

VÍAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LOS ÁMBITOS INTERNO E INTERAMERICANO

Víctor Bazán¹

Sumario - **I.** Apreciaciones introductorias.- **II.** Tomando en serio los derechos económicos, sociales y culturales.- **III.** Interacción del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.- **IV.** Los derechos económicos, sociales y culturales en los órganos de Cierre de la Justicia constitucional en algunos Estados latinoamericanos.- **V.** Vías de acceso al sistema interamericano por violación a los derechos económicos, sociales y culturales.- **VI.** En torno a los Controles de constitucionalidad y convencionalidad.- **VII.** Valoraciones conclusivas.

I. Apreciaciones introductorias

En el presente trabajo nos proponemos enfocar principalmente un quinteto de nudos temáticos, que serán brevemente anunciados aquí.

En el primero (ap. II), brindaremos un soporte teórico y conceptual y fijaremos nuestro criterio sobre ciertas cuestiones fundamentales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, también DESC), que marcarán el camino para el desarrollo argumental de las problemáticas que serán perfiladas en los bloques siguientes.

Por su parte, en el segundo se explorará la sensible problemática de la articulación del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, poniendo énfasis en el rol protagónico que los magistrados jurisdiccionales adquieren en la ardua tarea de lograr una adecuada modulación de ambas dimensiones (ap. III).

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado de "Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional", de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA, 2011). Profesor de Posgrado en diversas Universidades extranjeras. Miembro por Argentina del Grupo Latinoamericano de Estudios en "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (Sede Regional Montevideo). Miembro por Argentina del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre "Pluralismo Jurídico", del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (Sede Regional México). Investigador Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y paralelamente Director de la Sección "Derechos Humanos" de dicha Asociación. Miembro Titular del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Correspondiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional e integrante de su Junta Directiva. Juez de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada de San Juan, Argentina. Ha realizado diversas actividades académicas y dictado cursos y conferencias en Universidades, otros Centros de Estudio y organismos públicos de Argentina, España, Francia, Grecia, Italia, EE.UU., Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela. Autor, coautor y coordinador de alrededor de setenta (70) libros y doscientos (200) artículos y notas en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero.

En el tercer segmento, se relevará la praxis de los órganos de cierre de la justicia constitucional en varios países latinoamericanos en torno a los estándares de protección de aquellos derechos en el plano jurisdiccional (ap. IV).

En el cuarto, se examinará la actualidad y la perspectiva tuitivas de los DESC en el plano interamericano, tanto en el seno de la Comisión Interamericana como en el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ap. V).

Ya en el quinto compacto temático, previo a las observaciones de cierre de este aporte propositivo (ap. VII), y con estrecha vinculación al segundo nudo de asuntos, nos aproximaremos a una delicada cuestión: la de la retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad (ap. VI).

Como puede apreciarse del anuncio de los distintos pasos que jalonarán el trabajo, el mismo está recorrido por una línea analítica perfilada hacia el propósito de buscar vías para convertir la *letra* de las normas constitucionales o infraconstitucionales y de los instrumentos internacionales en *acciones concretas* para dar cobertura tutelar a fundamentales derechos que reclaman operativización y no toleran la recreación de frustraciones o nuevas mediatizaciones.

Es que los DESC, como ha indicado OSUNA PATIÑO, buscan garantizar unas condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos su titulares, paralelamente a que la elevación del mínimo existencial que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir².

II. Tomando en serio los derechos económicos, sociales y culturales

1. Derechos exigibles

Aunque obvio, debe subrayarse que *los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los civiles y políticos*.

Por supuesto, no han faltado voces que catalogan a los DESC como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo. Por ende, la necesidad de *corregir la presunta imperfección* de aquéllos representa todo un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos a su respecto como al ser éstos resueltos por los órganos públicos competentes.

Es preciso recordar que la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos³ (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”⁴.

² Osuna Patiño, Néstor, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, junio de 2003, p. 95.

³ A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

⁴ Parte II, párr. 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

Consistente con ello se muestra la Observación General (OG) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a ‘La aplicación interna del Pacto’, de 3 de diciembre de 1998. La misma ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”⁵.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que éste es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instrumento internacional que no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados Partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985. Sobre el papel que ha jugado tal Comité, CRAVEN advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación del mismo⁶, el que recién se reunió por primera vez en 1987.

Retomando el hilo argumental, es útil tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas, y de que converja también, y seriamente, su contrapartida jurídica: deberes auténticos que, por serlo, pueden ser activados por medio de la pretensión de tutela acogida en la sentencia⁷.

Como hipótesis de mínima, debe admitirse que los DESC presentan al menos algún aspecto de justiciabilidad, el que debe ser resguardado para evitar que se diluya el núcleo mínimo, esencial e inderogable del derecho en cuestión individualmente considerado, punto éste que se perfila como un peculiar desafío para el activismo judicial y el Estado Constitucional de Derecho.

2. En torno a la manida escisión de los derechos humanos en generaciones

Intentaremos exponer con alguna claridad nuestra visión sobre la difundida expresión “generaciones de derechos humanos”, que –consideramos– ha contribuido a alimentar una artificial brecha que se supone separa a los derechos civiles y políticos de los DESC. No es casual que prestigiosa doctrina se haya referido a la cuestión como la “fantasía de las generaciones de derechos”⁸.

⁵ Nos referimos a lo sostenido en el ap. 10 *in fine* de tal O.G., bajo el epígrafe de “Justiciabilidad”.

⁶ CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, N° 9, julio-diciembre de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., p. 131.

⁸ Así la denomina CANÇADO TRINDADE, António A., “Derechos de solidaridad”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAYZA, Rafael (comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T° I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, p. 64.

Sobre el particular, CANÇADO TRINDADE subraya que mientras en relación con los seres humanos se produce una *sucesión generacional*, en el ámbito de los derechos se desarrolla un *proceso de acumulación*, de lo que extrae que *los seres humanos se suceden*, al tiempo que *los derechos se acumulan y se sedimentan*⁹. Agrega que desde el prisma de la evolución del derecho internacional en este campo, la analogía de la “sucesión generacional” de los derechos no pareciera correcta en términos históricos, puesto que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no acaecieron *pari passu*, porque si bien en el derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no sucedió de la misma manera en la dimensión internacional, como queda acreditado con las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– en 1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos¹⁰.

A su tiempo, RABOSI¹¹ critica la tesis de las “generaciones de derechos humanos” identificando como una de sus consecuencias más dañinas el hecho de que implica y/o brinda un argumento a quienes predicán que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial, pero en realidad –advierte– nada hay en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas, ya que las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda que el autor que citamos resume afirmando que *sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos y los DESC son, en el mejor de los casos, programáticos*.

Para controvertir esta posición, RABOSI enfatiza que la tesis que impugna “está basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferencia categorial de los derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...”¹².

PINTO subraya que son múltiples las objeciones que encuentra a tal tesis y, entre otros cuestionamientos, pone de manifiesto que la elección de la variable en que se sustenta es “caprichosa”, al tiempo de argumentar que la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la doctrina de las generaciones de derechos¹³.

Al menos, nos parece que el uso de la expresión “generaciones de derechos humanos”, o de otras de similar calibre, no puede ni debe afectar la unidad conceptual de ellos puesto que imbrican en la dignidad humana que, obvio es decirlo, es sólo una también. Esa percepción

⁹ *Ibid.*, pp. 64/65.

¹⁰ Cançado Trindade, Antônio A., *Para O.N.G.*, N° 8, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1993, pp. 42/43.

¹¹ Rabossi, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, *Lecciones y Ensayos*, N°s. 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 49/50.

¹² *Ibid.*, p. 51.

¹³ Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 56/57.

late con fuerza en los Preámbulos del PIDESC y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los que claramente se reconoce que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se desprenden o derivan *de la dignidad inherente a la persona humana* (respectivos párrafos 2° de las partes preambulares de ambos instrumentos).

En resumen, la construcción léxica “generaciones de derechos humanos” no puede continuar siendo admitida inercial y acríticamente, sino que merece ser reestudiada, comprobando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación arbitraria¹⁴.

3. Breves notas sobre las exigencias de progresividad y no regresividad de los DESC

Continuando por un instante con el tema abordado en el subapartado anterior, en tanto nos servirá para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia este epígrafe, vale expresar que la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de los derechos llevan a dudar de la sustentabilidad semántica de la expresión “generaciones de derechos humanos”.

Tampoco debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión de los derechos humanos en generaciones, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los derechos económicos, sociales y culturales, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y en la falta de disponibilidad de medios materiales para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos –civiles y políticos– no legitima la denegación de otros –económicos, sociales y culturales– (ver, v.gr., la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo, de 1986), pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribió de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.

En las denominadas “Normas para la Confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador”¹⁵, que –como se sabe– es el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo: CADH) en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; se especifica que tal presentación se regirá por el principio de progresividad y por un sistema de indicadores de progreso (art. 5 del Anexo¹⁶), definiendo al principio de progresividad como *el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural* (art. 5.1). Añade en el ap. 2 de tal art. 5 que “un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil”.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 41 y ss., *pássim*.

¹⁵ Aprobadas en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 7 de junio de 2005 [AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)].

¹⁶ Bajo el título de: “Normas para la Confección de los informes periódicos previstos en el art. 19 del Protocolo de San Salvador”.

Tomando tales insumos como plataforma de lanzamiento y pensando en la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los DESC hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos¹⁷, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es sólo simbólica*, debiendo darse paso a una *progresividad efectiva y real* de tal tipología de derechos.

Tal premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad* de los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población¹⁸.

Este punto sin duda nos conecta con la tesis del contenido esencial de los derechos, que resulta intangible, y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha mudado, pasando –en palabras de ZAGREBELSKY– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho*¹⁹.

Yes precisamente con el telón de fondo descrito donde los jueces ordinarios y/o constitucionales en el ámbito interno de los Estados deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales, desde un prisma de inacción deferente, como *latencia o inocuidad sine die de las normas consagradorias de DESC*, sobre todo cuando se trata nada menos que de derechos fundamentales; problemática que empalma con el tópico que afrontaremos a continuación.

III. Interacción del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos

La creciente trascendencia de la intersección del derecho doméstico y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento real y no sólo declamado del sistema de derechos.

Dichas premisas confirman que la crucial problemática de los derechos humanos es una incumbencia –y debe ser una preocupación– concurrente o compartida entre las jurisdicciones

17 Así ha sido inequívocamente determinado por los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC, los que fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos de 2 a 6 de junio de 1986 en Maastricht, y convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del –por entonces– recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados Partes; y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

18 COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra colectiva compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

19 ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1999, p. 147.

estatales y la transnacional; sin olvidar, por cierto, que ésta presenta un carácter subsidiario y coadyuvante de los ordenamientos nacionales.

En línea con lo anunciado, no está de más recordar que tanto en la fase inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la etapa de ejecución de una sentencia de condena internacional²⁰, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Es que, en general, es condición inexcusable para que quede jurídicamente abierto, v.gr., el acceso al sistema interamericano²¹, que se haya agotado previamente la vía interna y, de manera semejante, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte Interamericana que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima (sus familiares o representantes legales) la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado renuente.

Es imposible ignorar, por consiguiente, la necesidad de internalizar la centralidad del fenómeno que encarnan los derechos humanos y la no menor trascendencia de propiciar un ensanchamiento de las posibilidades de acceso de la persona a los mecanismos protectorios, internos o internacionales, viabilizando un útil empleo de éstos, ya que es claro que *el progreso de la democracia se mide por la expansión y justiciabilidad de los derechos*²².

Y todo ello pese a la gran paradoja que se ha explicado con acierto precisando que aunque se profundice cada vez más una visión crítica y exista una desconfianza creciente respecto del sistema de administración de justicia, cada día crece la demanda por la justicia²³. En otras palabras, mientras mayor es la crítica contra dicho sistema, mayor es también la demanda de justicia por parte de la población²⁴.

Por su parte, y como herramienta hermenéutica de primer orden, debe tomarse en consideración que, en el ámbito del derecho internacional, los derechos humanos son cuestiones de *ius cogens*, esto es, de principios generales del derecho internacional.

Desde una perspectiva genérica, puede observarse que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organización de Naciones Unidas, han establecido la aplicación —*inter alia*— de “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, que —en definitiva— son los aceptados por las naciones *in foro domestico*. En consecuencia, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con tales pautas y con las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan

²⁰ Cfr. art. 68.2 de la CADH.

²¹ Cfr. art. 46.1.a de la CADH. Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del PIDCP (art. 5.2.b).

²² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1997, p. 918.

²³ Cfr. BOLIVAR, Ligia, “Justicia y acceso. Los problemas y las soluciones”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N°s 32-33, Edición especial sobre ‘Acceso a la Justicia’, per. julio 2001-junio 2002, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, p. 72.

²⁴ Incluso, varios instrumentos internacionales que ostentan singular valor en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, y que en Argentina han sido dotados de jerarquía constitucional, ponen de manifiesto la exigencia de que los ordenamientos domésticos aseguren el acceso a la justicia, por ejemplo, los arts. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 de la CADH y 14 del PIDCP.

sobre la base de aquéllas, pues los principios reconocidos por las naciones civilizadas son “obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*”²⁵ [remarcado añadido], razón por la cual la circunstancia de que un Estado no haya ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁶ no lo habilita jurídicamente a eximirse del deber de observancia dado que se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

Todo lo mencionado precedentemente lleva a dirigir el punto de mira hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y genera una trama de relaciones no pocas veces conflictiva.

Éstos y otros condimentos de una cuestión de actualidad permanente, nos llevan a reiterar que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad inaplazable y pasa a simbolizar uno de los retos cruciales a los que se enfrenta la cabal protección del ser humano en el ámbito internacional.

Y en esta dinámica, los jueces nacionales se enfrentan a una nueva realidad a la que deben adaptarse, caracterizada –*inter alia*– por la *ampliación del parámetro de control de constitucionalidad de la normativa infraconstitucional*, la que –además de la Ley Fundamental– deberá ser cotejada con los instrumentos internacionales que conforman el estatuto básico de los derechos humanos; complejo tema que retomaremos en el ap. VI.

IV. Los derechos económicos, sociales y culturales en los órganos de Cierre de la Justicia constitucional en algunos Estados latinoamericanos

1. Preliminar

El tópico que abordáramos en el apartado anterior realza la importancia de la labor a cargo de los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales o Cortes Supremas de Justicia en el plano de la justiciabilidad de los DESC.

Cabe recordar que las bases jurídicas, políticas y axiológicas mínimas de sustentación de un cabal Estado (Constitucional) de Derecho²⁷, fincan –entre otros elementos– en: a) una *Constitución suprema y con densidad normativa, al igual que los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos, que contienen una fuerte carga preceptiva*; b) un *sistema democrático no declamado sino real*; c) *el goce y el ejercicio efectivos de los derechos humanos*; y d) una *magistratura constitucional* que asegure la normatividad y la primacía constitucionales y el respeto y la realización de los derechos humanos, obviando cualquier pretendida diferencia categorial entre ellos (por ejemplo, entre civiles y políticos y económicos, sociales y culturales).

²⁵ Paráfrasis de una afirmación que la Corte Internacional de Justicia vertiera al evacuar la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951: “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, *Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders*, Leyden A. W. Sijthoff’s Publishing Company, 1951, o *Recueil*, 1951, pp. 23/24.

²⁶ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

²⁷ Sobre el tema, puede consultarse la monografía de BAZÁN, Víctor, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Cuadernos Democráticos Nº 1, Fundación Konrad Adenauer (Oficina Ecuador), Quito, 2009.

Justamente para enfocar la aplicación práctica del *desiderátum* tuitivo de tales derechos, pueden a modo de ejemplo enunciarse los casos de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Perú, según el sucinto señalamiento que efectuaremos a continuación; luego de lo cual clausuraremos este apartado con breves reflexiones sobre el deber ético y jurídico de los Estados consistente en honrar sin retaceos sus compromisos internacionales.

2. Recorrido jurisprudencial

A. Argentina²⁸

Imbuida de una tónica activista, la Corte Suprema de Justicia ha proporcionado cobertura tuitiva al *derecho a la salud*, reconocido como derecho fundamental, por ejemplo, *in re* “María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial”²⁹, de 30 de octubre de 2007. En esta sentencia, por mayoría³⁰, revocó el fallo que había rechazado la acción de amparo tendiente a obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de una persona con discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave, en virtud de existir un reclamo similar en sede administrativa, pues – entre otros argumentos– la Corte consideró en el voto mayoritario que siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, los jueces deben habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. En síntesis, por mayoría, y al tiempo de dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido, ordenó se remitieran los autos al tribunal de origen para que, por quien correspondiera, se dictara un nuevo decisorio con arreglo al criterio que sentaba la Corte.

En sintonía, ha dado reiterada protección a los *derechos laborales*, v.gr., declarando la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley de Riesgos del Trabajo (“Castillo, Ángel Santos c. Cerámica Alberdi S.A.”³¹, de 7 de septiembre de 2004, y “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/ art. 39 Ley 24.557”³², de 21 de septiembre de 2004) o del tope tarifario implementado en la Ley de Contrato de Trabajo para la cuantificación de la indemnización por despido incausado (“Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A. s/ despido”³³, de 14 septiembre de 2004); *defensa de la vivienda única y familiar* (“Rinaldi, Francisco Augusto y otro c. Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria”³⁴, de 15 de marzo de 2007); *inter alia*.

²⁸ La nómina de sentencias que se examinarán es necesariamente incompleta y acotada. Sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, ver para ampliar BAZÁN, Víctor, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en BAZÁN, Víctor (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Sección Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - Ediciones Legales, Lima, pp. 257/300.

²⁹ *Fallos*, 330:4647.

³⁰ Los posicionamientos en el Tribunal fueron los siguientes: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Fayt y Maqueda; en sendos votos concurrentes, los ministros Highton de Nolasco y Zaffaroni; y, por último, en disidencia conjunta, los doctores Petracchi y Argibay.

³¹ *Fallos*, 327:3610. Votaron coincidentemente los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

³² *Fallos*, 327:3753. La posición triunfante fue sustentada por los doctores Petracchi y Zaffaroni. A su turno, por su voto se pronunciaron los ministros Belluscio y Maqueda, en concurrencia conjunta, y Highton de Nolasco y Boggiano, en mociones individuales.

³³ *Fallos*, 327:3677. Se pronunciaron de modo consonante todos los ministros firmantes, doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

³⁴ *Fallos*, 330:855. Los alineamientos fueron los siguientes: el voto que encabeza la sentencia correspondió a los ministros Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente, en forma conjunta y coincidiendo con éstos en sus primeros once considerandos, se expidieron los doctores Lorenzetti y Zaffaroni; y, finalmente, la doctora Argibay se expidió por su voto.

Ya en materia de *movilidad de haberes previsionales* pueden citarse ejemplificativamente los casos “Sánchez, María del Carmen c. Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios”³⁵, de **17 de mayo de 2005**; y “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/ reajustes varios”³⁶, sentencias I³⁷ y II³⁸, decisorios dictados respectivamente el 8 de agosto de 2006 y el 26 de noviembre de 2007.

En “Sánchez” se pronunció “por mayoría”³⁹ a favor de la movilidad de los haberes previsionales (en el caso, de una pensión) de conformidad con las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones. Al respecto, y si bien entonces no se agotó la polémica ni se brindó respuesta a todos los interrogantes en torno de la problemática de la seguridad social, al menos da por tierra con el polémico precedente sentado en “Chocobar”⁴⁰, que en puridad “congeló” la movilidad prestacional consagrada en el art. 14 bis, párr. 3°, de la Carta Magna. Entre otras consideraciones de interés, en el consid. 3° del voto mayoritario, se preocupó por aclarar que ratificaba “los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechaza toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar «jubilaciones y pensiones móviles», según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos”.

Por su parte, en “Badaro I”⁴¹ detectó la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta Magna; se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión⁴²; difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes; y decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

A su turno, en “Badaro II”⁴³, al haber transcurrido un espacio de tiempo prudencial (un poco más de quince meses) sin recibir respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado

³⁵ *Fallos*, 328:1602.

³⁶ Causa ‘B.675.XLI’.

³⁷ *Fallos*, 329:3089.

³⁸ Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota 35, emitido más de quince meses después de “Badaro I”. Está registrado en *Fallos*, 330:4866.

³⁹ La mayoría quedó constituida con los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los ministros Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el doctor Boggiano.

⁴⁰ *Fallos*, 319:3241, de 27 de diciembre de 1996.

⁴¹ El decisorio lleva la firma de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

⁴² Omisión que se centraba principalmente en el art. 14 bis, concretamente en la parte referida al derecho a las “jubilaciones y pensiones móviles”.

⁴³ Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

(emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante)⁴⁴, y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar la omisión legislativa que la Corte había advertido y el daño derivado de ella” –remarcado agregado–, por unanimidad de votantes declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2º, de la Ley N° 24.463, en el caso, y determinó que la prestación del accionante (que superaba los \$ 1.000) se ajustara, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, dictando una resolución que –ante la omisión legislativa– supuso la fijación de una regla para el caso concreto no exenta de contenido aditivo.

En la misma materia (previsional), puede por último relevarse telegráficamente (por razones de limitación en la extensión de este trabajo), que el 11 de agosto de 2009 se han dictado dos fallos importantes.

En uno de ellos, causa “Elliff, Alberto José c. ANSeS s/ Reajustes varios”⁴⁵, la Corte se pronunció –por mayoría⁴⁶– nuevamente acerca de la ardua cuestión de la actualización de haberes, determinando que los salarios de referencia para calcular el haber inicial del jubilado, debían ser actualizados hasta el cese laboral por la variación de los salarios; punto que adquiere importancia ya que dichos salarios son los que se toman en consideración para cuantificar la jubilación inicial, quedando sin efecto la falta de actualización que regía desde 1991. En síntesis extrema del pronunciamiento el Tribunal se basó en que la Ley de Convertibilidad (dictada precisamente en 1991), no podría modificar lo sostenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que concluyó que no existía ningún fundamento válido que justificase retacear los ajustes de los haberes jubilatorios.

En el restante pronunciamiento, causa “Aban, Francisca América c. ANSeS”⁴⁷, determinó – por mayoría⁴⁸ – la inaplicabilidad del tope máximo de haberes, en una causa iniciada por un beneficio previsional otorgado por el régimen de la Provincia de Jujuy, el cual había sido transferido a la Nación mediante un convenio celebrado entre ambos Estados (Nacional y local) en el año 1996. En definitiva, estableció que los jubilados provinciales de las Cajas transferidas a la Nación, deben cobrar sus jubilaciones con la movilidad y sin tope, del modo como lo determinan las condiciones establecidas por las leyes locales por las que se jubilaron antes de ser transferidos.

Para finalizar, puede mencionarse que el 5 de agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación firmó un convenio con la ANSeS, para obtener una mayor celeridad en los procesos previsionales, que entre otros puntos establece un sistema de inicio de demandas

⁴⁴ Luego del fallo “Badaro I” el Congreso sancionó la Ley N° 26.198 (B.O. de 10 de enero de 2007), aprobatoria del presupuesto 2007, que reconoció un aumento general del 13% con vigencia desde el 1 de enero de 2007, convalidó los aumentos de los haberes inferiores a \$ 1.000 implementados por distintos decretos de necesidad y urgencia y facultó al Ejecutivo para conceder incrementos adicionales, lo cual se concretó por medio del Decreto N° 1.346/2007 (B.O. de 5 de octubre de 2007) que estableció un aumento general del 12,5% a partir del 1 de septiembre de 2007. Del breve repaso anterior se observa claramente que, en definitiva, ninguna de las medidas descriptas previó la razonable movilidad de los beneficios jubilatorios en el período reclamado por el demandante: 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2006; con lo cual quedaba incumplido lo resuelto en “Badaro I”.

⁴⁵ Fallos, 332:1914.

⁴⁶ Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se pronunció la doctora Argibay.

⁴⁷ Fallos, 332:1933.

⁴⁸ Integraron la mayoría los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia se expidió la doctora Highton de Nolasco.

y notificaciones electrónicas, aunque el cumplimiento de las sentencias del Máximo Tribunal argentino en el punto, continúa resultando muy lenta y dificultosa.

B. Bolivia

El Tribunal Constitucional, en el formato institucional anterior al diseñado por la Constitución aprobada por el referéndum de 25 de enero de 2009 (que abroga la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas), ha seguido una laudable vertiente jurisprudencial protectoria.

Pueden citarse, en esa dirección, las Sentencias Constitucionales 411/2000-R, de 28 de abril de 2000, que obliga al Estado a proporcionar tratamiento médico a una enferma crónica y a la realización de hemodiálisis a enfermos renales; 433/2000-R, 530/2000-R y 1.052/2001-R, todas sobre tratamientos médicos de personas con enfermedades crónicas; 0026/2003-R, de 8 de enero de 2003, sobre provisión de tratamiento y medicamentos antirretrovirales a personas con VIH-SIDA; o la 1.871/2003-R, de 15 de diciembre de 2003, acerca de la protección que debe dispensarse a la mujer embarazada, respecto de quien, a pesar de su estado de gravidez, se había ordenado su detención preventiva, desconociendo la especial protección que la Constitución reconoce a favor de la maternidad.

C. Chile

Recientemente, el 26 de junio del 2008, su Tribunal Constitucional ha dictado –por mayoría⁴⁹– una sentencia trascendente en la materia, impulsando una posición que había estado demorándose en la percepción del Tribunal.

Nos referimos al Rol 976, Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Así, en lo que aquí interesa y poniéndose a tono con la percepción del Comité de DESC de la ONU⁵⁰ (aunque sin mencionar expresamente a este órgano) en cuanto a la naturaleza jurídica de estos derechos, la índole de las obligaciones de los Estados Parte frente al PIDESC y la aplicación de este Pacto en el derecho interno; ha enfatizado que “la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que *los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica*” –remarcado agregado– (consid. vigesimosexto de la posición mayoritaria).

En otras palabras ha subrayado la *juridicidad* –y con ésta, la alegabilidad ante los órganos jurisdiccionales–, de los DESC, precisando que éstos no tienen una naturaleza necesariamente distinta de los derechos civiles o políticos, en lo que constituye un paso importante en la evolución de la doctrina judicial del Tribunal.

⁴⁹ El fallo fue acordado con el voto en contra de los Ministros Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento en todas sus partes.

⁵⁰ O.G. N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (par. 1 del art. 2 del Pacto)”, 14 de diciembre de 1990; y O.G. N° 9, “La aplicación interna del Pacto”, 3 de diciembre de 1998.

D. Colombia

Son igualmente dignos de destacar ciertos aspectos de la labor de la Corte Constitucional que, en el marco de la acción de tutela, ha realizado una interesante labor hermenéutica sobre el carácter o incidencia sociales de aquella acción, además de haber empleado con frecuencia la denominada argumentación “por conexidad”, para “comunicar” a otros derechos (como el de la salud) el carácter de “fundamentalidad” que poseen intrínsecamente algunos (como el derecho a la vida); por ejemplo, *mutatis mutandi*, las Sentencias T-571 de 1992, justamente sobre el *derecho a la salud*, o T-079 de 2008, en torno al *derecho a una vivienda adecuada*.

Tal modalidad de razonamiento se ha aplicado también en el campo del derecho a la seguridad social, por ejemplo, en las Sentencias C-177 de 1998 y SU-1354 de 2000; particularmente en esta última, donde con claridad la asocia al derecho a la subsistencia digna.

De otro lado, y con base en lo afirmado por OSUNA PATIÑO, la Corte Constitucional también ha empleado la argumentación por conexidad en el ámbito de los derechos colectivos, por vía de principio protegibles por la acción popular, aunque les ha dado canalización tuitiva por la acción de tutela (v.gr., la Sentencia SU-1116 de 2001), “cuando la afectación del interés o derecho colectivo vulnera o amenaza «por conexidad» un derecho «fundamental del peticionario»”⁵¹. Por ejemplo, en el derecho a un ambiente sano y su conexión con los derechos a la vida, a la salud (Sentencia SU-116 de 2001), a la integridad física⁵².

Tal vez en el “debe” queda la sentencia de 12 de marzo de 2008, en la que el Tribunal por mayoría entendió que existía “cosa juzgada” respecto de la pretensión de análisis de constitucionalidad de los arts. 25, 26, 28 y 51 de la Ley N° 789/2002 de reforma laboral, aferrándose a un decisorio anterior (de 2004) y, por tanto, absteniéndose de realizar el examen constitucional requerido, pese a que dicha reforma laboral había disminuido la protección de los derechos de los trabajadores y no produjo los resultados esperados en materia de generación de nuevos empleos.

Fuera y más allá de los pronunciamientos enunciados, no puede omitirse siquiera una mínima alusión a un decisorio trascendente: la Sentencia T-025 de 2004 sobre *desplazamiento forzado interno* (correspondiente a la Sala 3ª de Revisión de la Corte Constitucional), que determinó al respecto un “estado de cosas inconstitucional” ante las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encontraba la población desplazada y la omisión reiterada de brindar protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades, violándose los derechos a la *vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a personas de la tercera edad, mujeres cabeza de familia y niños*.

E. Perú

El Tribunal Constitucional ha actuado consonantemente, por ejemplo, en Expte. N° 2.945-2003-AA/TC, *in re* “A.A.M.G.” (Sala Primera). Se ventilaba allí una acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el citado Ministerio, en el que la peticionante perseguía el otorgamiento de atención médica integral en su condición de

⁵¹ Osuna Patiño, Néstor, “La tutela de derechos por «conexidad»”, en Cepeda, Manuel J. y Montealegre, Eduardo (dirs.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 177.

⁵² *Ibid.*, pp. 177/178.

paciente con VIH/SIDA, es decir, la provisión constante de medicamentos necesarios para su tratamiento y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiriera. Tal amparo fue acogido sólo parcialmente por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, razón por la cual la impetrante acudió al Tribunal Constitucional por vía de recurso extraordinario.

La sentencia del Tribunal Constitucional ordenó que se considerara a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirían *tratamiento integral contra el VIH/SIDA* por parte del Ministerio de Salud, lo que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad, al tiempo de exhortar a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el art. 8 de la Ley N° 26.626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

Es interesante la argumentación que este Tribunal elabora analizando los derechos económicos y sociales en general y en particular el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida para dar cabida al amparo y razonar que, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud *per se*, era “necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida sólo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, *esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión*” (énfasis añadido, Fundamento 39).

Convergentemente, añadió que “...los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, *de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional*” (remarcado agregado, Fundamento 49).

En dirección convergente, pueden contabilizarse –*inter alia*– las sentencias recaídas en Expte. 6.572-2006, sobre *pensión por viudez en caso de unión de hecho*, y 4.646-2007, relativa al *derecho a la educación*.

3. Breves consideraciones finales sobre la cuestión abordada

Naturalmente, lo ideal sería que el Estado *previera y evitara* posibles incumplimientos en el campo de los DESC, pero si ellos igualmente se configuraran, los remedios nacionales darían a aquél ocasión de repararlos localmente antes de que se activen en su contra las instancias transnacionales. En un marco genérico de discusión, creemos que no es posible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión internacional en el respectivo desarrollo de sus funciones: *los*

*derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*⁵³, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Aprender tal premisa configuraría un buen punto de partida para superar preconceptos, abandonar concepciones que ven en los DESC ciertos “defectos congénitos” que obstan a catalogarlos como verdaderos “derechos” o a adjudicarles algún “valor jurídico”⁵⁴, y dejar de lado percepciones que, al mantener que aquéllos no generan obligaciones estatales correlativas, preconizan la “irresponsabilidad” del Estado en caso de incumplimiento de normas nacionales o internacionales que los reconozcan.

Como contrapartida, creemos que tales esfuerzos deberán canalizarse constructivamente y, al superar relativismos y escepticismos, convertirse en aportes para crear, modular y repensar técnicas de realización, vías de maximización o mecanismos de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales que coadyuven definitivamente a *ponerlos en acción*⁵⁵.

En esa línea, más allá de los casos puntuales esquematizados y sin perjuicio de retomar algunos aspectos de la cuestión al analizar el trascendente asunto del control de convencionalidad por los magistrados locales, creemos que se impone una profundización de la labor de la jurisdicción constitucional latinoamericana en el ámbito temático relevado y un *dinamismo prudente* para generar estándares jurisprudenciales sustentables que, sin resultar temerarios ni atentar contra el equilibrio financiero del Estado, coadyuven a la realización de semejantes derechos que, sin duda, se presentan directamente consustanciados con la dignidad de la persona.

V. Vías de acceso al sistema interamericano por violación a los derechos económicos, sociales y culturales

1. Pórtico

Si no obstante todo lo manifestado en torno a la dimensión local la presunta víctima de una violación a sus DESC no obtuviera reparación alguna o no la lograra en la medida reclamada, podría intentar canalizar su pretensión en el ámbito interamericano, luego de haber abastecido los requisitos estipulados normativamente para ello, entre los que se cuenta el agotamiento de los recursos en sede interna, salvo las excepciones que permiten sortear tal exigencia.

Consecuentemente, en este sector del trabajo nos ocuparemos de las posibilidades reclamatorias ante los órganos del sistema interamericano, frente el fracaso o la inocuidad de los resortes locales⁵⁶.

⁵³ Instituto de Derecho Internacional, Resolución sobre “La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”, adoptada en la sesión de Santiago de Compostela, el 13 de setiembre de 1989; aludida por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, en el Prólogo a la obra de CANÇADO TRINDADE, António A., *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, pp. 11/12.

⁵⁴ Ver al respecto, la respuesta que a tales objeciones brinda COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 198 y ss.

⁵⁵ Sobre el tema, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, T° II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 547/583.

⁵⁶ Reproducimos aquí algunas ideas volcadas en BAZÁN, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales, ¿realidad o ficción?”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal*

2. Mosaico normativo

Esencialmente, las coordenadas tuitivas principales de los DESC transitan los espacios competenciales de la Comisión y la Corte Interamericanas y en buena medida dependen de la interpretación dinámico-evolutiva y correlacionada del contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. VI y VII, además del continuo normativo que se extiende entre los arts. XI a XVI), de 1948; de la CADH (arts. 26 y 42), de 1969; de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), de 1948 (bajo el rótulo de “Desarrollo integral”, en los arts. 30 a 52); y del Protocolo de San Salvador⁵⁷, del que nos ocuparemos seguidamente.

3. En torno al Protocolo de San Salvador

Pese al reducido espacio concedido por el Protocolo de San Salvador a las posibilidades de formalización de *peticiones individuales*⁵⁸ ante la Comisión Interamericana⁵⁹, restringido a las hipótesis de violaciones a la libertad sindical (art. 8.1.ª) o al derecho a la educación (art. 13), en los términos del art. 19.6, *ibíd.*; es útil tomar en cuenta la apreciación de GARCÍA RAMÍREZ, para quien cabe reflexionar sobre algunas hipótesis en las que pudiera plantearse un pronunciamiento sobre temas recogidos en otros preceptos, exclusivamente cuando lo haga ineludible o indispensable la conexión lógica entre aquéllos y éstos⁶⁰.

Desde esa vertiente, y luego de detallar que el Protocolo contiene obligaciones generales para la adopción de medidas (arts. 1 y 2), asimilables a los deberes del mismo signo que instaura la CADH, el nombrado autor señala que tales obligaciones pueden ser proyectadas hacia o contempladas desde los diversos derechos consagrados en el Protocolo, exactamente como sucede en la operación de la Convención y, así, bajo la lente que suministran los arts. 8 y 13, entiende que

Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor FIX-ZAMUDIO en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tº IV: “Derechos fundamentales y tutela constitucional”, III, UNAM, México, D.F., 2008, pp. 633/662.

⁵⁷ El Protocolo ha sido ratificado por Suriname (el 10 de julio de 1990), Panamá (el 18 de febrero de 1993), Ecuador (el 25 de marzo de 1993), Perú (el 4 de junio de 1995), El Salvador (el 6 de junio de 1995), Uruguay (el 2 de abril de 1996), México (el 16 de abril de 1996), Brasil (el 21 de agosto de 1996), Paraguay (el 3 de junio de 1997), Colombia (el 23 de diciembre de 1997), Costa Rica (el 16 de noviembre de 1999), Guatemala (el 5 de octubre de 2000), Argentina (que depositó en Washington el instrumento de ratificación el 23 de octubre de 2003), Bolivia (el 5 de octubre de 2006) y Nicaragua (el 5 de marzo de 2010). El estado actual de ratificaciones (junio de 2011) puede consultarse en: www.cidh.org/Basicos/Basicos4.htm.

⁵⁸ Además de las *peticiones individuales* articulables ante la Comisión Interamericana (a las que aludimos en el texto), en función del art. 19.1 del Protocolo, los Estados Partes en éste deben presentar *informes periódicos* respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo. El art. 19.2, *ibíd.*, estipula que todos los informes serán presentados al Secretario General de la OEA, quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el propio art. 19, además de que el Secretario General deberá remitir copia de los mismos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A su tiempo, los informes anuales que presenten a la Asamblea General de la OEA el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura contendrán un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes (art. 19.5, *ibíd.*).

⁵⁹ Más allá de ser destinataria de tales peticiones individuales según lo programado en el art. 19.6 del Protocolo, la Comisión Interamericana podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los DESC establecidos en el Protocolo en todos o en algunos de los Estados Partes, las que podrá incluir en el *informe anual* a la Asamblea General o en un *informe especial*, según lo considere más apropiado (art. 19.7, *ibíd.*), teniendo en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por dicho Protocolo (art. 19.8, *ibíd.*).

⁶⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* en nota 6, p. 143.

difícilmente la Corte podría ignorar aquellas obligaciones generales⁶¹. Finalmente, subraya que el Tribunal podría entrar al conocimiento de casos de discriminación –prohibida por el art. 3–, si ella se aplicara en puntos concernientes a la libertad sindical o a los derechos vinculados con la educación; lo que también ocurriría con la regla de interpretación que rechaza las restricciones de derechos reconocidos en la legislación interna o en convenciones internacionales bajo el pretexto de que el Protocolo no los reconoce o lo hace en menor grado (art. 4); por último, acota que la Corte podría pronunciarse sobre restricciones o limitaciones indebidas adoptadas por medio de actos calificados como leyes, tema que aborda el art. 5 del Protocolo⁶².

Pero además, y ya fuera de las opciones reclamatorias específicas emergentes de este último instrumento, se ha sostenido que el derecho a la protección judicial previsto en el art. 25 de la CADH (que comprende el acceso a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la mencionada Convención) concreta –además de la mentada remisión al derecho interno estatal– un reenvío a los instrumentos internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, el PIDESC), de tal modo que dicho art. 25 de la Convención establece un mecanismo de tutela de los precitados derechos⁶³.

4. En búsqueda de estrategias protectorias alternativas o indirectas de los DESC

La afirmación que cierra el subapartado inmediatamente precedente nos permite apreciar que el proceso de búsqueda de técnicas alternativas que propicien la exigibilidad judicial de los DESC no debería prescindir, consiguientemente, de la utilidad que pueden aportar los principios de debido proceso y de igualdad. Veamos:

A. En torno a la primera de tales pautas (exigencia del respeto por el *debido proceso*), ella se erige en una de las herramientas no desdeñables para resguardar los DESC, por ejemplo, a partir de supuestos de excesos rituales manifiestos; dilaciones indebidas en la tramitación de casos, v.gr., relativos a derechos previsionales, viéndose obturada la posibilidad de obtener una sentencia útil y fundada, en el marco de pretensiones encaminadas a lograr la movilidad de los haberes jubilatorios, una relación de proporcionalidad entre las percepciones de los trabajadores activos y los que se encuentran en pasividad, etc.; o sea, cuestiones genéricamente ligadas al derecho a la seguridad social contemplado –*inter alia*– en los arts. 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la DADDH, 9 del PIDESC y 9 del Protocolo de San Salvador.

Y si, como se mencionó líneas arriba, el art. 25 de la CADH diseña un mecanismo de tutela de estos derechos, y si esta norma debe leerse compaginadamente con el art. 8, *ibíd.* (que establece las normas del *debido proceso legal*); no es irrazonable conjeturar que ambos preceptos se retroalimentan, tejen una sólida matriz tuitiva y refuerzan la apertura de un provechoso canal de preservación de los DESC.

⁶¹ Ídem.

⁶² *Ibid.*, pp. 143/144.

⁶³ ABRAMOVICH, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos [Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez]*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, p. 167.

El razonamiento no es extraño a la interpretación formulada por la propia Corte Interamericana, órgano que ha remarcado que *el recurso efectivo que contempla el aludido art. 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el art. 8 de ese tratado*. Para sustentar esa conclusión ha añadido que de esta última norma “se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”⁶⁴.

B. En lo que concierne al segundo de los principios individualizados, ya a partir de un repaso elemental del carácter universal de los derechos humanos se comprueba que éste conduce justamente a la *igualdad*, cuyo corolario es la *no discriminación*⁶⁵.

Y, ciertamente, una fértil estrategia de exigibilidad judicial de los DESC estriba en la prohibición de discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos; enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

En este punto, es aconsejable recordar que la propia Corte Interamericana, en su trascendente Opinión Consultiva (OC) 18/03⁶⁶, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, ha dicho claramente que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante ésta y no discriminación, pertenece al *ius cogens* (párr. 101); interpretación que, desde nuestro punto de vista, coadyuva a brindar plafón axiológico y jurídico para intentar reclamos en tutela de DESC alegando violaciones a dicho principio fundamental, el que –ya en palabras de la Corte con asiento en Costa Rica– “permea todo ordenamiento jurídico” (id. párr.) e “impregna toda actuación del poder del Estado” (párr. 100).

No obstante el avance que significó la interpretación que la Corte Interamericana hiciera del principio de igualdad ante la ley y no discriminación y su ingreso al dominio del *ius cogens*, no puede dejar de señalarse la calificada opinión de CANÇADO TRINDADE, quien en su voto separado en el “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”⁶⁷, de 4 de julio de 2006, ha advertido –no sin pesar– que en dicho pronunciamiento el Tribunal podría haber avanzado en la ampliación del contenido material del *ius cogens* y del alcance de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección, tema sobre el cual el formidable jurista citado (hoy *ex juez* de la Corte Interamericana) ha puesto de manifiesto que hasta principios de 2004 ésta “venía siendo uno de los tribunales internacionales que más estaba contribuyendo para la evolución del contenido material del *ius cogens*, seguida por el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia”,

64 Cfr. casos “Ximenes Lopes”, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párr. 193; “Baldeón García”, Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, N° 147, párrs. 93 y 146; “Masacre de Pueblo Bello”, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párr. 144; “Masacre de Mapiripán”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134, párr. 219; “Comunidad Moiwana”, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124, párr. 147; “Hermanas Serrano Cruz”, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C, N° 120, párr. 63; “19 Comerciantes”, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, N° 109, párr. 186; “Las Palmeras”, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, N° 90, párr. 59; “Durand y Ugarte”, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, N° 68, párr. 129; “Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la calle’)”, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, N° 63, párr. 227.

65 PINTO, Mónica, *op. cit.*, p. 13.

66 Corte IDH, Serie A, N° 18.

67 *Vid. supra*, en nota 63 a pie de página.

pero, “[p]or alguna razón que escapa a mi comprensión, últimamente parece haberse refrenado en su construcción doctrinario-jurisprudencial al respecto” (párr. 46).

5. Señalamiento esquemático de las posibilidades protectorias en el modelo

interamericano

Para graficar genéricamente la cuestión, podría hablarse de una trilogía de situaciones en las que quedarían inmersos los Estados (como sujetos pasivos de denuncias individuales), según su nivel de compromiso con los diversos instrumentos pertinentes en el campo que analizamos. Así, en secuencia decreciente de intensidad del ligamen obligacional, tendríamos que:

A. Una primera línea estaría ocupada por *aquellos Estados que son parte de la CADH, han aceptado la competencia de la Corte y han ratificado el Protocolo de San Salvador*, los que quedarían vinculados por las disposiciones de la DADDH (arts. VI y VII, además del clausulado que discurre entre los arts. XI a XVII), la CADH (arts. 26 y 42), el Protocolo de San Salvador, y los principios de la Carta de la OEA (arts. 29 a 50).

Dichos Estados estarán sometidos, por ende, a la obligación de presentar informes periódicos y podrán, en su caso, ser denunciados ante la Comisión de acuerdo con lo establecido por el art. 19.6 del Protocolo, siempre que se trate de la violación de los derechos consagrados en los arts. 8.1. ‘a’ y 13, pudiendo *suo tempore* ser demandados ante la Corte. Fuera de estas dos hipótesis, también podrían ser objeto de denuncia ante la Comisión en función de los restantes principios y normas de la DADDH, la CADH y la Carta de la OEA e incluso podría la Comisión utilizar el Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables a la luz de los arts. 26 y 29 de la Convención⁶⁸. Sea como fuere, entonces, los Estados denunciados quedarán sometidos a la posibilidad de que la Comisión plantee el asunto a la Corte.

B. En un segundo estamento se localizarían *aquellos Estados que son parte de la CADH y han aceptado la competencia del Tribunal interamericano pero no han ratificado el Protocolo*. En tal supuesto, se daría la alternativa mencionada en el párrafo final del precedente subapartado, o sea, ser denunciados ante la Comisión en función de las cláusulas pertinentes de la DADDH, la CADH y la Carta de la OEA, pudiendo resultar demandados ante la Corte.

C. En un tercer plano se ubicarían *aquellos Estados que son miembros de la OEA pero no partes en la CADH y, naturalmente, tampoco han reconocido la competencia de la Corte*. En esa hipótesis quedarían expuestos a ser denunciados ante la Comisión sobre la base de las pautas correspondientes de la DADDH (y, suponemos, complementariamente también de la Carta de la OEA), estimulándose la competencia de la Comisión al influjo de los arts. 20 de su Estatuto y 49 de su Reglamento. Sería de aplicación el procedimiento marcado en los arts. 28 a 43 y 45 a 47 de la preceptiva reglamentaria, lo que supone el agotamiento de la cuestión en el marco de la Comisión ante la imposibilidad de elevar el asunto a la Corte.

⁶⁸ Esta hipótesis fue planteada por la propia Comisión al resolver si receptaba competencia *ratione materiae* para establecer de manera autónoma violaciones al art. 10 del Protocolo a través del sistema de peticiones individuales. Si bien respondió negativamente a la procedencia autónoma de una competencia de tal índole, dejó abierta la posibilidad de utilizar el Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 26 y 29 de la CADH (Informe N° 29/01, Caso 12.249, “Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador”, de 7 de marzo de 2001 –admisibilidad–, párr. 36).

6. Relevamiento de algunos antecedentes en la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos vinculados directa o indirectamente con los DESC

A. La exploración de la labor de ambos órganos protectorios exhibe cómo se abrió incipientemente una práctica que, de consolidarse, permitirá ampliar el horizonte de alegabilidad de los DESC en el marco interamericano, en tanto se visualizan algunos signos que, v.gr., connotan: la interpretación de los derechos civiles y políticos en “clave social”; el empleo de derechos “puente” o “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; el descubrimiento de facetas “sociales” de algunos derechos civiles y políticos; y la “reconducción social” del derecho individual a obtener ciertas reparaciones de índole patrimonial.

B. A continuación, recorreremos la praxis de ambos órganos sobre el particular para constatar las premisas enunciadas en el párrafo inmediatamente anterior.

a) En la Comisión Interamericana

La tendencia mencionada en el tramo introductorio se hace perceptible en los casos “Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua” (fondo), de 11 de octubre de 2001, donde *por vez primera aquel órgano encontró violación del art. 26 de la CADH*; y en “Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador”⁶⁹, en el que juzgó merecía abrirse a trámite una denuncia por falta de provisión de medicamentos a pacientes portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (“VIH/SIDA”), siendo trascendente la recepción de una petición que se interna en el radio de cobertura de derechos básicos que entroncan directamente con la dignidad humana.

b) En la Corte Interamericana

A su tiempo, el Tribunal Interamericano ha realizado interesantes análisis sobre el tema al amparo de la CADH y aunque con mayor frecuencia se ha concentrado en derechos vinculados a la tutela de la vida, la integridad, la libertad y el acceso a la justicia, ha comenzado a examinar derechos de otro tenor (libertad de pensamiento y religión) e incluso ha incursionado en ámbitos donde entran en juego derechos de contenido económico, social o cultural o bien proyecciones de tal carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos⁷⁰.

b.1) Así, y en línea con lo anticipado, el Tribunal ha interpretado ciertos derechos civiles y políticos en “clave social”⁷¹ o utilizando derechos “conectores” o “puentes” entre los civiles y políticos y los DESC. Por ejemplo, en el aludido antecedente “Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la calle’) vs. Guatemala”⁷² –fondo–, de 19 de noviembre de 1999, donde coloca

⁶⁹ Ver nota anterior.

⁷⁰ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* en nota 6, p. 150.

⁷¹ Cfr. URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N^{os} 30-31, Edición Especial: “Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2001, p. 277.

⁷² *Vid. supra*, en nota 63 a pie de página.

al lado del derecho a la vida, estricta o tradicionalmente, *un derecho que se relaciona con la calidad de la vida*⁷³ y, al aludir al art. 19 de la CADH, justamente activa uno de los trascendentes “conectores” entre la mencionada Convención y el Protocolo de San Salvador o, como afirma GARCÍA RAMÍREZ, entre los derechos civiles y los derechos sociales, ejemplo de la proximidad e incluso identidad entre ellos⁷⁴.

En el “Caso Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá”⁷⁵ –fondo–, de 2 de febrero de 2001, enfocó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, para lo cual invocó consideraciones atinentes a los instrumentos de la OIT y de resoluciones emanadas de ella, poniendo de manifiesto la correspondencia normativa entre los arts. 16, incs. 2° y 3°, de la CADH y 8.3. del Protocolo de San Salvador.

b.2) En otro precedente, “Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”⁷⁶ (cuya sentencia fue emitida en fecha 31 de agosto de 2001), la Corte ensayó diversas apreciaciones en torno al derecho indígena⁷⁷, por ejemplo, la vinculada con la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así el Tribunal en determinadas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya abordada en otros asuntos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí a partir de la perspectiva social: *la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el art. 21 de la CADH*⁷⁸.

Otro tanto ocurrió en el “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”⁷⁹, sentencia de 17 de junio de 2005, y el “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”⁸⁰, sentencia de 29 de marzo de 2006. En ellos la Corte remarcó que, para garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio y goce de los derechos de los miembros de una comunidad indígena y que están sujetos a su jurisdicción, al interpretar y aplicar su normativa interna los Estados *deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural*, razonamiento idéntico al que el propio Tribunal interamericano realizó en dichos casos para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión Interamericana y los representantes imputaban al Estado al no haber garantizado el derecho de *propiedad ancestral* de aquellas Comunidades indígenas ya que desde 1993 (para la Yakye Axa) y 1991 (acerca de la Sawhoyamaya) se encontrarían en tramitación las respectivas solicitudes de reivindicación territorial, sin que hubieran sido resueltas satisfactoriamente. Todo ello significaba, en la percepción de los reclamantes, la imposibilidad de las Comunidades y sus

⁷³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* en nota 6, p. 151.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ Corte IDH, “Caso Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá”, Serie C, N° 72.

⁷⁶ Corte IDH, “Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Serie C, N° 79.

⁷⁷ Sobre la temática indígena, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en: “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXVI, N° 108, septiembre/diciembre 2003, IIJ, UNAM, México, D.F., pp. 759/838; “De ‘indios’ a ‘pueblos indígenas’; de la ‘asimilación’ al ‘pluralismo cultural’”, AA.VV., *Constitución de la Nación argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, T° I, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, pp. 171/210, y “Los derechos de los pueblos indígenas y el rol de los jueces en la decisión de conflictos sobre propiedad comunitaria”, *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 10 de agosto de 2009, pp. 39/52.

⁷⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* en nota 6, p. 153.

⁷⁹ Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Serie C, N° 125.

⁸⁰ Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Serie C, N° 146.

miembros de acceder a la propiedad y la posesión de sus territorios e implicaba mantenerlos en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua su supervivencia e integridad.

b.3) No puede omitirse siquiera una somera alusión al “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”⁸¹ (fondo), de 28 de febrero de 2003, ocasión en que la Corte enfocó *algunas de las proyecciones económicas y sociales del derecho a la vida*, al entender disminuida la “calidad de vida” de los pensionistas, en tanto les fueron reducidas sustancial y arbitrariamente sus pensiones y se incumplieron las sentencias judiciales emitidas a su favor, motivos que llevaron a la Corte a estimar la viabilidad de la reparación del daño inmaterial que se les había ocasionado.

Al margen de ello, no puede soslayarse que dedicó un breve espacio a interpretar el art. 26 de la CADH, reenviando en cuanto a lo que debe entenderse por “desarrollo progresivo” de los DESC a lo determinado por el Comité específico de la ONU en su O.G. N° 3 [“La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”], de 14 de diciembre de 1990, de lo que se sigue que la Corte concibe al art. 26 de la CADH como consagradorio de verdaderas obligaciones jurídicas para los Estados⁸².

Sin embargo, con específica referencia al caso que resolvía, no puede disimularse que empleó una fórmula oscura y difusa al indicar que aquel desarrollo progresivo “*se debe medir* en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, *y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente*” (párr. 147), aun cuando al abrir este mismo segmento de la sentencia había afirmado contundentemente que “[l]os derechos económicos, sociales y culturales tienen una *dimensión tanto individual como colectiva*” (remarcados añadidos).

Cabría por tanto inteligir que el criterio exegético del Tribunal en torno al art. 26 de la CADH circunscribe la operabilidad de la norma al caso de que exista una *situación general prevaleciente*, conclusión hermenéutica que, al tiempo de ser reduccionista, aparece desprovista de sustento frente a la configuración léxico-jurídica de dicho precepto convencional y la propia

⁸¹ Corte IDH, “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Serie C, N° 98.

⁸² Nótese que la aludida O.G. N° 3, en su pto. 1, expresa: “El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar* (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) *obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*” (remarcado añadido). La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida O.G. se dirigió a su pto. 9, en el que puede leerse: “La *principal obligación de resultado* que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. (...) *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad *la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (énfasis agregado).

competencia de la Corte que le permite entender en casos de vulneración de derechos humanos de personas determinadas, sin que la cantidad de víctimas constituya un recaudo exigido para viabilizar tal intervención jurisdiccional.

Precisamente este último punto fue expuesto con claridad en el voto razonado del juez Carlos Vicente DE ROUX RENGIFO, quien si bien compartió la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el art. 26 de la CADH, lo hizo por razones distintas de las planteadas por ésta. Así, aunque compartió la referencia en punto a que es pertinente considerar el hecho de que las cinco víctimas de este caso no son representativas del panorama que conforman los pensionistas del Perú, “el razonamiento según el cual sólo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, *no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer “a diferencia de lo que ocurre con la Comisión - una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija [que] éstas tengan que alcanzar determinado número”* (énfasis agregado).

La apreciación del citado juez es clara y contundente y no requiere de mayores aclaraciones para graficar que la posición asumida por la Corte en el tópic particular abordado es ciertamente discutible.

b.4) A su tiempo, en el “Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”⁸³, y si bien no consideró necesario pronunciarse sobre el art. 26 de la CADH, enfocó desde una óptica *social* los derechos a la vida y a la integridad personal (arts. 4 y 5 de la CADH). Realizó, así, un análisis respecto de las condiciones referentes a la vida digna, salud, educación y recreación (de las mencionadas cláusulas del Pacto), en relación con los arts. 19 (cuando las víctimas hayan sido niños⁸⁴) y 1.1 del mismo y con el art. 13 del Protocolo de San Salvador.

Es interesante resaltar que la Corte advirtió que analizaría el caso a la luz de las obligaciones adicionales que el art. 19 de la CADH impone al Estado, añadiendo que para fijar el contenido y los alcances de este artículo, tomaría en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, “ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar” (párr. 148)⁸⁵.

⁸³ Corte IDH, “Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112.

⁸⁴ Además de niños, los hechos que motivaron la condena al Estado paraguayo involucraron mayores de edad. En efecto, la demanda de la Comisión se sustentó en el art. 61 de la CADH, con el propósito de que la Corte decidiera si el Estado violó, en relación con la obligación establecida en su art. 1.1 (obligación de respetar los derechos), el art. 4 (derecho a la vida) de la Convención, por la muerte de nueve internos como consecuencia de un incendio, y de uno más fallecido por un disparo. Asimismo, petitionó a la Corte decidiera si el Estado violó el art. 5 (derecho a la integridad personal), *ibid.*, con relación a la obligación establecida en el art. 1.1 de la misma, por las heridas e intoxicaciones ocasionadas a un conjunto de niños en tres incendios en el Instituto. Paralelamente, le solicitó que declarara la violación de los arts. 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 19 (derechos del niño), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH, todos ellos en relación con la obligación establecida en el art. 1.1, *ibid.*, en perjuicio de los niños internos en el Instituto de Reeducación del Menor “Coronel Panchito López” entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, y de aquellos internos que posteriormente fueron remitidos a las penitenciarías de adultos del país.

⁸⁵ Se apoya en lo que había expresado en el “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párr. 166; y en el citado “Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la calle’) vs. Guatemala”, párr. 194; como lo indicado en la OC-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17, párr. 24.

Es singularmente relevante la percepción que la Corte verbaliza en punto a que, junto a la Convención sobre los Derechos del Niño y la CADH) el Protocolo de San Salvador *forma parte del 'corpus juris' internacional de protección de los niños que debe respetar*.

Por lo demás, y en un aserto en el que subyace la operatividad de los caracteres de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, dejó en claro que en el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del art. 19 de la CADH, debía “tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los *derechos civiles y políticos*. *Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales* que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños” –énfasis añadido– (párr. 149).

Dentro de esta presentación sintetizada al máximo de la cuestión, y entre otros puntos, la Corte decidió que el Estado debía realizar, en consulta con la sociedad civil, en el plazo de seis meses, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de declaración que contenga la elaboración de una *política de Estado de corto, mediano y largo plazo en materia de niños en conflicto con la ley que sea plenamente consistente con los compromisos internacionales del Paraguay*, la que debía contemplar, *inter alia*, estrategias, acciones apropiadas y la asignación de los recursos que resultaran indispensables para que los niños privados de libertad se encontraran separados de los adultos; para que los niños procesados estén separados de los condenados; así como para la creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad.

b.5) El “Caso Huilca Tecse”⁸⁶, en el que luego de reenviar a lo que había mencionado en el párr. 158 de la sentencia recaída en el “Caso Baena Ricardo y otros” en cuanto a que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos” (párr. 73), y de recordar que lo señalado en el Protocolo de San Salvador y en el Convenio N° 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación de 17 de junio de 1948, los cuales en sus artículos 8.1.a y 11, respectivamente, comprenden la obligación del Estado de permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente (párr. 74); consideró que “*el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano* y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho” –remarcado agregado– (párr. 78).

Por su parte, es significativo que en el párr. 75 de su fallo el Tribunal se haya sustentado argumentalmente en lo interpretado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, cuando señaló que “*la libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respete y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona*”⁸⁷ –énfasis añadido–.

⁸⁶ Corte IDH, “Caso Huilca Tecse vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de marzo de 2005, Serie C, N° 121.

⁸⁷ OIT, Resoluciones del Comité de Libertad Sindical: 233^{er} Informe, Caso N° 1.233 (El Salvador), párr. 682; 238° Informe, Caso N° 1.262 (Guatemala), párr. 280; 239° Informe, Casos N°s 1.176, 1.195 y 1.215 (Guatemala), párr. 225, c); 294° Informe,

En definitiva, y en cuanto a lo que aquí interesa, la Corte estimó que –en los términos del allanamiento efectuado por el Estado peruano– éste incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en los arts. 4.1 (derecho a la vida) y 16 (libertad de asociación) de la CADH, y el incumplimiento de la obligación establecida en el art. 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la misma, en perjuicio de aquél (ap. 79).

b.6) A su tiempo, en “Ximenes Lopes vs. Brasil”, de 4 de julio de 2006, incursionó por vez primera en la situación de las personas con discapacidad mental, que se hallan bajo la garantía –preservación y relativo ejercicio de derechos inderogables– del Estado y, en un plano más general, declaró que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En este punto enfatizó que los Estados deben tomar en cuenta *que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo de padecer discapacidades mentales*.

b.7) En el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”⁸⁸ consideró que el Estado peruano violó, en perjuicio de las 257 víctimas, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts. 8.1 y 25 de la CADH, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2, *ibíd.*

El párr. 136 de la sentencia dispone: “En el presente caso los intervinientes comunes alegaron que el Estado es responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, basándose en que el supuesto carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo y derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud. Sin embargo, el objeto de la presente Sentencia no ha sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que son las bases de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia (*supra* párrs. 129 y 132). La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral.

Caso N° 1.761 (Colombia), párr. 726; 259° Informe, Casos N°s 1.429, 1.434, 1.436, 1.457 y 1.465 (Colombia), párr. 660. Véase también Comité de Derechos Humanos de la ONU, “Caso López Burgo”, Comunicación 52/1979: Uruguay, 29 de julio de 1981, CCPR/C/13/D/52/1979 (Jurisprudence); y Comisión IDH, Caso 4.425 (Guatemala), Resolución N° 38/81, 25 de junio de 1981, puntos resolutivos 1 y 2.

⁸⁸ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158.

Tales consecuencias pueden ser consideradas, de ser pertinente, en el próximo capítulo de Reparaciones (*infra* párr. 149)”.

En otras palabras, eludió referirse a la posible violación del art. 26 de la CADH, aunque por su interés para el presente trabajo, nos ha parecido conveniente reproducir aquí las elocuentes y acertadas apreciaciones de CANÇADO TRINDADE, quien en su voto razonado (párr. 7) no ocultó su disconformidad con tal párr. 136 de la sentencia del Tribunal, diciendo: “En cuanto al insatisfactorio párrafo 136 de la presente Sentencia, que se equipara a la insatisfactoria redacción dada al artículo 26 de la Convención Americana (producto de su tiempo), me limito (por absoluta falta de tiempo, dada la «metodología» acelerada de trabajo adoptada últimamente por la Corte, con mi objeción), a tan sólo reiterar mi entendimiento, expresado en numerosos escritos a lo largo de los años, en el sentido de que *todos* los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente *exigibles y justiciables*, una vez que la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos se afirman en los planos no sólo doctrinal sino también operativo, –o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos–”.

b.8) En el “Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú”⁸⁹, la Comisión IDH demandó al Estado peruano por violación a los derechos reconocidos en los arts. 21 y 25 de la CADH, en relación con el art. 1.1 de ésta, por el incumplimiento de las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional del Perú de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, que ordenaban que la Contraloría General de la República cumpliera con abonar a los doscientos setenta y tres (273) integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de esa Contraloría General las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que percibían los servidores en actividad de tal organismo que desempeñaran cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados. Advirtió la Comisión que si bien el Estado había dado cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional al nivelar las pensiones de las víctimas a partir de noviembre de 2002, no había cumplido con restituir los montos pensionarios retenidos desde el mes de abril del año 1993 hasta octubre de 2002.

Por su parte, el abogado encargado del Programa de Derechos Humanos del Centro de Asesoría Laboral –CEDAL–, representante legal de los denunciantes ante la Comisión IDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la citada Asociación de Cesantes y Jubilados, presentaron el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la Corte IDH, peticionando al Tribunal que declare que el Estado había cometido las mismas violaciones de derechos invocadas por la Comisión y, adicionalmente, alegaron que el Estado era responsable por el incumplimiento del art. 26 de la CADH, en relación con el art. 1.1, *ibid*.

A su tiempo, el Estado dedujo una excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* de la Corte para pronunciarse sobre la supuesta violación al derecho de seguridad social, debiendo únicamente analizar y eventualmente declarar la responsabilidad internacional del Estado en relación con el derecho de protección judicial y al derecho de propiedad contemplados en la Convención, para añadir durante la audiencia pública que dicha excepción se refería a la pretensión que hiciera el representante en el sentido de que la Corte declarara el incumplimiento

⁸⁹ Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198.

del art. 26 de la CADH. Sobre el punto, el Estado alegó que el derecho a la seguridad social quedaba fuera del alcance competencial del Tribunal ya que éste no está contemplado en la Convención ni es uno de los dos derechos (sindicales y a la educación) que excepcionalmente serían justiciables ante el sistema interamericano, de conformidad con lo señalado en el art. 19.6 del Protocolo de San Salvador.

La Corte desestimó la mencionada excepción preliminar, sobre la base de los siguientes eslabones argumentales:

- que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*), debiendo para ello tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (art. 62.1 de la CADH) presuponen la admisión por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción⁹⁰ (párr. 16);
- que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones⁹¹ (id. párr.), y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en aquella (párr. 97);
- que el Perú es Estado Parte de la CADH y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, por lo que ésta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o un incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, incluso en lo concerniente al art. 26 de la misma (párr. 17); y
- que en el caso en cuestión no se había alegado una violación del Protocolo de San Salvador, por lo que la Corte juzgó innecesario resolver si puede ejercer competencia sobre dicho instrumento (párr. 18).

En resumen, encontramos aquí un primer punto sustancial: la reafirmación del criterio amplio de la Corte al analizar su competencia *ratione materiae*, juzgando que está suficientemente investida de atribución competencial para examinar violaciones de todos los derechos reconocidos en la CADH, percepción en la que obviamente queda incluido el artículo convencional 26.

Ello así, aunque la Comisión IDH no hubiere alegado el incumplimiento de esta cláusula, pues el Tribunal tiene establecido que la presunta víctima, sus familiares o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta⁹².

⁹⁰ Tal como lo había sostenido en: el “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia sobre Competencia, 24 de septiembre de 1999, Serie C, N° 54, párrs. 32 y 34; el “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 23; y “Caso García Prieto y otros vs. El Salvador”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 168, párr. 38.

⁹¹ Cfr. “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, 26 de junio de 1987, Serie C, N° 1, párr. 29; y “Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, 12 de junio de 2002, Serie C, N° 93, párr. 27.

⁹² Cfr. “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia de 28 de febrero de 2003, cit., párr. 155; “Caso Caso Kawas Fernández vs. Honduras”, Sentencia sobre fondo, Reparaciones y Costas, 3 de abril de 2009, Serie C, N° 196, párr. 127; y “Caso Perozo y otros vs. Venezuela”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de enero de 2009, Serie C, N° 195, párr. 32.

Pero además, y con valencia exógena (esto es, que excede el caso puntual), el planteo de la representante legal de los denunciantes ante la Comisión IDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la Asociación de Cesantes y Jubilados, suscitó en la Corte algunos avances argumentales en torno a la progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC, pese a concluir que el Estado no incumplió el art. 26 de la CADH.

Entre tales consideraciones, pueden relevarse las siguientes:

- el énfasis en la interdependencia 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 (párr. 101);
- que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de DESC, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo (...) y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”⁹³ (párr. 102);
- que en el marco de tal “flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido” (id. párr.);
- que la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos (id. párr.);
- que, como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no regresividad, “que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”; y
- que el Comité de DESC ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”.
- que la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”⁹⁴; y
- que de todo ello la Corte concluye que *la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.*

⁹³ O.G. N° 3, cit., párr. 9.

⁹⁴ Comisión IDH, Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú”, 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

b.9) Finalizando esta aproximación, y antes de dejar paso a las consideraciones de cierre de esta contribución, cumple advertir que, en lo que respecta a “reparaciones”, la Corte ha construido “progresivamente” una interpretación fecunda a partir del escueto art. 63.1 de la CADH, plasmando la “reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial, cuya fuente se halla en derechos materiales o inmateriales. Se trata, en otros términos, de la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, que se transforma en un derecho de alcance social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales”⁹⁵.

Lo expuesto puede verificarse en sendas sentencias sobre reparaciones recaídas en los casos “Aloeboetoe y otros vs. Suriname”⁹⁶ (de 10 de septiembre de 1993) y en el citado “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, además de los aquí también mencionados “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, “Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” y “Ximenes Lopes vs. Brasil”.

VI. En torno a los Controles de constitucionalidad y convencionalidad

La importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que impone el Estado Constitucional (de Derecho).

Insistimos que no es un dato menor que en el “Caso Almonacid Arellano”, aquel Tribunal haya expresado: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”⁹⁷—remarcado añadido—.

Es más, dicho *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse de oficio*. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”, subrayó que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”⁹⁸.

⁹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* en nota 6, p. 155.

⁹⁶ Corte IDH, “Aloeboetoe y otros vs. Suriname”, Serie C, N° 15.

⁹⁷ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124. También lo ha expresado, v.gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

⁹⁸ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, cit., párr. 128.

Entre otros argumentos, la aplicación de oficio del control de convencionalidad – que representa una manifestación de la observancia por el juez local de la jurisprudencia internacional– puede explicarse –utilizando *mutatis mutandi* las palabras de JIMENA QUESADA– “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la «piedra de toque» del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”⁹⁹.

Y tal obligación, marcada y subrayada por la Corte IDH a la que ya nos referíamos en otro sector del trabajo, lejos está de ser una entelequia. Es realidad tangible y obligatoria que involucra a toda nuestra judicatura, en cuyo arsenal de insumos analíticos con que cuenta para dar vida a la argumentación de sus sentencias no puede estar ausente la letra de la CADH –ni las del resto de los instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos¹⁰⁰–; como tampoco sería válido prescindir de la lectura que del texto y el espíritu de tal pacto ha realizado el nombrado Tribunal Interamericano¹⁰¹.

En la dinámica de interrelación de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se conecta con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquéllos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que éste incurra en responsabilidad internacional, además de la convergencia de razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

De ello da buena explicación GARCÍA RAMÍREZ, para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el «criterio de interpretación y aplicación», éste

⁹⁹ JIMENA QUESADA, LUIS, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coordinador), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542. Para su afirmación, tal autor se apoya en CONFORTI, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez...”, cit., pp. 542/543 y nota 96 a pie de página).

¹⁰⁰ En esa línea, el doctor Sergio GARCÍA RAMÍREZ ha señalado en su voto razonado a la sentencia de la Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit. en notas 87 y 97 a pie de página, deja sentado su criterio en punto a que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párr. 2).

¹⁰¹ Ver para ampliar, BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, N° 73, UNED, septiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida –insisto– merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”¹⁰².

Al solo efecto ejemplificativo, acotamos que la Corte Suprema de Justicia argentina ha dictado el fallo “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”¹⁰³, de 13 de julio de 2007, en el que –por mayoría¹⁰⁴– para moldear su plataforma argumental en un *hard case* que giraba en torno al análisis de constitucionalidad de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (*vid.*, v.gr., el consid. 31 de la moción mayoritaria)¹⁰⁵, transcribió el párr. 124 de la sentencia recaída en “Almonacid Arellano”, resultando singularmente significativo el consid. 21 de la posición triunfante de nuestro Máximo Tribunal en relación con el deber del poder judicial local de realizar el *control de convencionalidad*.

Esta faena supone dilucidar si una norma interna es o no “convencional”, ya que –como expuso la Corte IDH en el “Caso Boyce y otros”–, no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH¹⁰⁶.

Antes de cerrar este ensayo, permítasenos expresar que la retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad (labores ambas que a nuestro entender deben los magistrados desarrollar tan prudente como tenazmente, incluso *ex officio*¹⁰⁷) se hace, por tanto, evidente en el marco de un creciente espacio interactivo del derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos; ámbito de convergencia que tiene al juez (ordinario o constitucional, según corresponda) como protagonista, y no como mero espectador pasivo, aunque siempre guiado por un activismo mesurado y reflexivo.

Acudiendo nuevamente a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, pareciera que en principio ésta ha zanjado la cuestión, cuando en el consid. 10 de un reciente fallo (resuelto unánimemente el 31 de agosto de 2010): “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo

¹⁰² *Loc. cit.* en nota 99, párr. 8.

¹⁰³ *Fallos*, 330:3248.

¹⁰⁴ Los alineamientos fueron: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

¹⁰⁵ Sobre éste y otros temas relativos al rol institucional del Máximo Tribunal nacional, ver BAZÁN, Víctor, “¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 20, enero-junio de 2009, IJ, UNAM, México, D.F., pp. 4/63; y “La jurisdicción constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 13, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2009, pp. 33/88.

¹⁰⁶ Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169, párr. 78.

¹⁰⁷ Con relación al tema del control de constitucionalidad de oficio, reenviamos a BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en: “Desmitificando la prohibición de ejercer el control de constitucionalidad de oficio en el orden federal argentino”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 2, Tribunal Constitucional, Lima, 2000, pp. 301/321; “El control de constitucionalidad de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Revista de Derecho Político*, N° 60, UNED, Madrid, 2004, pp. 385/423; y “El control judicial de constitucionalidad de oficio frente a la alegada violación del principio de separación de poderes”, en RESNIK, Mario H. (coord.), *Teoría del Estado. Colección de análisis jurisprudencial*, La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 381/403.

s/ Recurso de casación”¹⁰⁸, se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, recordando que dicho Tribunal interamericano “ha subrayado que *los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” –remarcado agregado–.

Ello marca de manera ostensible la expresa recepción del control de convencionalidad de oficio¹⁰⁹ por parte del Máximo Tribunal argentino; al tiempo que se hace perceptible el mensaje que éste transmite a los órganos judiciales inferiores para que se conduzcan en sentido convergente.

VII. Valoraciones conclusivas

1. En este trabajo hemos defendido que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y que, de ninguna manera, media separación antinómica.

El empleo léxico de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos, puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también *unitaria*. De ello se sigue –en palabras de GARCÍA RAMÍREZ– que, planteado el *carácter integral de los derechos*, corresponde afrontar igualmente el *carácter integral de su protección*¹¹⁰.

Al ser unitaria la dignidad humana, la escisión de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas, sólo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace en la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos¹¹¹ en la dimensión fáctica.

Cuando menos, podría convenirse que tal fórmula no puede ser admitida automática y acríticamente, sino que, como alternativa de “mínima”, debe ser repensada, verificando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación discursiva arbitraria¹¹².

2. El respeto por los DESC y su realización fáctica vinculan genéricamente a los clásicos poderes del Estado: al *ejecutivo*, al diseñar las políticas sociales; al *legislativo*, al dictar las cláusulas pertinentes para impulsar la operativización de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales; y al *judicial*, al aplicar e interpretar la

¹⁰⁸ *Fallos*, 333:1657. Votaron de modo coincidente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

¹⁰⁹ Sobre el tema del control de convencionalidad de oficio, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, pp. 15/44.

¹¹⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.* en nota 6, p. 131.

¹¹¹ Cf. CAÑADO TRINDADE, António A., en el prólogo a la citada obra de PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, p. II.

¹¹² RABOSI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 41 y ss., *pássim*.

normativa emanada por los órganos competentes, salvar las omisiones inconstitucionales¹¹³ e inconvencionales¹¹⁴ en que éstos incurran, supervisar la progresividad sustentable de aquellos derechos y procurar enervar los intentos de regresividad a su respecto.

Sin embargo, es innegable que la actividad de la magistratura jurisdiccional adquiere singular importancia desde que, como *mutatis mutandi* ha afirmado MÉNDEZ, una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado, siéndole indiferente al derecho internacional que se lo haga por vía administrativa, legislativa o judicial, sin perjuicio de lo cual –agrega–, “ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno”¹¹⁵.

Es también relevante la intervención del poder judicial porque su actuación –al fallar en hipótesis de incumplimiento o transgresión de los DESC– produce un doble efecto: *directo*, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos; e *indirecto*, pues como *mutatis mutandi* se ha acotado, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encaramarse como importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente por medio de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria¹¹⁶.

3. En la búsqueda de estrategias de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC en el ámbito interno, el denominado *litigio estratégico* es “recurso y herramienta fundamental para un programa de expansión de derechos y de incidencia en políticas de derechos humanos”. De tal manera, “mediante distintas causas judiciales es posible develar y exponer patrones de conductas ilegales y/o estructuras desde las que sistemáticamente se violan los derechos humanos. Pero también –y esto es fundamental en la actualidad– es posible generar una herramienta útil para promover derechos no garantizados, tanto por las propias insuficiencias del Estado, como porque su protección efectiva sólo se activa a partir del reclamo de los grupos afectados. (...) Someter a la consideración de los tribunales los conflictos que están ausentes de la agenda de los poderes políticos es un modo de insertarlos en la discusión pública y otorgarles visibilidad”¹¹⁷.

¹¹³ Sobre el tema pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos de BAZÁN, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171/269, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 41/108; “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Derecho del Estado*, N° 20, Universidad del Externado, diciembre de 2007, Bogotá, Colombia, pp. 121/144; “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed. ampl., IJ, UNAM, México, D.F., 2007, pp. 75/270.

¹¹⁴ Ver BAZÁN, Víctor, “Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión”, *La Ley*, T° 2009-E, Buenos Aires, pp. 1240/1256.

¹¹⁵ MÉNDEZ, Juan E., “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en ABREGU, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 532.

¹¹⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *Hechos y derechos* [Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos], Vol. 7, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 2000, p. 26.

¹¹⁷ Así se explica en una publicación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Introducción”, *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo XXI Editores, 1ª ed., Buenos Aires, 2008, pp. 17/18.

Asimismo, dentro de otras técnicas argumentales alternativas que propicien la exigibilidad judicial de los DESC pueden contabilizarse los *principios de igualdad y de debido proceso*.

En cuanto al primero de ellos, nadie podría válidamente dudar –al menos desde el ‘deber ser’– que el carácter universal de los derechos humanos conduce a la igualdad, cuyo corolario es la no discriminación¹¹⁸. Y, justamente, una útil herramienta de justiciabilidad de los DESC estriba en la prohibición de discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos; enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

En relación con el segundo de los principios nombrados, la exigencia del respeto por el debido proceso (algunas de cuyas irradiaciones están ordenadas a evitar demoras irrazonables en los litigios, cercenamientos de la defensa en juicio, etc.), para cuyo abastecimiento es dable exigir complementariamente una actitud no reduccionista en punto a la legitimación, entendida ésta como llave de acceso a la jurisdicción, desechando posiciones excesivamente formalistas que impongan arbitrarias cortapisas a la apertura procesal.

4. En el presente trabajo se ha intentado hacer foco en las posibilidades tuitivas nacionales e internacionales de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano, para lo cual se parte de la base de que, indudablemente, una de las pautas que muestra si verdaderamente existe o no *voluntad política* de los Estados para garantizar la real vigencia de los derechos humanos¹¹⁹, es la proclividad a admitir la revisión de sus actos u omisiones por órganos internacionales.

Sea como fuera, no está en discusión que en realidad el Estado debería fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, previendo y evitando posibles incumplimientos u otras violaciones en la materia.

5. En la misma línea analítica, premisa de significativa actualidad es la concerniente a la búsqueda de una *coexistencia armónica de los tribunales constitucionales* o de los órganos que hagan sus veces y *los tribunales internacionales en materia de derechos humanos*¹²⁰, sobre todo, a partir del creciente proceso de recíproca incidencia del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos y de la indiscutida existencia de una suerte de *amparo interamericano*¹²¹ previsto por la CADH (art. 25).

De una u otra manera, este precepto convencional internacional tiene encarnadura en un importante número de Estados Partes de dicho Pacto en el arco latinoamericano, los que aun cuando empleen denominaciones diversas para identificarlo (“acción de tutela” en Colombia; “recurso de protección” o “acción de protección”, respectivamente en Chile y Ecuador;

¹¹⁸ Pinto, Mónica, *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁹ En lo que atañe a ese punto, los Principios de Limburgo destacan que los Estados Partes deben rendir cuentas ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos con respecto al cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESC (párr. 10).

¹²⁰ Un acercamiento a tal problema puede compulsarse en Bazán, Víctor, “Protección transnacional de los derechos humanos. El sistema interamericano y algunas cuestiones procedimentales novedosas y conflictivas ante la Comisión y la Corte Interamericanas”, en Masciotra, Mario (dir.), *Derecho Procesal Constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 43/120.

¹²¹ Sería injusto omitir traer a colación aquí, por su importancia anticipatoria en el tema al que esta nota se refiere, el libro de Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas y San José de Costa Rica, 1998; o *mutatis mutandi* –entre otros aportes– la obra de Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa, México, D.F., 1993, pp. 45 y ss. quien se refiere a un “recurso de amparo individual a nivel supranacional”, que Ayala Corao cita en el mencionado libro (pp. 76/77 y nota 83 a pie de página).

“*mandado de segurança*” en Brasil, y “acción, recurso o proceso de amparo” en el resto de los países que lo programan), reconocen un propósito subyacente común: *la cobertura tuitiva cabal de los derechos fundamentales*.

6. La creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial, entre los que se cuenta la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes jurídicas que pueden generar antinomias y demandar un esfuerzo argumentativo suplementario.

En ese punto no puede obviarse la obligatoriedad que pesa sobre los magistrados locales de llevar adelante, incluso de oficio, el control de convencionalidad –por conducto del principio *jura novit curia*–, que se retroalimenta con el control de constitucionalidad.

En materia de protección de DESC, es preciso profundizar la labor de la jurisdicción constitucional latinoamericana, que deberá hacer gala de un *dinamismo prudente* para generar estándares jurisprudenciales sustentables que, sin resultar temerarios ni atentar contra el equilibrio financiero del Estado, aporten a la vigencia efectiva de tales derechos y les reconozcan carácter de fundamentalidad.

No puede obviarse que Constitución, con la carga normativa que le es inherente, e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la CADH y los patrones hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico.

7. La pauta de interpretación conforme a la CADH como patrón interpretativo a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos no impide advertir la conveniencia de que se genere un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquélla tenga presente las observaciones o discrepancias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional. Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente *para hacer más efectiva y eficiente la protección de los derechos humanos en nuestro espacio regional*.

Es que, como se ha afirmado con referencia específica a la Argentina pero en reflexión válida *ad extra*, “el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana en este caso¹²².

¹²² La apreciación contenida en el texto se refiere a la causa “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa” (Fallos, 327:5668), resuelta por la Corte Suprema de Justicia argentina, por mayoría, el 23 de diciembre de 2004.

Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, se pronunciaron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y los ministros Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

En dicho decisorio, el Máximo Tribunal argentino admitió el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por la Corte

Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*¹²³ –énfasis agregado–.

8. La visualización de la labor de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos exhibe de qué manera va abriéndose paso una incipiente práctica que, de consolidarse, permitirá ensanchar las probabilidades de alegabilidad de los DESC en el contexto interamericano, ya que, básicamente en el Tribunal con sede en Costa Rica, se vislumbran determinados signos que denotan –*inter alia*–: la interpretación de los derechos civiles y políticos en “clave social”; el empleo de derechos “puente” o “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; el descubrimiento de ciertas facetas “sociales” de algunos derechos civiles y políticos; y la “reconducción social” del derecho individual a obtener reparaciones de índole patrimonial.

Para afianzar y acrecentar tal incipiente tendencia aperturista, y más allá de las opciones específicas que brinda el Protocolo de San Salvador, los peticionarios deberán formular planteos creativos y animarse a explorar nuevos caminos argumentales ante la Comisión, como vía de acceso al sistema. Así, y en tren de compendiar las posibles estrategias de exigibilidad ante ella, pueden ubicarse ejemplificativamente las siguientes¹²⁴: enfocar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en función de la protección de los civiles y políticos, por ejemplo, planteando el derecho a no ser discriminado en relación con los DESC; focalizar la consagración de éstos como límite al ejercicio de los derechos civiles y políticos; invocar

IDH, cuyas decisiones –sostuvo la Corte Suprema– resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, dejó sentado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de setiembre de 2003 en el “Caso Bulacio vs. Argentina”, en el que se declarara la responsabilidad internacional del país –entre otros puntos– por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (idem, consid. 5°).

Añadió que, “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que, en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad –énfasis añadido– (idem, consid. 10).

En síntesis, el Alto Tribunal nacional (específicamente a través del voto de los doctores Zaffaroni y Petracchi, que encabezó el fallo) no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH ni de puntualizar que “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional” (idem, consid. 15).

¹²³ ABRAMOVICH, Víctor, “Introducción. Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI-VII.

¹²⁴ Cfr. CONTARINI, Eugenia *et. al.*, “Argentina”, en *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, San José de Costa Rica, 1999, p. 135.

el derecho a la protección judicial y la cláusula del debido proceso como medio alternativo de protección de los DESC; y alegar la obligación de no regresividad de los Estados en la materia.

9. En un marco genérico de discusión, para concluir y a modo de mensaje envolvente de los diversos rubros temáticos perfilados en este trabajo, creemos que es imposible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión transnacional en el respectivo cumplimiento de sus funciones: *los derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Además, y precisamente en relación con estos últimos, NINO enseña –*mutatis mutandi*– que “todos los así llamados ‘derechos sociales’ deberían verse como derechos *a priori*, dado que su satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”¹²⁵.

125 NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.