

MITOS, VERDADES Y RETOS DE LOS DESC. EL CAMINO HACIA LA JUSTICIABILIDAD Y/O EXIGIBILIDAD DIRECTA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Pamela Juliana Aguirre Castro

RESUMEN

¿El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 –Pacto de San José– es exigible y los derechos derivados son autónomos? el presente ensayo pretende abordar de manera sucinta los mitos y verdades que se han esgrimido entorno a la justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, así como los retos interpretativos y argumentativos que resultan necesarios para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aventure a dar el salto jurisprudencial que con tanto ahínco defiende el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot “justiciabilidad directa del artículo 26 del Pacto de San José”.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. La evolución de la exigibilidad de los DESC. 2.2. Los mitos y verdades de la exigibilidad de los DESC en el SIDH. 2.3. Los retos interpretativos y argumentativos para la justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH. 3. Reflexiones finales. 4. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE

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

1. Introducción

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

Como nuevo integrante del Tribunal Interamericano no es mi deseo introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano y, particularmente, en su órgano de protección de naturaleza jurisdiccional; simplemente pretendo llamar a la reflexión – por ser mi profunda convicción– sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José *efectividad directa* a los derechos económicos, sociales y culturales (...). La posibilidad está latente para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte

IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009.¹

Con este antecedente y, formulándonos el siguiente interrogante *¿el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 -Pacto de San José- (en adelante CADH) es exigible y los derechos derivados son autónomos?* el presente ensayo pretende abordar de manera sucinta los *mitos y verdades* que se han esgrimido entorno a la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales* (en adelante DESC), así como los retos *interpretativos y argumentativos* que resultan necesarios para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) se aventure a dar el salto jurisprudencial que con tanto ahínco defiende el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor “*justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH*”.

Así las cosas, para lograr el anterior cometido, nos hemos propuesto abordar los siguientes contenidos: primero, la evolución de la exigibilidad de los DESC en Latinoamérica; segundo, los *mitos y verdades* de la exigibilidad de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH); tercero, los retos *interpretativos y argumentativos* para la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH*; cuarto y último, conclusiones.

2.1. La evolución de la exigibilidad de los DESC en Latinoamérica

Tal y como lo refieren Carlos Villán Durán, Christian Courtis y Roberto Gargarella la evolución de los DESC, puede sistematizarse en dos grandes periodos: el primero, que comprende lo que se conoce como *constitucionalismo social*, que abarca el período comprendido en los años treinta hasta la expedición de las constituciones a partir del año 1989;² el segundo, que comprende el *constitucionalismo latinoamericano*

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf, párr. 107. Destacados nuestros.

² “Puede parecer sorprendente que empiece hablándoles de la historia de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC, diciendo que el primer texto en el que se reconocieron estos derechos en la historia de la humanidad fue en la ‘Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado’, del 4 de enero de 1918, año en que terminó la primera Guerra Mundial, en plena época de desarrollo de la Revolución rusa. Esta Declaración se redactó al calor del marxismo ascendente de la época y de los valores propios de la Revolución rusa, en oposición a lo que hasta entonces se entendía por derechos humanos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución francesa (1789), en la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776) y en la Declaración Americana, de la independencia de Estados Unidos (4 de julio de 1776).

después de las dictaduras de finales del siglo XX en adelante.³ En el *primer período* los DESC son programáticos y dependen exclusivamente de la voluntad política de los gobiernos. En el *segundo período* los DESC son plenamente exigibles.

De esta forma, ¿cuáles fueron los principales móviles que permitieron dar el salto hacia la exigibilidad directa de los DESC? Recordemos que la denominación de los DESC como meros *derechos programáticos* cuya efectividad dependía de la voluntad política de los Estados, se remonta a la *clasificación clásica o tradicional de*

Cada uno de esos precedentes representa una concepción individualista de los derechos humanos, como también de los derechos civiles y políticos, y por lo tanto se pierde la visión de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por el contrario, en la Declaración Rusa se hace eco de las reivindicaciones económico-sociales de la clase trabajadora y de la Revolución Industrial del siglo XIX en Europa, y por primera vez se presenta el embrión de los futuros DESC, esto es, el derecho al trabajo, a un salario digno, al descanso, a la jubilación, a la educación, al sufragio universal (derecho a participar activa y pasivamente en todo proceso electoral) en una época en: que las mujeres no tenían el derecho al voto, ni el derecho de asociación y de libertad sindical, lo cual constituyó la base de los derechos reivindicativos básicos de la clase trabajadora. En la época de la Revolución Industrial esos derechos básicos no eran reconocidos, los trabajadores estaban sometidos a una explotación económica y social sin derechos.

Al calor de la Revolución rusa y del igualitarismo propuesto por el marxismo se redacta la Declaración rusa, en la que por desgracia se hace prescindencia del valor de la libertad. Dicha Declaración tiene ecos posteriores e inmediatamente anteriores en el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, que se inicia desde el año 1917 con la Constitución mexicana de ese mismo año y en seguida con la Constitución alemana de Weimar, en 1919.

Estas dos Constituciones han pasado a la Historia porque presentan una síntesis a nivel constitucional de todos los derechos humanos, tanto los de carácter civil y político, como de los económicos, sociales y culturales, los cuales tuvieron desarrollo con el liberalismo progresista y el socialismo democrático, al incorporar progresivamente tanto los derechos humanos como los DESC al catálogo de los derechos reconocidos a nivel constitucional en esos países.

De esa manera se incluyen en estas Constituciones los derechos a la libertad sindical, a la seguridad e higiene en el trabajo, entre otros, los cuales se conciben como derechos de prestación, es decir, que el Estado debe adoptar una acción positiva para la creación de servicios que garanticen el ejercicio de esos derechos". Carlos Villán Durán, "Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Derechos económicos, sociales y culturales*, Pablo Elías González Monguí coord., cátedra Gerardo Molina, (Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, 2009), 9 y s.

³ "Un ejemplo de interés, en este sentido, puede encontrarse en el desarrollo de los derechos sociales en las últimas décadas, y desde su tardía incorporación constitucional (concentrada, sobre todo) a partir de mediados del siglo XX. Aquella inclusión original pudo haber estado motivada en muchas razones. Tal vez, se recurrió a ellos para a quietar ciertos reclamos sociales, o sin mayor convencimiento, o como puro producto de la hipocresía política –no nos importa ahora la causa. El hecho es que tales disposiciones quedaron adormecidas durante décadas (en América Latina, de hecho, entre cuatro y ocho décadas), para luego comenzar a desperezarse, lentamente, hasta ganar alguna inesperada realidad, en los últimos años. Tal vez sus propulsores no imaginaban ni deseaban este resultado (o tal vez sí). Lo cierto es que se trata de cláusulas que fueron ganando vida propia, mediante una paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas. Hoy por hoy todavía estamos lejos de contar con Constituciones socialmente "activadas," "despiertas." Sin embargo, parece un hecho que –como ha ocurrido ya con otras cláusulas constitucionales– una sección entera de la Constitución, que parecía dormida, ha comenzado a desperezarse, y muestra voluntad de ponerse de pie, de ir incorporándose de a poco. Es difícil saber, todavía, si ello terminará ocurriendo y, en todo caso–y lo que es más relevante–cuáles podrán ser las implicaciones que se sigan a partir de tal acontecimiento". Christian Courtis y Roberto Gargarella, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes", en *CEPAL-Serie políticas sociales*, No. 153, (Santiago de Chile: CEPAL-ASDI, 2009), 33.

los derechos humanos,⁴ donde “los derechos civiles y políticos determinaban protección judicial, es decir que se podían demandar judicialmente, y los derechos económicos, sociales y culturales eran de cumplimiento progresivo en función de los recursos económicos de los estados”.⁵

No obstante, recordando lo dicho por Ramiro Ávila Santamaría, respecto a la naturaleza de los derechos humanos “enfatisa que los derechos –como ha quedado dicho– son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y sin jerarquías. Además, la clasificación ocultaba procesos históricos distintos. Así, por ejemplo, lo que para Europa era primera generación, para los países andinos era tercera generación y viceversa; o sea, en nuestras culturas indígenas lo primero que se desarrolló fue lo que ahora conocemos como derechos colectivos, que se discuten en Naciones Unidas a final del siglo pasado”;⁶ conlleva a que no solo desde el ámbito del *Derecho Internacional* sino también desde el *Latinoamericano*, se comience a hablar de los *derechos humanos sociales y culturales* como *verdaderos derechos* y como *plenamente justiciables*, tal y como se ejemplifica a continuación.

Por su parte, Carlos Villán Durán es enfático en señalar que en el *Sistema de Naciones Unidas*,⁷ los derechos sociales han evolucionado, de ser considerados un derecho programático que solo requiere mecanismo de informes, a derechos plenamente exigibles que permiten denuncias particulares contra los Estados por su violación.⁸

⁴ Esta clasificación alude a la sistematización de los Derechos Humanos, según el momento histórico donde se fueron desarrollando en distintos instrumentos internacionales: Derechos de primera, segunda y tercera generación.

Ver., Ramiro Ávila Santamaría, “La clasificación de los derechos”, en *Los derechos y sus garantías. Ensayos Críticos*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012). Consulta 23 de abril de 2016:

https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/los_derechos_y_sus_garantias.pdf, 98; y, Juan M. Valcárcel Torres y Andrés González S., “Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario”, en *Prolegómenos –Derechos y valores*, Volumen XI – No. 22, SSN 0121-182X, (Bogotá: Julio - Diciembre 2008), 76 y s.

⁵ Ávila Santamaría, “La clasificación de los derechos”, 98.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Para ampliar sobre el particular. Ver., Carlos Villán Durán, *La protección de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas* (2016). Consulta 23 de abril de 2016: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf>.

⁸ “Este procedimiento se pone en marcha una vez producida la violación de un derecho consagrado en las convenciones que prevén este procedimiento. No se trata, pues, como ocurría en parte en el procedimiento de informes periódicos, de prevenir la ocurrencia de nuevas violaciones, sino de intentar conseguir algún tipo de condena y reparación ante la violación que se ha producido”. *Ibíd.*, 77.

Igualmente, en lo que atañe a las Cortes Constitucionales Latinoamericanas, y su evolución en la protección directa de los DESC,⁹ se destaca por un lado, siguiendo al juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia, en tanto que valiéndose del argumento “por conexidad”, ha posibilitado la protección judicial de los DESC por vía de la acción de tutela;¹⁰ y, por el otro lado, de la mano de Pablo Alarcón Peña, se resalta el papel de la Corte Constitucional del Ecuador, quien a partir de la entrada en vigencia de la constitución de 2008, en su rol de máximo intérprete y guardián de la Constitución, tiene el deber de velar porque el principio de interdependencia e igualdad jerárquica de los derechos se respete a cabalidad.¹¹

Como vemos, a nivel de las Naciones Unidas y de algunas Cortes Constitucionales Latinoamericanas se ha dado un salto importante en la *exigibilidad directa de los DESC*, sin que esto quiera decir que no se deban seguir aunando esfuerzos por avanzar en la materia. El hecho de que la Corte Constitucional Colombiana, por vía de ilustración, todavía continúe amparándose en la tesis de la conexidad para la justiciabilidad de los DESC, demuestra que salvo el caso del derecho a la salud, que vía Ley Estatutaria fue dotado del carácter de autónomo y fundamental para ser protegido directamente vía acción de tutela, debe seguirse avanzando en la defensa y

⁹ Para más información: Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>, párrs. 77 y s.

¹⁰ “En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho fundamental directo”. Si bien la sentencia que toma como ejemplo Eduardo Ferrer Mac-Gregor es del año 2007, debe mencionarse que en el año 2014, la Corte Constitucional avaló el proyecto de ley estatutaria en materia de salud, en el que se reconoció el carácter autónomo y fundamental del derecho a la salud. Para más información: Ver., Corte Constitucional colombiana, sentencia C-313, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, *Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara*, 29 de mayo de 2014. Consulta 23 de abril de 2016: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>>.

¹¹ “(...) en materia de derechos sociales, surge la Constitución de la República del 2008, y a partir de la implementación expresa de principios de aplicación de derechos y de garantías jurisdiccionales de derechos humanos acordes con el modelo de Estado que rige al Ecuador, aclara y consolida el reconocimiento y exigibilidad judicial directa de todos los derechos constitucionales, sin importar si se tratan de derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales, Culturales, Colectivos o Difusos. La razón es que bajo el régimen del Estado Constitucional, no cabe hablar de distinciones entre derechos, menos aún de generaciones, todos ellos según mandato constitucional expreso son interdependientes, de igual jerarquía y plenamente justiciables. Acorde con esa línea, aparece la acción de protección, garantía jurisdiccional adecuada y eficaz, encargada de velar por su justiciabilidad. De esa forma, se desecha de plano la necesidad de acreditar violaciones a derechos subjetivos, o la utilización estrategias de exigibilidad indirectas para la protección de derechos sociales”. Pablo Alarcón Peña, “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría ed., (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 618 y 619.

materialización de la exigibilidad directa de los DESC –por si esto fuera poco, como se verá en líneas posteriores, los desafíos se hacen mucho más evidentes, cuando se analiza la renuencia de la Corte IDH a aceptar la justiciabilidad de los DESC–.

2.2. Los mitos y verdades de la exigibilidad de los DESC en el SIDH

El debate en torno a la justiciabilidad de los DESC, tampoco ha sido pacífico en el ámbito interamericano, particularmente en lo que se refiere a la *exigibilidad directa* de los mismos a través del artículo 26 de la CADH: “el papel que desempeñan las Cortes para proteger los derechos civiles y políticos (DCP) ha recibido una atención explícita durante las dos últimas décadas dentro del Sistema Interamericano, tanto a nivel interno como a nivel regional; no así la aplicación de justicia en el tema de los DESC”.¹²

De esta manera, tenemos que para llegar a la postura actual de la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta de los DESC*,¹³ que mayoritariamente ha adoptado la Corte IDH, se han tenido que desvirtuar una serie de *mitos*, que en una primera etapa abogaban por la invisibilidad de los DESC (este período va hasta el año 2003),¹⁴ tal y como se demuestra a continuación.

Tara Melish, agrupa en cinco categorías los *argumentos típicos en contra de la justiciabilidad de los DESC*, no obstante, atendiendo al carácter ejemplificativo que sustenta su invocación, los reduciremos a tres, con la respectiva *desmitificación o*

¹² Tara Melish, *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales CDS, 2003), 36.

¹³ Las etapas de la exigibilidad de los DESC en el SIDH, pueden sintetizarse en: “(1) la no aplicación e indiferencia a los DESC; (2) la aplicación tímida del Art. 26; (3) la exigibilidad indirecta, vía derecho a la integridad física o derecho a la propiedad, (...) la (4) exigibilidad de los DESC mediante el sistema de indicadores”. Ávila Santamaría, *Retos del mecanismo interamericano de protección de indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales*, (2013). Consulta 23 de abril de 2016: <<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>>.

¹⁴ “La Corte Interamericana pudo establecerse y organizarse cuando entró en vigor la Convención Americana. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes de la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*, (2013). Consulta 23 de abril de 2016: <<http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/abc.pdf>>.

verdad, que ha permitido a nuestro criterio que la Corte IDH avance en la tesis de la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta*.¹⁵

- **Mito No. 1: Dicotomía entre derechos de “prestación” y “abstención”**

A menudo los críticos argumentan que los DESC no son justiciables debido a que imponen obligaciones “positivas” en lugar de “negativas” sobre el Estado. De acuerdo con este punto de vista, los DCP son justiciables debido a que únicamente piden que los gobiernos se *abstengan* de adoptar medidas abusivas –*no matar, no torturar*–.¹⁶

- *Desmitificación*: Valdría la pena considerar que un derecho político como el de “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas”,¹⁷ también requiere de una “obligación de hacer”, como desplegar toda la logística para implementar las mesas de votación en los respectivos territorios nacionales.

- **Mito No. 2: Dicotomía entre derechos de “progresivos” y “no progresivos”**

Si bien los DCP se regulan por la obligación legal no ambigua de “respetar” y “asegurar” tales derechos, los DESC se caracterizan por vagas nociones de los deberes tendientes a “adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo” de los recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente la plena vigencia de los DESC.¹⁸

- *Desmitificación*: Continuando con el ejemplo del Derecho Político a “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas”,¹⁹ mal haríamos en afirmar que no requeriría de un presupuesto específico y acorde con la disponibilidad económica de los Estados, para suministrar entre otros tarjetones electorales a los votantes.

- **Mito No. 3: Dicotomía entre exigibilidad por vía de “políticas públicas” vs. “justiciabilidad”**

Los DESC constituyen programas de acción que la legislatura o el ejecutivo deberá llevar a cabo dentro de las posibilidades de recursos con los que cuente. Las

¹⁵ Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 37-46.

¹⁶ Ver., *ibíd.*, 40 y 41.

¹⁷ Artículo 23. 1. b)., CADH.

¹⁸ Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 38 y 39.

¹⁹ Artículo 23. 1. b)., CADH.

Cortes no tienen el poder constitucional que les permita instruir al legislativo o al ejecutivo respecto a cómo deben gastar los fondos públicos.²⁰

- *Desmitificación*: Vale la pena recordar el *Caso Viceconte*, en el que la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en Argentina, solicitó a los tribunales que se ordenara al Gobierno la producción de una vacuna con el objeto de proteger contra la fiebre hemorrágica argentina a un importante número de argentinos. A la luz de la incorporación en la Constitución de los tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud, el tribunal determinó que el Gobierno había incumplido, por omisión, en su obligación de proporcionar la vacuna. Como el sector privado consideraba que la producción de la vacuna no era rentable, el tribunal ordenó al Estado que la produjera. La Cámara ordenó la inversión en la producción de la vacuna, y requirió el cumplimiento de un cronograma de inversión, ya establecido por el propio Gobierno”.²¹

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

Recordando que la Corte IDH, pasó por una etapa de *invisibilidad* de los DESC hasta la tesis actual de la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta*, vía protección del derecho a la integridad física o derecho a la propiedad;²² vemos como, recientemente, el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*,²³ “en el presente caso la Corte protegió el

²⁰ Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 41 y 42.

²¹ Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013, consulta 07 de junio de 2015, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>, párrs. 77 y ss.

²² Por mencionar algunos casos, en *Villagrán Morales vs. Guatemala* (1999) la Corte interpretó el derecho a la vida en su dimensión positiva, que comprende ‘el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna’ (párr. 144); en el caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay* (2004), la Corte afirmó que el Estado tiene la obligación de proveer de asistencia de salud y educación a los adolescentes que están bajo su custodia bajo la premisa de los Derechos del Niño consagrado en el Art. 19 de la CADH (párr. 160); en el caso *de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) consideró que el derecho a la vida tiene que interpretarse a la luz de algunos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador y del Convenio No. 169 de la OIT, y mencionó la obligación de progresividad contemplada en el Art. 26 de la CADH (párr. 163); de igual modo, en el caso *Xakmok Kásek vs. Paraguay* (2010) la Corte dio contenido al derecho a la vida, considerando que la comunidad no había tenido acceso al agua, alimentación, servicios de salud y educación, retomó estándares del Comité de DESC; en los casos *Albán Cornejo vs. Ecuador* y *Suárez Peralta vs. Ecuador*, la Corte IDH desarrolla importante doctrina relacionada al derecho a la salud, basada en doctrina del Comité de PIDESC, a partir del derecho a la integridad física.

²³ “El 1 de septiembre de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de

derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada ‘la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida’”, contribuye a afirmar nuestros argumentos “*desmitificaciones*” en el sentido de que los DESC involucran:

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

derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. La Corte encontró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy. Además, la Corte encontró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy. Por otro lado, el Tribunal no encontró méritos para declarar la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso civil ni el derecho a la protección judicial”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015. Consulta 23 de abril de 2016:

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf⟩, párr. 1 y s.

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_298_esp.pdf⟩.

En pronunciamiento anterior, la Corte IDH, manifestó:

“La finalidad del presente voto razonado es exclusivamente dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente Alberto Pérez Pérez, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016
⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf⟩, párr. 1.

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

Como lo referimos con precedencia, la postura actual de la Corte IDH se mantiene en la *justiciabilidad y/o exigibilidad indirecta de los DESC* (caso Gonzalez Lluy vs. Ecuador 2015). No obstante, “ampliar y avanzar en la jurisprudencia no es un mero ejercicio académico o jurídico abstracto, sino que significa la ampliación de la protección para personas de carne y hueso que sufren en nuestra región por violaciones graves y serias a sus derechos a la salud, educación, seguridad social, entre otros. Es una cuestión de justicia social el avanzar en la jurisprudencia hacia la protección de los DESC”,²⁴ conviene dar respuesta al interrogante que nos planteamos como nodo cardinal de este ensayo *¿el artículo 26 de la CADH es exigible y los derechos derivados son autónomos?*, para evidenciar si la Corte IDH puede dar un salto hacia la postura de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC*.

Recordemos, que según Oscar Parra Vera,²⁵ Christian Courtis,²⁶ Víctor Abramovich y Julieta Rossi,²⁷ las *dificultades* reales para la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC*, está dada por un *problema de interpretación* tendiente a esclarecer cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido; y, cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que de él se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención.

Por lo tanto, en la idea de corroborar la posibilidad de consolidar o no la tesis de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC* en el ámbito del SIDH,²⁸ demos respuesta a los anteriores interrogantes.

²⁴ Ávila Santamaría, *Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela Gonzales Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*, 33-35.

²⁵ Oscar Parra Vera, *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano*, (México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012). Consulta 23 de abril de 2016:

http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Justiciabilidad_de_los_Derechos_Economicos_Sociales_y_Culturales_ante_el_Sistema_Interamericano.pdf, 9-64.

²⁶ Christian Courtis, *Análisis del artículo 26*, (pdf, s.f.).

²⁷ Víctor Abramovich y Julieta Rossi, *Memorial Amicus curiae Talía Gabriela González Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*, (Buenos Aires: 2015), 1-11.

²⁸ Entre sus promotores a nivel jurisprudencial y doctrinario: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Christian Courtis, Tara Melish, Oscar Parra Vera, Ramiro Ávila Santamaría, Víctor Abramovich y Julieta Rossi. Remitimos a consultar las obras que se citan en la bibliografía de este ensayo.

- **Respuesta frente al primer interrogante: ¿cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido?**

Conviene señalar que el artículo 26 de la CADH no individualiza los derechos que de él se desprenden, sino que obligan al intérprete a acudir a otro documento –la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 (en adelante Carta de la OEA) reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967–.²⁹ Así las cosas, vemos que ante esta dificultad hermenéutica, que básicamente se deriva del momento histórico en el que se adoptó la CADH³⁰ (como lo referimos los DESC cobran importancia a partir del *Constitucionalismo Social*), se sustenta en dos argumentos: i) La falta de competencia de la Corte IDH y la Comisión Interamericana para juzgar violaciones a la Carta de la OEA;³¹ y, ii) La ausencia de una referencia a los “derechos” dentro del texto de la Carta, ya que emplea términos como “principios y mecanismos –art. 45–” y “metas básicas –art.34–”.³²

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

Sin entrar en mayores consideraciones diremos que las antedichas dificultades, para nada impedirían que la postura de la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH* se posicione en el escenario interamericano, debido a que el referido artículo 26 de la CADH, siguiendo a Ramiro Ávila Santamaría,³³ brinda una

²⁹ “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Consulta 23 de abril de 2016: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

³⁰ “Las posturas que consideran que el artículo 26 no incluye derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 –que no incluía estos derechos- y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como ‘estándar de no justiciabilidad’”. Parra Vera, *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano*, 12.

³¹ “La competencia contenciosa de la Corte se limita a interpretar y aplicar la Convención (art. 62.3 CADH), mientras que la competencia de la Comisión se limita a promover la observancia y defensa de los derechos que constan en la Convención y Declaración (art. 2 Estatuto de la Comisión)”. Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 46 y 47.

³² Ver., *ibíd.*

³³ Ver., Ávila Santamaría, “Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001”, 33-35.

serie de *oportunidades interpretativas*, que permiten determinar los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su respectivo contenido.

Como se recordará el contenido del artículo 26 de la CADH es bastante indicativo en el sentido de establecer “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la *Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires*, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”;³⁴ por lo tanto, ¿dónde estarían las *oportunidades interpretativas* a las que hace mención Ávila Santamaría?

Precisamente, las antedichas posibilidades interpretativas se ubican en, primero, *identificar las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA:*

1. *La naturaleza y propósito de la organización (Capítulo I):* promover el desarrollo **económico, social y cultural** (Art. 2.f), erradicar la pobreza crítica (Art. 2.g); 2. *Los principios reafirmados por sus miembros (Capítulo II):* derecho de los Estado a elegir su sistema económico y social (Art. 3.e), **eliminación de la pobreza crítica** (Art. 3.f); la justicia y seguridad sociales son bases para la paz duradera (Art. 3.j); “los Estados proclaman los **derechos fundamentales** de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (Art. 3.l); la **educación** debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz (Art. 3.n); 3. *Las normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias, ‘Desarrollo integral’ (Capítulo VII):* el desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 30), el desarrollo integral comprende los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (Art. 31), el desarrollo debe contribuir a **la plena realización de la persona humana** (Art. 33), consecución de metas básicas: distribución de ingreso, régimen equitativo tierra, logro de **justicia social**, erradicación analfabetismo, ampliación de oportunidades de educación, incrementar **disponibilidad de alimentos, vivienda adecuada, condiciones de vida sana, productiva y digna** (Art. 34) todos los seres humanos tienen **derecho al bienestar material** y a su desarrollo espiritual (Art. 45.a), el trabajo es un derecho y un deber social (Art. 45.b) que asegura **la vida, la salud y un nivel económico decorosos** (Art. 45 b.), **derecho a asociarse**, derecho a negociación colectiva y la huelga (Art. 45 c.), desarrollo de una política eficiente de **seguridad social** (Art. 45 h.) y “disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos” (Art. 45 i.), los **derechos de los trabajadores** deben ser igualmente protegidos (Art. 46), “Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la

³⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>. Destacados nuestros.

educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso” (Art. 47), los Estados miembros harán sus mayores esfuerzos para asegurar la **educación primaria, media y superior** (Art. 49); 4. *Finalmente encontramos principios y objetivos en las funciones del Consejo Integral (Capítulo XIII), que reiteran los principios y derechos del Capítulo III*”.³⁵

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

Conviene recurrir a la *Opinión Consultiva OC-10/89* sobre la “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, que expresamente determinó: “puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que *la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere*, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”.³⁶

Así pues, se evidencia que el *primer interrogante* estaría solventado, en cuanto al catálogo de derechos que emanan del artículo 26 de la CADH, debido a que el mismo estaría delimitado por las normas de la Carta de la OEA junto con las determinadas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.³⁷

Pero ¿cómo dotar de contenido a los antedichos derechos? Sin entrar en mayores elucubraciones, diremos que existe un sector de la doctrina que argumenta que aún en el caso de que los DESC sean exigibles, el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC de 1988 (en adelante Protocolo de San Salvador), circunscribe dicha exigibilidad ante la Comisión y Corte IDH a los *derechos sindicales* y al *derecho a la educación* consagrados en los artículos 8 a) y 13 del referido Protocolo.³⁸ No obstante, como se verá a continuación, este argumento debe ceder frente a la tesis de la *interpretación evolutiva* acuñada por la Corte IDH, que desplaza a

³⁵ Carta de la OEA (1948). Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm>. Destacados nuestros.

³⁶ Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-10/89*, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, párr. 43. Destacados nuestros.

³⁷ “En el caso que los países que han ratificado el Protocolo de San Salvador (1988), se debe considerar este instrumento para determinar los derechos establecidos en el Art. 26 de la CADH, bajo el principio de *lex specialis*”. Ver., Ávila Santamaría, *Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela González Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*, 36.

³⁸ Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 55-60.

la *interpretación literal* de muchas de las disposiciones normativas del *Corpus Iuris de Derechos Humanos* y, permite dotar de *contenido* a los DESC.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos*, cuya interpretación tiene que acompañar la *evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*. Asimismo, también ha sostenido que esa *interpretación evolutiva* es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una *interpretación evolutiva* la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.³⁹

En síntesis, se infiere que la Corte IDH en procura de revestir de *contenido a los DESC* y, dándole alcance a la *interpretación evolutiva* de los mismos que se desprende del artículo 29 de la CADH,⁴⁰ se ha remitido al *Corpus Iuris de Derechos Humanos* (Protocolo de San Salvador –para aquellos que lo han ratificado-, Observaciones Generales del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales PIDESC, entre otros),⁴¹ para dotarlos de efectividad.

- **Respuesta frente al segundo interrogante: ¿Cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del artículo 26 de la CADH se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas los artículos 1⁴² y 2⁴³ de la Convención?**

³⁹ Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>, párr. 46.

También Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*, 24 de noviembre de 2009. Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf>, párr. 99-102.

⁴⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>.

⁴¹ Para ampliar sobre el particular. Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013. Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf>, párrs. 47 y s.

⁴² “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>.

⁴³ “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con

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

Primero, García Ramírez manifiesta que “las obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos incluidos por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”.⁴⁴

Segundo, Courtis y Parra Vera señalan que “lo que agrega el artículo 26 –y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2– es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos –es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad– en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles’ salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato”.⁴⁵

De esta manera, se percibe que las citas precedentes son lo suficientemente indicativas de la amplitud que emana de las obligaciones consagradas en los artículos 1 y 2 de la CADH, así como la naturaleza de *lex specialis* que le asiste al artículo 26 de la CADH, lo cual permite argumentar la estrecha relación que existe entre estos artículos y por supuesto desvirtuar la imposibilidad de configuración de la *tesis de la justiciabilidad y/o exigibilidad directa* de los DESC.

A manera de ejemplo, veamos lo dicho por la Corte IDH en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, donde se evidencia el nivel mínimo esencial que supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, a partir del deber de garantía contemplado en el artículo 1.1 de la CADH:

En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la

arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.
Ibíd.

⁴⁴ Ver., Parra Vera, “La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano”, 19 y 20.

⁴⁵ Ver., ibíd.

Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. (...) Por consiguiente, la Corte estima necesario analizar, en el marco del deber de garantía, prevención y protección del derecho a la integridad personal, si el Estado ha cumplido diligentemente con su obligación de regular, supervisar y fiscalizar a las entidades que, en este caso, prestaron servicios de salud a la señora Melba Suárez Peralta.⁴⁶

En síntesis, no cabe duda de que el recorrido efectuado hasta el momento, ha permitido demostrar que el artículo 26 de la CADH es plenamente exigible y que los derechos derivados son autónomos. Las respuestas esgrimidas frente a ¿cuáles son los derechos que consagra el artículo 26 de la CADH y su contenido? y ¿cómo dotar de contenido las obligaciones específicas que del artículo 26 de la CADH se desprenden, así como su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención?, son una clara muestra desde el punto de vista dogmático, que los derechos que regula el artículo 26 de la CADH, van más allá de su consideración como meras políticas públicas,⁴⁷ sino que se tratan de verdaderos derechos autónomos, amparados por las obligaciones generales reguladas en los artículos 1 y 2 de la CADH y con la posibilidad de contar con un contenido específico a través de un adecuado ejercicio hermenéutico.⁴⁸

⁴⁶ Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 21 de mayo de 2013, Consulta 23 de abril de 2016: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf, párrs. 130-133.

⁴⁷ “Tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero, mientras la *política* es un concepto amplio, relativo al poder en general, las *políticas públicas* corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos o situaciones socialmente problemáticas. En este contexto, la políticas públicas se soportan en determinadas posturas políticas, y éstas últimas, son factores de viabilidad y factibilidad de la política pública en cuestión”. André-Noel Roth Deubel y Gloria Molina Marín, “Introducción”, en Gloria Molina Marín y Gustavo Alonso Cabrera comp., *Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis*, (Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”, 2008), 13. Consulta 23 de abril de 2016: http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008_Li_Molina.pdf.

⁴⁸ Daniel Dorado, por ejemplo, ilustra sobre la superación de la tesis de la no justiciabilidad del derecho a la salud: “Recordando lo dicho en párrafos precedentes por Tara Melish, no reviste mayores cuestionamientos el hecho de que un sector de la doctrina apunta por la defensa de la no justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, reiterando que no constituye el objeto de estudio de esta investigación pronunciarse de fondo sobre dicho particular, conviene leer en armonía las críticas reseñadas por Melish con la afirmación realizada por Ligia Bolívar, lo cual permitirá insertarse en el análisis de la *fundamentalidad del derecho a la salud* desde la *teoría del derecho*: “No son justiciables. Este argumento se presenta en referencia a que la ambigüedad con la que los derechos sociales fueron positivados hace imposible determinar los elementos básicos de exigibilidad, es decir, no son reales derechos subjetivos, pues no hay determinación del titular ni de la prestación, ni el cómo deberá hacerla efectiva el Estado. Además, se retoma aquí el tema de la indisponibilidad total del Estado sobre el objeto del derecho”. Así las cosas, de entrada se debe manifestar que la anterior crítica no es predicable del *derecho a la salud*, gracias a que como se verá a continuación, la estructura del mismo –sin adentrarse todavía en su *contenido mínimo o esencial*–, a partir de la revisión de los elementos que para

3. Reflexiones finales

En armonía con lo narrado por José Saramago “suenan las campanas en un pueblo de Florencia en el siglo XVI. Las campanas no suenan para decir la hora, ni para anunciar una fiesta. Las campanas anuncian muerte. Los vecinos del pueblo se reúnen en el atrio de la iglesia para saber quién ha muerto. Se trata de la historia de un campesino cuya tierra ha sido apropiada por un hombre rico, un marqués sin escrúpulos. El campesino protesta ante el hombre usurpador, pide clemencia, se queja ante la justicia. No tiene solución ni respuesta. Finalmente decide quejarse urbi et orbi. Y toca las campanas. El campesino da la noticia de que la justicia ha muerto”;⁴⁹ el debate por la *justiciabilidad y/o exigibilidad directa de los DESC* se encuentra en un punto donde la Corte IDH puede dar ese salto, valiéndose entre otros, de las herramientas hermenéuticas plasmadas en este documento.

Como lo vimos a lo largo del ensayo y, haciendo alusión a la precitada historia de Saramago, las personas que habitan los Estados miembros del SIDH, ya han hecho al igual que el *campesino* el respectivo reclamo a las autoridades (Caso Gonzalez Lluy vs. Ecuador); ya han acudido al *aparato de justicia* donde en contados casos han recibido la efectiva garantía de sus derechos (ejemplo Corte Constitucional de Colombia); y, finalmente se encuentran *tocando la campana* al máximo órgano jurisdiccional del SIDH para que a través de su jurisprudencia y, no vía enmienda de la CADH (como lo sugieren algunos autores),⁵⁰ sienten las bases para la anhelada *justiciabilidad de los DESC y los derechos derivados* como derechos plenamente autónomos, tal y como fue reconocido en la Declaración y Programa de Viena (1993):

Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como

tal fin han delimitado autores como Luigi Ferrajoli, Robert Alexy y Rodolfo Arango, permiten inferir su condición de *fundamentalidad*”.

Daniel Felipe Dorado Torres, *Las licencias obligatorias de medicamentos: una garantía jurídica insuficiente del derecho a la salud en los estados miembros de la comunidad andina*, (Tesis de Maestría, Directora: Eddy María de la Guerra Zúñiga, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 25 y s.

⁴⁹ José Saramago, *Foro Mundial Social* (2012).

⁵⁰ Vemos difícil esta posibilidad por la necesidad de voluntad política de los Estados para materializarla. Ver., Artículo 76.1 CADH. También: Ver., Melish, “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 46 a 60.

de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.⁵¹

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Victor y Rossi, Julieta. *Memorial Amicus curiae Talía Gabriela González Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*. Buenos Aires: 2015.

Alarcón Peña, Pablo. “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana”. En *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría ed. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Ávila Santamaría, Ramiro:

Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela González Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001. Quito: 2015.

Retos del mecanismo interamericano de protección de indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales, consulta 07 de junio de 2015, 2013. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>>.

“La clasificación de los derechos”. En: *Los derechos y sus garantías. Ensayos Críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*. 2013. <<http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/abc.pdf>>.

Courtis, Christian. *Análisis del artículo 26*, (pdf, s.f.).

Courtis, Christian y Gargarella, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. En *CEPAL-Serie políticas sociales*, No. 153. Santiago de Chile: CEPAL-ASDI, 2009.

Dorado Torres, Daniel Felipe. *Las licencias obligatorias de medicamentos: una garantía jurídica insuficiente del derecho a la salud en los estados miembros de la comunidad andina*. Tesis de Maestría, Directora: Eddy María de la Guerra Zúñiga, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016.

Melish, Tara. *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: Orville H. Schell, Jr.

⁵¹ Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf>. En el mismo sentido: Ver., *Declaración Viena 20+ OSC* (2013). Consulta 23 de abril de 2016: <http://www.cesr.org/downloads/DECLARACION_VIENA+20_SCO.pdf>.

Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDS), 2003.

Parra Vera, Oscar. *La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ante el sistema interamericano*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Justiciabilidad_de_los_Derechos_Economicos_Sociales_y_Culturales_ante_el_Sistema_Interamericano.pdf.

Roth Deubel, André-Noel y Molina Marín, Gloria. “Introducción”. En Gloria Molina Marín y Gustavo Alonso Cabrera comp., *Políticas públicas en salud: aproximación a un análisis*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”, 2008, http://s2.medicina.uady.mx/observatorio/docs/ss/li/SS2008_Li_Molina.pdf.

Saramago, José. *Foro Social Mundial*. 2012.

Valcárcel T., Juan M. y González S., Andrés. “Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario”. En *Prolegómenos –Derechos y valores*, Volumen XI - Nº 22, SSN 0121-182X. Bogotá: Julio - Diciembre 2008.

Villán Durán, Carlos:

La protección de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552698.pdf>.

“Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”. En *Derechos económicos, sociales y culturales*, Pablo Elías González Monguí coord., cátedra Gerardo Molina. Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso Acevedo Buendía vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2009.

Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, sentencia de 21 de mayo de 2013.

Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente Alberto Pérez Pérez, 21 de mayo de 2013.

Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 21 de mayo de 2013.

Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador, 1 de septiembre de 2015.

Corte Constitucional colombiana:

Sentencia C-313, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, *Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara*, 29 de mayo de 2014.

Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948).

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

Declaración y Programa de Viena (1993).

Declaración Viena 20+ OSC. 2013.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

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

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

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