DESCAs

La evolución de la exigibilidad de los DESCAs puede sistematizarse en dos grandes periodos. El primero, que comprende lo que se conoce como constitucionalismo social y va desde la década de 1930 hasta la expedición de las constituciones a partir de 1989; y el segundo, que comprende el constitucionalismo latinoamericano después de las dictaduras de finales del siglo XX en adelante¹.

1 Cfr. Courtis, Christian y Gargarella, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, en *CEPAL-Serie políticas*

De esta propuesta cronológica se puede evidenciar que el primer texto jurídico en el que reconoce a los DESCAs como derechos, es la Declaración Rusa de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, del 4 de enero de 1918, año en el cual finalizó la Primera Guerra Mundial; la misma surge de la mano del marxismo y –en consecuencia– de los valores propios de la Revolución rusa, en oposición a lo que hasta entonces se entendía por derechos humanos desde la concepción individualista reconocida tanto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776². También vale mencionar que este documento jurídico surge como una reivindicación a los derechos desconocidos durante la Revolución Industrial, constituyéndose como un verdadero reconocimiento económico social de la clase trabajadora. Ciertamente, la proclamación de 1918 es el inicio de una larga lucha jurídica por la afirmación de varios derechos tales como al trabajo, a un salario digno, al descanso, a la jubilación, a la asociación y libertad sindical, a la educación y al sufragio universal.

En América, a la par del proceso social reivindicativo de Rusia, surge un reconocimiento constitucional de los DESCAs con la promulgación de la Norma Suprema mexicana de 1917; y a continuación se desarrolla otro proceso similar en Europa, con la expedición de la Constitución alemana de Weimar en 1919. Estas dos normas primarias representan un hito jurídico, puesto que son la síntesis a nivel constitucional del reconocimiento sin distinción de los derechos humanos,

sociales, N° 153, Santiago de Chile, CEPAL-ASDI, 2009, p. 33.

2 Cfr. Villán Durán, Carlos. “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos económicos, sociales y culturales*, González Monguí, Pablo Elías (coord.), Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 9 y sigs.

confluyendo dos vertientes –la social y la individual– en una misma norma suprema.

Vale mencionar que en este primer período se posicionó la idea de que los DESCAs eran derechos programáticos cuya efectividad dependía de la mera voluntad política de los Estados, idea que se profundizó con la entrada en vigencia en el concierto internacional de dos instrumentos de derechos humanos claramente diferenciados: uno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el PIDCP)³; otro, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante el PIDESC)⁴. A esto se suma que en las expresiones utilizadas en dichos pactos en lo concerniente a las obligaciones estatales, existe una redacción que dejaría ver distintos niveles de vinculatoriedad puesto que mientras el artículo 2.1 del PIDCP compromete a los Estados parte “a respetar y garantizar [...] los derechos reconocidos” en dicho instrumento, el 2.1 del PIDESC los compromete “a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos”. Ello ha generado el denominado mito de la progresividad y no exigibilidad⁵;

3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de marzo de 1976.

5 Mancisidor de la Fuente, Mikel. “Los derechos económicos, sociales y culturales: una puesta al día”, en *Balance de una década de paz y*

es decir, estos derechos se cumplen en la medida de la capacidad económica estatal, de lo cual también surgió la diáfana locución que los “DESCAs son los hermanos pobres de los derechos humanos”⁶.

Aunado a lo anterior, vale reseñar que los derechos civiles y políticos se encontraban cubiertos de protección judicial desde su nacimiento; es decir, desde el inicio fueron plenamente justiciables ante las judicaturas estatales en caso de su violación. En tanto, los DESCAs se entendían de cumplimiento progresivo en función de los recursos económicos estatales y, por tanto, no cabía su protección ante los tribunales⁷. Y es que esta concepción surgió, de la clasificación que alude a la sistematización de los derechos humanos según el momento histórico en el que se fueron desarrollando: derechos de primera, segunda y tercera generación⁸.

No obstante lo señalado y recordando la naturaleza de los derechos humanos como “universales, indivisibles, e interdependientes, y [...] relacionados entre sí”⁹, en el ámbito del derecho internacional se ha dado un giro de 180 grados determinándose que los DESCAs son verdaderos derechos y por lo tanto plenamente justiciables, tal y como se ejemplifica a continuación.

conflictos: tensiones y retos en el sistema internacional. Anuario 2010-2011, Mesa, Manuel (coord.), CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, Madrid, 2010.

6 *Ibid.*, p. 106.

7 Cfr. Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2014.

8 Cfr. Valcárcel Torres, Juan M. y González S., Andrés. “Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario”, en *Prolegómenos. Derechos y valores*, Vol. XI, N° 22, Bogotá, julio-diciembre 2008, pp. 76 y sigs.

9 Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/24, parte I, cap. III, párr. 5.

Así, en la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU)¹⁰, a partir del 5 de mayo del 2013 entra en vigencia el Protocolo Facultativo del PIDESC¹¹ y con este se generan varios mecanismos de reclamo ante el Comité DESC (en adelante el Comité) entre los cuales están el sistema de peticiones individuales, la solicitud de medidas de urgencia, las comunicaciones interestatales y las investigaciones *in loco* en caso de graves y sistemáticas violaciones de los DESC¹² por parte de un Estado miembro; es decir, sobre hechos concretos que son sometidos a su conocimiento el Comité empieza a determinar criterios que son los estándares de contenido de los DESC. Estos derechos han evolucionado de ser considerados programáticos, en los que se preveía únicamente como mecanismo de exigibilidad un informe de cumplimiento de los Estados, a constituirse en derechos plenamente exigibles que permiten denuncias particulares contra estos cuando se alega su violación individual. Sobre este mismo aspecto, no se puede dejar de mencionar la extensa doctrina que –en materia de obligaciones estatales– el Comité ha venido desarrollando respecto a los derechos determinados en el PIDESC, a través de las observaciones generales.¹³

10 Cfr. Villán Durán, Carlos. *La protección de los derechos humanos en el Sistema de Naciones Unidas*, 2016, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf> (acceso 23/04/2018).

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

12 Se utiliza la expresión DESC en este punto, puesto que el Comité valora y evalúa el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el PIDESC, dentro del cual no se incluyen expresamente los derechos ambientales.

13 Así se pueden citar entre otras –como ejemplos– la Observación General 4, denominada “El derecho a la vivienda adecuada”; la Observación General 12, denominada “El derecho a una alimentación adecuada”; y la

Igualmente, en lo que atañe al constitucionalismo latinoamericano y su evolución en la protección directa de los DESC¹⁴ se destaca por un lado la experiencia colombiana, en la que la Corte Constitucional –valiéndose del argumento “por conexidad”– ha posibilitado la protección judicial de los DESC en la vía de la acción de tutela¹⁵. Por otro lado, se resalta el papel de la Corte Constitucional del Ecuador; la que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, en su rol de máximo intérprete, ha desarrollado el contenido de justiciabilidad de varios DESC entre los cuales se encuentran los derechos a la seguridad

Observación General 14, denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html (acceso 23/04/2016).

14 Cfr. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. “Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Ius constitutionale commune na América Latina*, von Bogdandy, Armin y otros (coords.), Juraá, Curitiba, 2016. El juez Ferrer Mac-Gregor Poisot cita varios ejemplos de México, Colombia, Argentina, Costa Rica y Guatemala respecto a casos de DESC judicializados, en los que las altas cortes han sumido la justiciabilidad.

15 Cfr. Corte Constitucional. *Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria N° 209 de 2013 Senado y 267 Cámara*, sentencia C-313, Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo (magistrado ponente), Colombia, 29 de mayo de 2014, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm> (acceso 23/04/2018). “En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho fundamental directo”. Si bien la sentencia que toma como ejemplo Ferrer Mac-Gregor Poisot es de 2007, debe mencionarse que en 2014 la Corte Constitucional avaló el proyecto de Ley Estatutaria en materia de salud que reconoció el carácter autónomo y fundamental del derecho a la salud.

social¹⁶, a la vivienda¹⁷, a la salud¹⁸, a la educación¹⁹, los derechos de las mujeres y el derecho al trabajo²⁰. Finalmente, por reseñar otra experiencia exitosa, se tiene la de Argentina en donde se ha generado una sólida jurisprudencia respecto a varios DESCA²¹.

Entonces, tanto a nivel de la ONU como de altas cortes latinoamericanas, se ha dado un salto importante en la exigibilidad directa de los DESCA sin que esto quiera decir que no se deban seguir aunando esfuerzos por avanzar en la materia. El hecho de que la Corte Constitucional colombiana todavía continúe amparándose en la tesis de la conexidad para la justiciabilidad de los DESCA, demuestra que –salvo el caso del derecho a la salud que vía Ley Estatutaria fue dotado del carácter de autónomo y fundamental, para ser protegido directamente vía acción de tutela– se debe continuar el avance en la defensa y la materialización de la exigibilidad directa de los DESCA.

16 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 115-14-SEP-CC, N° 006-15-SAN-CC, N° 019-15-SIS-CC, N° 164-15-SEP-CC y N° 006-15-SCN-CC, Ecuador.

17 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 146-14-SEP-CC, N° 344-16-SEP-CC y N° 021-16-SIS-CC, Ecuador.

18 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 080-13-SEP-CC, N° 016-16-SEP-CC, N° 074-16-SIS-CC y 324-17-SEP-CC, Ecuador.

19 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 008-09-SAN-CC y N° 133-15-SEP-CC, Ecuador.

20 Corte Constitucional. *Sentencias* N° 309-16-SEP-CC y 072-17-SEP-CC, Ecuador.

21 Corte Suprema de la Nación. *Acción de amparo*, 24 de abril de 2012, disponible en http://www.rapdigital.com/Derecho/administrativo/recurso_ext_ordinario/ladm0182096317000.html (acceso 23/04/2018).

II. La exigibilidad de los DESCA en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con la finalidad de organizar cronológicamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la dividiremos en dos etapas. La primera va de la invisibilidad de los DESCA a su justiciabilidad indirecta y la segunda de su justiciabilidad indirecta a la justiciabilidad directa.

1. Primera etapa

La jurisprudencia de la Corte IDH pasó de la invisibilidad de los DESCA a la tesis de su justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta; esto, mediante la protección de los derechos a la vida, a la integridad física o el derecho a la propiedad, valiéndose de referencias a los DESCA.

Así se puede citar, por ejemplo, que en el caso Villagrán Morales contra Guatemala –caso “Niños de la calle”– la Corte Interamericana interpretó el derecho a la vida en su dimensión positiva, señalando que comprende “el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna”²². Posteriormente, en 2004 – en la sentencia del caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay– afirmó que el Estado tiene la obligación de proveer de asistencia de salud y educación a las y los adolescentes que están bajo su custodia; esto, en aplicación de los derechos de la niñez consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la CADH)²³.

22 Cfr. Corte IDH. *Caso Villagrán Morales vs. Guatemala*, 1999, párr. 144.

23 Cfr. Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, 2004, párr. 160.

En 2005, en la sentencia del caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay, la Corte IDH consideró que el derecho a la vida tiene que interpretarse a la luz de algunos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador y en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), mencionando la obligación de progresividad contemplada en el artículo 26 de la CADH; expresamente señaló que

la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT²⁴.

24 Cfr. Corte IDH. *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, párr. 163.

De igual modo, en el 2010, en el caso Xakmok Kásek contra Paraguay la Corte Interamericana dio contenido al derecho a la vida digna a partir del artículo 4 de la CADH considerando que la comunidad no había tenido acceso al agua, a la alimentación, a los servicios de salud y a la educación; asimismo, retomó estándares del Comité²⁵.

2. Segunda etapa

Esta etapa jurisprudencial transita de la justiciabilidad indirecta de los DESCA a la directa, que cobra auge con el debate respecto a la posibilidad de declarar la violación del derecho a la salud en el caso Suárez Peralta contra Ecuador y con el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Ciertamente, el debate en torno a la justiciabilidad de los DESCA no ha sido pacífico en el ámbito interamericano, particularmente en lo que se refiere a la exigibilidad directa de los DESCA a partir del contenido del artículo 26 de la CADH²⁶; en efecto, “el papel que desempeñan las Cortes para proteger los derechos civiles y políticos ha recibido una atención explícita durante las dos últimas décadas dentro del Sistema Interamericano, tanto a nivel interno como a

25 Cfr. Corte IDH. *Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay*, 2010.

26 CADH. Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

nivel regional; no así la aplicación de justicia en el tema de los DESC²⁷.

La jurisprudencia de la Corte IDH con relación al desarrollo del artículo 26 de la Convención Americana, denota una lucha entre dos tendencias que generan polémica; por una parte, está la protección de los DESCa mediante la aplicación directa de dicho artículo en contraposición a una protección de derechos económicos sociales, culturales y ambientales de forma indirecta, a través de los derechos civiles y políticos. La historia jurisprudencial devela criterios protagónicos que despertaron la discusión referida *ut supra*, iniciada en 2009 con el caso Acevedo Buendía que se retomó al 2013 con el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso Suarez Peralta; proponiendo una reconstrucción y la redefinición de los alcances del artículo 26 de la CADH. Lo mencionado se evidencia en el voto razonado del citado caso, planteando la justiciabilidad del artículo 26 para hacer efectivos los DESCa en un sentido amplio y directo. Referido criterio fue apoyado por otros jueces como Manuel Ventura y Roberto Caldas en los casos Huapaya y otros contra Perú, Gonzales Lluy y familiares contra Ecuador, y Chinchilla Sandoval contra Guatemala²⁸. Así, el camino jurisprudencial interamericano devela una pugna ideológica con referencia al desarrollo del mencionado artículo, que parece encontrar en la nueva conformación de

27 Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Orville H. Schell, Jr., Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDS), Quito, 2003, p. 36.

28 Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y otros. *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCa en la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

la Corte IDH una tendencia hacia la justiciabilidad directa de los DESC.

En esta línea, para poder entender la evolución jurisprudencial de este debate, se realizará un recuento de las sentencias más relevantes en las cuales se puede verificar esta tensión. En ese orden de ideas, en el caso Cinco Pensionistas contra Perú²⁹, la Corte IDH tuvo la primera oportunidad de dotar de contenido al artículo 26 de la CADH cuando la Comisión Interamericana incluyó un reclamo específico fundado en el mismo³⁰. En efecto, la CIDH alegó que el Estado había adoptado medidas de carácter regresivo con relación al derecho a la seguridad social, con lo cual se ofrecía a la Corte Interamericana la posibilidad concreta de sentar jurisprudencia sobre la justiciabilidad de ese artículo y, puntualmente, sobre la prohibición de regresividad en materia de DESCa; sin embargo, la Corte IDH desechó el argumento aduciendo –en el párrafo 147 de la sentencia del 28 de febrero de 2003 – que:

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

29 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, 2003; y *cfr.* Courtis, Christian. “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, N° 6, Departamento de Derecho, ITAM, México, 2004, pp. 37 a 67.

30 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas...*, párr. 2.

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.

Como lo señala Courtis, podría entenderse que la Corte impuso –a partir del contenido del párrafo antes referido– un requisito adicional cuando se invoquen violaciones del artículo 26: demostrar la relevancia colectiva del planteo, con lo cual no solo se debe justificar la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas y que no se trata de un hecho o violación aislada.

Sobre este aspecto, según Rossi y Abramovich la Corte Interamericana “efectuó una interpretación desacertada del artículo 26 de la Convención, al establecer que el desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales y general y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular”³¹. Ciertamente, defender la interpretación propuesta por la Corte IDH en esta sentencia limitaría la aplicación del artículo 26 a supuestos de afectaciones a un conjunto representativo de la población de un Estado parte; sin embargo, resulta que los supuestos de violaciones de los DESCAs pueden presentarse tanto en el

31 Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Derecho internacional de los derechos humanos*, Martín, Claudia y otros (comps), Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana, México, 2004, p. 470.

plano individual como colectivo. Efectivamente, dimensionar su valoración respecto de un conjunto representativo de la población afianza la idea del contenido difuso de los DESCAs. No obstante, acertadamente, este parámetro no ha sido desarrollado por la Corte IDH para la evaluación de la obligación de no regresividad.

En 2009, la Corte Interamericana –en el caso Acevedo Buendía y otros³²– realizó la mención específica del artículo 26 de la CADH señalando expresamente que es competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, incluido el citado artículo³³; asimismo, “dedicó algunos párrafos a lo que hasta la fecha constituye el desarrollo más prometedor del tribunal interamericano en esta materia”³⁴. Esto, obviamente, hasta 2017. Así, la Corte IDH determinó –a partir de la revisión de los trabajos preparatorios de la CADH– que los Estados hicieron énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”³⁵. También evidenciaron que estos se propusieron “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales”³⁶. Finalmente, la Corte Interamericana resaltó que dado que el capítulo III de la Convención Americana –que contiene al artículo

32 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, 2009.

33 *Ibid.*, párr. 97.

34 Courtis, Christian. “Derechos económicos, sociales y culturales”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), Konrad-Adenauer-Stiftung, Lima, 2016, p. 659.

35 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros...*, párr. 99.

36 *Ibid.*

26– se encuentra en la parte I de este instrumento, la cual versa sobre las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 situados en el capítulo I, con lo cual los compromisos estatales también son aplicables al artículo 26³⁷.

En efecto, tal como lo señala Courtis, de esta sentencia se desprende que:

- a. La Corte IDH es competente para entender alegadas violaciones al artículo 26.
- b. El artículo 26 consagra obligaciones legales en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
- c. Las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana son aplicables a los derechos consagrados en el artículo 26.
- d. La noción de “desarrollo progresivo” no impide la rendición de cuentas y la eventual exigibilidad de los derechos ante las instancias llamadas a resolver violaciones.
- e. De la noción de “desarrollo progresivo” se desprende un deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas regresivas. Tal deber también es justiciable; es decir, susceptible de control a través de mecanismos jurisdiccionales.³⁸

Ahora bien, a pesar de este importante desarrollo, la Corte IDH –con posterioridad a la sentencia de 2009 en el caso Acevedo Buendía y otros– no se pronunció sobre

37 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros...*, párr. 100.

38 Courtis, Christian. “Derechos económicos, sociales y culturales”..., p. 660.

el contenido del artículo 26, sino hasta el 2017; es decir, ocho años después. Durante ese lapso de tiempo tuteló los DESCAs por vía indirecta a pesar de que ha tenido claramente varias oportunidades de hacerlo, lo cual es corroborado en los votos disidentes de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Manuel Ventura y Roberto Caldas en los casos Suárez Peralta, Huapaya, Gonzales Lluy y familiares, y Chinchilla Sandoval.

La primera de las oportunidades aludidas se encuentra relacionada con el caso Suárez Peralta contra Ecuador. En este, la Corte Interamericana condenó al Estado por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5 de la CADH, a partir del análisis del deber estatal de regulación de los servicios de salud para la protección de la integridad personal por una parte, y por otra a partir del deber de supervisión y fiscalización del Estado con referencia a los servicios de salud y la protección de la integridad personal de la señora Melba Suárez Peralta. En este sentido, la Corte Interamericana señaló expresamente que

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

Por tanto, esta Corte ha señalado que, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de

calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto³⁹.

A la sentencia del caso, el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot incorporó su voto concurrente mediante el cual razonó los argumentos que justificarían la judicialización en el SIDH del derecho a la salud de manera directa y autónoma, a partir del contenido de los artículos 26 y 1.1 de la CADH, y sobre la base de una interpretación evolutiva y *pro homine*, afirmando que

sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos –que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano–; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos* conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁰.

39 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 2013, párrs. 131 y 132.

40 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta...*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 11.

Asimismo, señaló que existen algunos componentes de los DESCAs que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos. Como se ha puesto de relieve, “podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”⁴¹. Argumentó que el análisis a la luz del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal puede resultar limitado, dado que estos no incorporan directamente cierto tipo de obligaciones asociadas específicamente al derecho a la salud; por ello, para el entendimiento de la relación entre el derecho a la salud y los sistemas de salud es importante aplicar adecuadamente un enfoque de derechos respecto a estas temáticas de especial relevancia y sensibilidad en América.

El segundo caso destacado en el debate de los jueces interamericanos sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs, tiene relación con una violación al deber de fiscalización de la prestación de servicios de salud por parte de entes privados en Ecuador, que brindan servicios públicos. En efecto, a Thalía Gabriela Gonzales Lluy se le detectó, cuando tenía tres años de edad, una enfermedad que requería hacerle una transfusión sanguínea; al recibirla en un Banco de Sangre de la Cruz Roja, fue contagiada con el VIH que fue identificado a partir de exámenes complementarios y a meses de haber sido dada de alta. En Ecuador se presentaron denuncias penales para impulsar la investigación de los responsables de dicha transfusión y acciones de tipo civil para obtener reparaciones por los daños y perjuicios ocasionados. El contagio de Thalía Gabriela redundó en que toda la familia Gonzales Lluy

41 *Ibid.*, párr. 57.

fue víctima de discriminación. Particularmente, la niña fue expulsada de su colegio y le resultó imposible continuar con su escolaridad por motivo de la portación del virus; por otra parte, la madre fue despedida de su trabajo por las mismas razones discriminatorias, entre otros múltiples efectos de la exclusión que padecieron.

En este contexto, la Corte IDH resolvió por unanimidad en su sentencia que el Estado era responsable por

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

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

[...] la violación del derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 233 a 291 de esta Sentencia.

[...] la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso penal, reconocida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales

Lluy, en los términos de los párrafos 298 a 316 de esta Sentencia.⁴²

Sin ahondar sobre el caso en particular, se puede decir que el quid de la discusión entre las posturas opuestas de los jueces radica –básicamente– en la posibilidad que existió o no en la sentencia para abordar el derecho a la salud de manera directa y autónoma. Así, por un lado, tenemos la del juez Humberto Sierra Porto; quien abogó por la imposibilidad de encarar el problema del contagio de la sangre infectada de la niña de manera directa y autónoma respecto al derecho a la salud, argumentando que

[l]a finalidad del presente voto concurrente es ampliar y complementar las razones por las cuales considero que no es necesario declarar la violación del artículo 26 de la Convención de la Americana sobre Derechos Humanos [...] para alcanzar la efectiva protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales [...]. Por el contrario, mi opinión jurídica sobre la materia es que esta vía para intentar hacer justiciables los DESC, en el marco del sistema interamericano, puede llegar a ser incluso más problemática que otras vías existentes y ya aplicadas por la Corte. Por ejemplo, en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada “la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida”⁴³.

42 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, puntos resolutivos del 3 al 6, 2015.

43 *Ibid.* Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 1.

Al igual que en el caso Suárez Peralta, el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot defendió la posibilidad de proteger el derecho a la salud de manera directa y autónoma; criterio al que se adhirieron los jueces Caldas y Ventura. En su voto concurrente, Ferrer Mac-Gregor Poisot afirmó que

[e]n el presente caso surge con mayor intensidad la pertinencia de un análisis basado en el “derecho a la salud”. La Corte IDH avanza un poco en esta materia al delinear algunos aspectos específicos sobre el alcance de este derecho que no habían sido establecidos previamente en su jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Interamericano alude a algunos estándares relacionados con el acceso a medicamentos y, en particular, precisa en qué forma el acceso a los fármacos antirretrovíricos es solo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con VIH, dado que las personas que viven con VIH requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Por otra parte, la Corte IDH alude a algunos temas sobre el acceso a la información en salud; derecho a la salud de las niñas y los niños, y el derecho a la salud de las niñas y los niños con VIH/SIDA. Sin embargo, el análisis de la Corte IDH es realizado a la luz de su tradicional jurisprudencia sobre la conexidad de la salud con los derechos a la vida y a la integridad personal⁴⁴.

Ahora bien, más allá de la discusión sobre el artículo 26 de la CADH, lo que se debe resaltar es que este caso sí resultó ser un hito en la historia de la justiciabilidad de los DESCAs puesto que –si bien el derecho a la salud

⁴⁴ *Ibid.* Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 14..

en la sentencia fue abordado indirectamente a través de la justiciabilidad del artículo 5 de la Convención Americana—esta es la primera sentencia en la que se declaró la vulneración directa a un DESCa: el del derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador⁴⁵, con relación a los artículos 1.1 y 19 de la CADH.

⁴⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”). Artículo 13. Derecho a la Educación. 1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales. 4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente. 5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación

Además, se desarrolló el concepto de la interseccionalidad de la discriminación.

En este sentido, la Corte IDH argumentó que “tiene competencia para decidir sobre casos contenciosos en torno a este derecho en virtud del artículo 19 (6) del Protocolo”⁴⁶. De esta interpretación se colige que serían los derechos a la educación y ciertos derechos sindicales, los que pueden ser tutelados directamente por la Corte IDH⁴⁷. Ahora bien, no obstante lo argumentado por la Corte Interamericana y tomando en consideración lo señalado por la exjueza Margarette May Macaulay, es pertinente señalar que “Aunque el Protocolo de San Salvador establece que entre los derechos sociales que éste consagra solamente el derecho a la educación y ciertos derechos sindicales serán justiciables (artículo 19), este Protocolo no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”⁴⁸. De esta interpretación se deriva la posibilidad de dotar de contenido justiciable al artículo 26 de la CADH, en virtud de una interpretación *pro homine*.

interna de los Estados partes.”

46 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy...*, párr. 234.

47 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”). Artículo 19. Medidas de protección. [...] 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.

48 Corte IDH. *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*, 2012, voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay.

En 2016, en el caso Chinchilla Sandoval contra Guatemala –tratándose de una persona privada de libertad que padecía una enfermedad crónica, diabetes y con una discapacidad motriz, que falleció en el centro de detención por falta de atención médica oportuna– la Corte IDH determinó la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, realizando un análisis de las obligaciones estatales de proveer atención y tratamiento médico a las personas privadas de libertad, y de suministrar también un tratamiento adecuado a la víctima en atención a su condición de salud y discapacidad, de lo cual derivan las obligaciones propias del derecho a la salud, señalando que

[L]os servicios de salud deben mantener un nivel de calidad equivalente respecto de quienes no están privados de libertad. La salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal, lo cual implica obligaciones para los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, incluyendo prácticas adecuadas, para velar por el acceso igualitario a la atención de la salud respecto de personas privadas de libertad, así como por la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de tales servicios.

En atención a los criterios anteriores, la Corte considera que el Estado tenía la obligación de garantizar accesibilidad a las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad, en este caso a la presunta víctima, de conformidad con el principio de no discriminación y con los elementos interrelacionados de la protección a la salud, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, incluida la realización de ajustes razonables necesarios en el centro penitenciario, para permitir que pudiera vivir con la mayor

independencia posible y en igualdad de condiciones con otras personas en situación de privación de libertad⁴⁹.

Nuevamente, la Corte Interamericana tutela de manera indirecta el derecho a la salud sobre los estándares establecidos por el Comité. Por su parte, el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto concluyente y el juez Caldas en su voto razonado establecieron que el análisis de la Corte IDH debió realizarse con referencia a la violación del derecho a la salud; sin embargo, rescatan que en la sentencia por primera vez la Corte Interamericana se refirió al concepto de accesibilidad como deber del Estado con relación a las persona con discapacidad. Los jueces disidentes, señalaron que de un análisis de los hechos –tales como la condición de discapacidad de la víctima, mujer y tener problemas de salud, entre otros– configuraron una serie de tratos discriminatorios que dieron nacimiento a obligaciones estatales para garantizar el pleno goce del derecho a la salud. En este orden de ideas, sostuvieron que el artículo 26 de la Convención Americana impone una obligación de desarrollo progresivo de este derecho⁵⁰.

Ahora bien, recientemente la Corte Interamericana en el caso Lagos del Campo contra Perú⁵¹ –en aplicación del principio *iura novit curia*⁵²– analizó el incumplimiento

49 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, 2016, párr. 177 y 215.

50 *Ibid.* Voto razonado del juez Roberto Caldas y voto concluyente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

51 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, 2017.

52 La Corte Interamericana señala que tiene competencia “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella” y se respalda en la praxis jurisprudencial de las sentencias de los casos Velásquez Rodríguez contra Honduras, y Acosta y otros contra Nicaragua.

del desarrollo progresivo de los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y a la libertad de expresión en contextos laborales. En este sentido, aclaró que había establecido anteriormente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la CADH, citando el caso Acevedo Buendía y enfatizando “la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”⁵³.

El juez Caldas en su voto razonado resaltó la importancia del caso Lagos del Campo contra Perú al ser el primero en el cual se responsabiliza a un Estado por el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana, el cual hasta este entonces fue desarrollado de manera complementaria e indirecta en las sentencias de la Corte IDH. Lo hizo, expresando lo siguiente:

Pero sobretodo [sic], estimo que resulta de gran relevancia hacer hincapié en la decisión histórica tomada por la Corte, al declarar la justiciabilidad de los DESCAs de conformidad con el artículo 26 en relación con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Cómo [sic] bien fue mencionado en el párrafo 154 de la Sentencia, con este precedente se concreta y desarrolla el primer precedente en la materia y **con ellos se abre la puerta a la interpretación de otros derechos derivados del artículo 26 de la Convención**. Si bien la Convención Americana que nos compete interpretar

53 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo...*, párr. 141.

es de 1969, la posibilidad que esbozó en su texto para ser interpretada de manera evolutiva respecto de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia, cultura y medio ambiente, contenidas en la Carta de la OEA a la luz del artículo 29 convencional, fue de gran relevancia para que hoy en día podamos estar dando finalmente un paso más en la consolidación de la interdependencia e integralidad de los derechos humanos⁵⁴.

Con lo anterior, el deber de progresividad de los derechos se encuentra abierto a una interpretación amplia que permite establecer obligaciones a los Estados en la implementación de medidas y evasión de conductas regresivas respecto a los derechos derivados de la Convención Americana, así como a los contenidos en materia de DESCAs dentro de la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 (en adelante la Carta de la OEA), reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967⁵⁵.

Así, en este caso se observa que –al amparo del artículo 26 de la CADH– la Corte Interamericana determina que el Estado debe garantizar la prestación de salarios justos y oportunidades de empleo, condiciones de trabajo aceptables para todas las personas así como el derecho a asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, entre otros derechos derivados y conexos. Lo que más destaca en la sentencia es la aplicación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración Americana) –adoptada en 1948– para resolver el caso concreto, reconociendo que la aplicación de la Carta de la OEA se debe realizar en armonía con las disposiciones de la Declaración Americana.

54 *Ibid.*, Voto razonado del juez Roberto Caldas. El resaltado es de la autora.

55 *Ibid.*, párr. 143 y 144.

En este sentido, la Corte Interamericana señala que el derecho al trabajo se encuentra protegido, a más de la Declaración Americana, en el *corpus iuris* internacional⁵⁶ y determina que para analizar el artículo 26 de la CADH se tomarán en cuenta las reglas generales de la interpretación establecidas en su artículo 19 b, c, y d, para determinar la protección a la estabilidad laboral. Así, de conformidad con lo argumentado por la Corte IDH, la estabilidad laboral acarrea los siguientes deberes estatales: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y a la trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación ya sea mediante la reinstalación o en su caso con indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional; y, en consecuencia, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de tales derechos. Ello, enfatizando que la estabilidad laboral bajo ninguna circunstancia ampara el trabajo permanente, sino prevé que el despido sea realizado de manera legal y legítima⁵⁷.

56 *Ibid.*, párr. 145. “[...] el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos”.

57 *Ibid.*, párrs. 149 y 150.

La Corte Interamericana reconoció entonces que el Estado incurrió en una omisión en su deber de proteger el derecho al trabajo ya que la decisión local no disponía la reinserción del señor Lagos del Campo a su empleo, lo que llevó a la vulneración de otros derechos conexos tales como el de una pensión por jubilación y a ser representante de su asociación de trabajadores. A partir del análisis de las consecuencias de estos hechos, señaló que se vulneraron los artículos 16.1 y 26 con relación a los artículos 1.1, 13 y 8 de la CADH, ya que el despido del señor Lagos del Campos pudo ser tomado como una medida disuasiva para cualquier tipo de iniciativa de organización laboral.

Por su parte, los jueces Ferrer Mac-Gregor Poisot y Caldas emitieron votos a favor de la justiciabilidad del derecho laboral en aplicación directa del artículo 26 de la CADH. En este sentido, el primero de ellos sostuvo que la “justiciabilidad plena y directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la protección de derechos no establecidos expresamente en la Convención –consagrados en el artículo 19.6–, además de que se refiere –por primera vez– a la protección de la libertad de asociación en materia laboral –sin ligarla obligatoriamente a los derechos y protecciones existentes en materia sindical–”⁵⁸.

A pesar de que en el voto salvado el juez alienta a un mayor desarrollo del artículo 26 de la CADH, aclara que está de acuerdo en no encuadrar el caso Lagos del Campo como una vulneración al derecho de un líder sindical sino como una trasgresión a la asociación en sí misma, que son derechos previstos en los artículos 8.1 y 19.6 de la Convención Americana y en el 45 c) de la Carta de la

58 *Ibid.* Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

OEA, los cuales son justiciables a través del artículo 26 de la CADH. Enfatiza que en todos los derechos sociales existe la obligación de progresividad y no regresividad; sin embargo, no siempre que se vulnere un DESCAs presupone una violación del referido artículo 26, sino que se deberá analizar según el caso en concreto.

Al contrario de lo afirmado por los dos jueces mencionados, el juez Sierra –en su voto parcialmente disidente respecto a la competencia de la Corte IDH– invita a pensar en la posibilidad de establecer nuevos catálogos de derechos protegidos a la luz de la CADH, en especial los DESCAs, para evitar contrariar la voluntad de los Estados de hacer justiciables los mismos sin competencia expresa convencional. Observa que la omisión de una motivación contundente para cambiar el *modus operandi* conservador de la Corte Interamericana, constituye una vulneración a la seguridad jurídica internacional⁵⁹.

En la misma línea, el juez Eduardo Vio Grossi resalta que a esta no le compete modificar la Convención Americana sino –más bien– aplicarla e interpretarla según la voluntad de los Estados dentro de sus escenarios sociales, económicos, jurídicos y fácticos. Es así que los DESCAs, si bien están reconocidos en la Carta de la OEA y en leyes locales, el hecho de que no se encuentren expresos en la CADH supone limitaciones a los compromisos y las obligaciones estatales, por lo que no podrían ser judicializados en la Corte IDH⁶⁰.

El juez Vio Grossi señaló que las disposiciones de la Carta de la OEA referidas en la sentencia del caso

59 *Ibid.* Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra.

60 *Ibid.* Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi.

Lagos del Campo, no establecen derechos judicializables internacionalmente sino –por el contrario– son meros principios con el fin de alcanzar objetivos de desarrollo económico y social. Enfatiza que los derechos económicos, sociales y culturales dan nacimiento a obligaciones de comportamiento estatal con relación a los individuos bajo su jurisdicción, las que se constituyen en programáticas. Y que, además, el artículo 26 de la CADH es un reconocimiento de un trato diferenciado a los DESCA de cara al resto del régimen previsto en el instrumento internacional por su cualidad de programáticos, más no consiste en un reconocimiento de derechos de manera directa.

En síntesis, de este recuento jurisprudencial, se puede observar que la Corte Interamericana reconoce la importancia de los DESCA, pues los ha justiciabilizado indirecta y directamente sobre la base de que todos los derechos son indivisibles e interdependientes, por lo que no gozan de jerarquía alguna. Ahora bien, se verifica también que el debate sigue latente cuando efectivamente –en estas sentencias– los jueces disidentes señalan los argumentos de su inconformidad, lo que devela que el tema no es pacífico.

Ciertamente, que la Corte IDH haya declarado la violación expresa de los derechos a la educación en Gonzales Lluy y a la estabilidad laboral en Lagos del Campo, denota que queda un largo camino por recorrer en materia de justiciabilidad de los DESCA; lo cual debe ser analizado con la trascendencia que merece, puesto que nuestra región necesita de los importantes estándares que la Corte Interamericana va generando a partir de su jurisprudencia, para que sean estos los que se apliquen en cada uno de los países a través de la adopción de medidas legislativas, judiciales y administrativas en atención del control de convencionalidad.

III. Los retos interpretativos y argumentativos para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH

Como se refirió con precedencia, la postura actual de la Corte IDH se mantiene en la justiciabilidad y/o exigibilidad de los DESCA; no obstante, “ampliar y avanzar en la jurisprudencia no es un mero ejercicio académico o jurídico abstracto, sino que significa la ampliación de la protección para personas de carne y hueso que sufren en nuestra región por violaciones graves y serias a sus derechos a la salud, educación, seguridad social, entre otros. Es una cuestión de justicia social el avanzar en la jurisprudencia hacia la protección de los DESC”⁶¹.

Así, recordando que según Parra Vera⁶², Courtis⁶³, Abramovich y Rossi⁶⁴, las dificultades reales para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESCA están dadas por un problema de interpretación tendiente a esclarecer cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH, cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del mismo se desprenden y cómo es su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la

61 Ávila Santamaría, Ramiro. *Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*, Quito, 2015, pp. 33 a 35.

62 Parra Vera, Óscar. *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2012, pp. 9 a 64, disponible en http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Justiciabilidad_de_los_Derechos_Economicos_Sociales_y_Culturales_ante_el_Sistema_Interamericano.pdf (acceso 23/04/2017).

63 Cfr. Courtis, Christian. “Derechos económicos, sociales y culturales”...

64 Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta. *Memorial amicus curiae Talía Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*, Buenos Aires, 2015, pp. 1 a 11.

Convención Americana. En esta misma línea encontramos lo señalado por el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto razonado en el caso Lagos del Campo.

En este aspecto, conviene señalar que el artículo 26 de la CADH no individualiza los derechos que del mismo se desprenden sino que obliga al intérprete a acudir a otro documento: la Carta de la OEA. Así las cosas, esta dificultad hermenéutica que básicamente se deriva del momento histórico en el que se adoptó la CADH⁶⁵ –como se refirió, los DESCAs cobran importancia a partir del constitucionalismo social– se sustenta en dos argumentos: i) la falta de competencia de la Corte IDH y de la CIDH para juzgar violaciones a la Carta de la OEA⁶⁶; y, ii) la ausencia de una referencia a los “derechos” dentro del texto de esta última, ya que emplea términos como “principios y mecanismos” –artículo 45– y “metas básicas” en el 34⁶⁷.

Ahora bien, las dificultades interpretativas para nada impiden la postura de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la Convención Americana, debido a que se posibilita una serie de oportunidades interpretativas

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

66 Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, pp. 46 y 47. “La competencia contenciosa de la Corte se limita a interpretar y aplicar la Convención (art. 62.3 CADH), mientras que la competencia de la Comisión se limita a promover la observancia y defensa de los derechos que constan en la Convención y Declaración (art. 2 Estatuto de la Comisión)”.

67 *Ibid.*

que permiten determinar los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su respectivo contenido. En efecto, como se recordará, este último es bastante indicativo en el sentido de establecer que:

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

Entonces, las oportunidades interpretativas se encuentran primero en identificar las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA:

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

30); la cooperación interamericana para el desarrollo integral comprende los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 31); el desarrollo debe contribuir a **la plena realización de la persona humana** (Art. 33); consecución de metas básicas: distribución de ingreso, régimen equitativo tierra, logro de **justicia social**, erradicación analfabetismo, ampliación de oportunidades de educación, incrementar **disponibilidad de alimentos, vivienda adecuada, condiciones de vida sana, productiva y digna** (Art. 34); todos los seres humanos tienen **derecho al bienestar material** y a su desarrollo espiritual (Art. 45.a); el trabajo es un derecho y un deber social (Art. 45.b) que asegura **la vida, la salud y un nivel económico decorosos** (Art. 45 b.); **derecho a asociarse**, derecho a negociación colectiva y la huelga (Art. 45 c.); desarrollo de una política eficiente de **seguridad social** (Art. 45 h.) y “disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos” (Art. 45 i.); los **derechos de los trabajadores** deben ser igualmente protegidos (Art. 46); “Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso” (Art. 47); los Estados miembros harán sus mayores esfuerzos para asegurar la **educación primaria, media y superior** (Art. 49). 4. Finalmente encontramos principios y objetivos en las funciones del Consejo Integral (Capítulo XIII), que reiteran los principios y derechos del Capítulo III⁶⁸.

68 Cfr. Carta de la OEA. El resaltado es de la autora.

Y segundo: traducir dichos enunciados, principios y objetivos de política pública a derechos, cuando no los ha reconocido ya explícitamente; así las cosas:

Conviene recurrir a la Opinión Consultiva OC-10/89 sobre la “Interpretación de la Declaración Americana en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, que expresamente determinó: “puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”⁶⁹.

Se evidencia entonces que la primera interrogante estaría solventada en cuanto al catálogo de derechos que emanan del artículo 26 de la CADH, debido a que la misma se delimitaría por las normas de la Carta de la OEA junto con las determinadas en la Declaración Americana.

Pero, ¿cómo dotar de contenido a los antedichos derechos? Sin entrar en mayores elucubraciones, vale señalar que existe un sector de la doctrina que argumenta que aun en el caso de que los DESCAs sean exigibles, el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador circunscribe dicha exigibilidad ante la CIDH y la Corte IDH a los derechos sindicales y al derecho a la educación consagrados en los artículos

69 Cfr. Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989.

8 a) y 13 del mismo⁷⁰. No obstante, como se analizará a continuación, este argumento debe ceder frente a la tesis de la interpretación evolutiva acuñada por la Corte Interamericana; dicha tesis desplaza a la interpretación literal de las disposiciones normativas del *corpus iuris* y permite dotar de contenido a los DESCAs, en este sentido:

[...] la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos⁷¹.

En síntesis, se infiere que la Corte Interamericana –en procura de revestir de contenido a los DESCAs y dándole alcance a la interpretación evolutiva de los mismos, que se desprende del artículo 29 de la CADH– se ha remitido al *corpus iuris* de derechos humanos –el Protocolo de San Salvador, para aquellos que lo han ratificado, y observaciones generales del Comité DESC, entre otros– para dotarlos de efectividad.

70 Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, pp. 55 a 60.

71 Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta...*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

1. El contenido de las obligaciones específicas del artículo 26 de la CADH

Para corroborar la posibilidad de consolidar o no la tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC en el ámbito del SIDH, resulta oportuno tomar como punto de partida las reflexiones de García Ramírez, Courtis y Parra Vera⁷². El primero manifiesta que “las obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos incluidos por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”⁷³. Courtis y Parra Vera señalan por su parte que

[...] lo que agrega el artículo 26 –y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2– es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos –es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad– en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles’ salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato⁷⁴.

72 Cavallaro, James y Emily Schaffer. “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, N° 56, 2, 2004; y Ruiz Chiriboga, Oswaldo. “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31/2, 2013. Estos autores sostienen la tesis opuesta.

73 Cfr. Parra Vera, Óscar. *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano...*, pp. 19 y 20.

74 *Ibid.*

Ello coincide con las obligaciones que el Comité ha desarrollado en la Observación General N° 3⁷⁵. De esta manera, se percibe que las citas precedentes son lo suficientemente indicativas de la amplitud que emana de las obligaciones consagradas en los artículos 1 y 2 de la CADH, así como de la naturaleza de *lex specialis* que le asiste al artículo 26 de la misma, lo cual permite sostener la estrecha relación que existe entre estos artículos y –por supuesto– desvirtuar la imposibilidad de configuración de la tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESCA. A manera de ejemplo, veamos lo dicho por la Corte IDH en el caso Suárez Peralta contra Ecuador; en este se evidenció el nivel mínimo esencial que supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, a partir del deber de garantía contemplado en el artículo 1.1 de la CADH:

En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. [...] Por consiguiente, la Corte estima necesario analizar, en el marco del deber de garantía, prevención y protección del derecho a la integridad personal, si

75 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. *Observación General N° 3*.

el Estado ha cumplido diligentemente con su obligación de regular, supervisar y fiscalizar a las entidades que, en este caso, prestaron servicios de salud a la señora Melba Suárez Peralta⁷⁶.

En síntesis, no cabe duda de que el recorrido efectuado hasta el momento ha permitido demostrar que el artículo 26 de la CADH es plenamente exigible y que los derechos derivados son autónomos. Las respuestas esgrimidas frente a cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido, y cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que de dicho artículo se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención Americana, son una clara muestra desde el punto de vista dogmático de que los derechos que regula el mencionado artículo van más allá de su consideración como meras políticas públicas, pues se tratan de verdaderos derechos autónomos amparados por las obligaciones generales reguladas en los artículos 1 y 2 de la CADH, con la posibilidad de contar con un contenido específico a través de un adecuado ejercicio hermenéutico.

Ciertamente, de la jurisprudencia de la Corte IDH se ha verificado como práctica utilizar distintos instrumentos internacionales más allá de la CADH para definir contenidos e, incluso, ampliar los alcances de los derechos reconocidos y precisar las obligaciones estatales en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte del *corpus iuris* de los derechos humanos⁷⁷.

76 Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta...*

77 Cfr. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. “Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales...”. El juez Ferrer Mac-Gregor cita varios ejemplos, entre los cuales están los siguientes: caso Kawas Fernández contra Honduras, caso Heliodoro Portugal contra Panamá, caso “Instituto de Reeduación del Menor”, caso Comunidad Indígena Yakye Axa y caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia.

2. La progresividad de los DESCA como parámetro objetivo de su justiciabilidad

Una de las obligaciones más sólidas y claras del contenido del artículo 26 de la Convención Americana es el de la progresividad; en efecto, tanto la CIDH como la Corte IDH han reconocido en sus pronunciamientos y resoluciones –de manera expresa– esa obligación en el caso de algunos DESCA. Así, la Comisión Interamericana –en el Informe de Admisibilidad 102/09– observó

[...] que los hechos descritos por los peticionarios podrían caracterizar una presunta violación al artículo 26 de la Convención Americana, por cuanto el derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, se encuentra dentro del alcance del referido artículo (cita al Informe 38/09). En este orden de ideas, la Comisión observa que las acciones u omisiones de diversos órganos estatales podrían haber tenido como resultado una reducción sustantiva en el goce de su derecho a la seguridad social, o incluso la eliminación del sistema de pensiones del cual las presuntas víctimas eran beneficiarias. En consecuencia y sin prejuzgar sobre este asunto la CIDH considera pertinente incorporar el artículo 26 de la Convención Americana en el análisis de fondo del presente caso⁷⁸.

Otro caso en virtud del cual la CIDH enfatiza la protección de los DESCA a partir del artículo 26 de la CADH, y específicamente de la obligación de no regresividad, es el de Ivanildo Amaro Da Silva y otros; en el Informe de Admisibilidad 38/10, señalando lo siguiente:

78 CIDH. *Pensionados del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola-Bandesas vs. Guatemala*, Informe de Admisibilidad 102/09.

El derecho a una vivienda adecuada, [...] es uno de los derechos incluidos en las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales consagradas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y enmendada por el artículo 34K del Protocolo de Buenos Aires. Por lo tanto, [...] la Comisión Interamericana reitera que es competente *ratione materiae* para examinar las supuestas violaciones de todos los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, incluidos aquellos contenidos en el artículo 26. [...] La obligación derivada del artículo 26 de la Convención Americana, significa un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención.⁷⁹

O lo ya citado en este estudio, desarrollado por la Corte IDH en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa cuando señaló que el análisis en el caso concreto debía partir “con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26” de la CADH⁸⁰.

Entonces, la inquietud sobre si este artículo abarca o no las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la misma trata de justificarse, tanto en la estructura de la Convención Americana, como en la sintaxis utilizada. Sus dos primeros artículos –los cuales conforman el capítulo inicial de la Convención Americana– prevén las obligaciones

79 CIDH. *Ivanildo Amaro Da Silva y otros vs. Brasil*, Informe de Admisibilidad 38/10.

80 Corte IDH. *Comunidad Indígena Yakye Axa...*

de respeto, garantía y adopción de medidas; en el segundo capítulo constan los derechos civiles y políticos, sin hacer mención a deberes de tal carácter; y el único artículo del tercer capítulo se refiere a las obligaciones generales relativas a los DESCAs, para lograr su plena efectividad mediante su desarrollo progresivo. Esta estructura ha generado la duda de si las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la CADH, se aplican solamente al capítulo segundo o si son también aplicables al capítulo tres⁸¹.

Por una parte, existe la tendencia que establece que los artículos 1 y 2 de la CADH son de distinta naturaleza que la del artículo 26, lo cual involucra una obligación diferenciada desde la dimensión de las obligaciones estatales⁸². En efecto, el deber de respeto es una obligación negativa e inmediata, independiente de la disposición de recursos estatales; por su parte, el deber de garantía involucra obligaciones positivas que se encuentran condicionadas a los recursos. De lo anterior se concluye que las obligaciones de respeto y garantía atienden a obligaciones de conducta, en tanto que el desarrollo progresivo se evalúa ponderando los resultados alcanzados en la satisfacción de los derechos como un derecho mediático.

Sin embargo, no existe un argumento sólido que satisfaga la exclusión de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana con las adicionales del 26, puesto que las obligaciones de respeto y garantía no descartan necesariamente la evaluación de la progresividad y no regresividad; a *contra sensu*, lo que se genera es un

81 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros. *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs...*

82 Cfr. Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema...*

parámetro adicional de análisis en el cumplimiento de los deberes estatales en materia de DESCAs, constituyéndose de esta manera el artículo 26 en una norma especial⁸³.

En efecto, a los citados artículos 1.2 y 2 que prevén las obligaciones de cumplimiento y garantía de los derechos previstos en la CADH se suma también el 26, entendiendo que es deber del Estado garantizar los DESCAs mediante medidas que hagan posible su plena efectividad con lo cual –a partir de una interpretación integral y en aplicación del principio *pro homine*– no se puede dejar de lado el artículo 26 como una norma distinta de la CADH.

Este razonamiento se refuerza, porque la obligación de evaluar la progresividad de los DESCAs no es la única; es más, singularizarla a ésta como la única obligación anula el contenido del mínimo esencial a los DESCAs, tal como se ha analizado en el apartado dos de este texto; en esta línea, acertadamente el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot enfatiza en su voto concurrente sobre el caso Lagos del Campo lo siguiente:

Este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o no regresividad, o sobre aspectos sobre la disponibilidad de recursos, o sobre la legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas. Pensar que los derechos sociales se reducen a este tipo de análisis es perpetuar los falsos mitos relativos a que los DESCAs solo dependen del

83 Cfr. 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, San José, IIDH, 2007, p. 23.

paso del tiempo para ser garantizados. Esta creencia no tiene en cuenta que existen las obligaciones estatales de respeto y garantía, que son aplicables a todos los derechos humanos sin distinción. No se pretende judicializar las políticas públicas sociales, sino de lograr la protección efectiva de los derechos humanos en un caso particular.⁸⁴

Es decir, la obligación de progresividad de los DESCAs es una que efectivamente debe ser evaluada en la exigibilidad de estos; ciertamente es una obligación de fin, que conlleva un análisis particularizado de la situación de cada Estado sobre circunstancias concretas. Mas esta obligación no es la única que debe analizarse por parte de los jueces, cuando se acuse la violación de un DESCa.

Reflexiones finales

En armonía con lo establecido en la Declaración y Programa de Viena, se debe considerar lo siguiente:

Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Lagos del Campo*..., voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr.51.

promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales⁸⁵.

Lo cierto es que el debate recreado por los jueces interamericanos, plantea el punto de análisis respecto a cuál es el mecanismo con el que cuentan los DESCAs para su justiciabilidad ante la Corte IDH. En procura del ejercicio académico que se ha realizado a lo largo de este estudio, se ha constatado que la Corte IDH superó los mitos sobre dicha justiciabilidad y ha dado el importante salto sobre la exigibilidad directa de estos derechos. En efecto, ha declarado la violación expresa de los derechos a la educación en el caso Gonzales Lluy y a la estabilidad laboral en el caso Lagos del Campo, como el primer paso para un importante desarrollo de estándares interamericanos sobre el contenido y alcance de los mismos.

También se ha evidenciado que la Corte IDH ha adoptado estándares específicos por vía indirecta; así, con referencia al derecho a la salud –por ejemplo– en el caso Chinchilla Sandoval por vía de la violación a la integridad personal, determinó que los servicios sanitarios del régimen penitenciario deben cumplir con los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, en atención al análisis realizado por el Comité en el la Observación General N° 14.

Se enfatizó en la jurisprudencia de la Corte IDH en este debate, porque ciertamente estos criterios guían el desarrollo jurisprudencial en nuestra región; de ahí que la Corte debe continuar aplicando el *corpus iuris* de derechos humanos

⁸⁵ Declaración y el Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/24, parte I, cap. III, párr. 5.

para establecer las obligaciones estatales de respeto, garantía, implementación y progresividad que exigen los DESCA. Asimismo, existen varias de herramientas hermenéuticas que puede utilizar la Corte IDH en el camino para determinar los DESCA y su respectivo contenido.

Respecto al artículo 26 de la CADH, el debate es extenso por su complejidad; más allá de la sintaxis utilizada, tal disposición obliga a los Estados a adoptar medidas de desarrollo progresivo en materia de DESCA, constituyéndose en un auténtico reconocimiento genérico de derechos. El artículo 26 de la CADH es el continente, cuyo contenido proviene de la Carta de la OEA; pero, además, debe ser interpretado y no se puede desconocer el contenido del Protocolo de San Salvador ni el de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Por último, una obligación pendiente de avance por parte de la Corte IDH es la de compatibilizar las obligaciones de desarrollo progresivo con las previstas en los artículos 1.1 y 2 dentro de un sólido discurso que permita establecer parámetros de evaluación objetivos, dado que ciertamente no todas las obligaciones de los DESCA se reducen a la progresividad, como ya lo mencionó el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot.