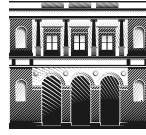


**INCLUSIÓN, *IUS COMMUNE* Y
JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCAs EN LA
JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA
EL CASO *LAGOS DEL CAMPO*
Y LOS NUEVOS DESAFÍOS**

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Rogelio Flores Pantoja
Coordinadores



Colección
Constitución y Derechos



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Inclusión, *Ius Commune* y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana

**El caso *Lagos del Campo*
y los nuevos desafíos**

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Mariela Morales Antoniazzi

Rogelio Flores Pantoja

(Coordinadores)

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2018

Primera edición: enero de 2018

*Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs
en la jurisprudencia interamericana
El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*

© Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Rogelio Flores Pantoja

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-39-4

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
Mariana Miranda López
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

<i>Presentación</i>	15
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR	
MARIELA MORALES ANTONIAZZI	
ROGELIO FLORES PANTOJA	

PARTE I NOCIÓN DE INCLUSIÓN

<i>Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento</i>	21
LAURA CLÉRICO, LILIANA RONCONI Y MARTÍN ALDAO	
1. Introducción.....	21
2. Concepciones de igualdad	21
3. La igualdad en la jurisprudencia de América Latina y el Caribe	34
4. Conclusiones	94
 <i>Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH</i>	97
ELIZABETH SALMÓN	
1. Introducción.....	97

2. Diversidades múltiples y multiplicidad de formas de gestionarlas.	99
3. Igualdad y no discriminación y las medidas para hacerlas efectivas.	107
4. Inclusión y democracia o hacia una inclusión democrática	119
<i>Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico</i>	129
MARÍA SOFÍA SAGÜÉS	
1. Presentación preliminar	129
2. De la igualdad a la discriminación estructural	130
3. La discriminación estructural en la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .	132
4. Acciones afirmativas como herramienta de superación de la discriminación estructural	141
5. Lineamientos de las acciones afirmativas en el sistema de Estados Unidos	151
6. La actualidad de las acciones afirmativas. El caso <i>Fischer</i> (2016)	170
7. Litigio estructural y acciones afirmativas	173
8. Ponderación	177

PARTE II

DESARROLLO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS

<i>La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo</i>	181
ÓSCAR PARRA VERA	
1. Introducción.	181

2. El debate sobre los alcances del artículo 26 en la doctrina	186
3. Aplicación del artículo 26 en casos contenciosos emitidos por la Corte Interamericana. El equívoco punto de partida en el caso <i>Cinco Pensionistas</i>	196
4. Los avances derivados del caso <i>Acevedo Buendía</i> (2009)	199
5. El voto de la jueza Macaulay en el caso <i>Furlán</i> (2012).	208
6. El voto del juez Ferrer Mac-Gregor en el caso <i>Suárez Peralta</i> (2013) —reiterado y complementado en los casos <i>Gonzales Lluy</i> (2015) y <i>Chinchilla Sandoval</i> (2016), entre otros—.	210
7. Voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez en el caso <i>Gonzales Lluy</i> (2015)	215
8. Voto concurrente del juez Sierra Porto en el caso <i>Gonzales Lluy</i> (2015)	217
9. Voto razonado del juez Roberto F. Caldas en el caso <i>Chinchilla Sandoval</i> (2016).	221
10. El caso <i>Lagos del Campo</i> y los votos de los jueces Ferrer Mac-Gregor, Caldas, Sierra y Vio	222
11. Conclusiones	230

<i>El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	235
--	-----

LEIRY CORNEJO CHÁVEZ

1. Introducción.	235
2. El derecho a la educación	238
3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso <i>Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador</i>	248
4. Educación como medida de reparación	256
5. Proyecciones sobre la implementación del derecho a la educación por la Corte IDH: posibles nuevos retos	269
6. Conclusiones	274

<i>Pasado, presente —¿y futuro?— de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: a propósito del caso Lagos del Campo vs. Perú</i>	277
JUAN JESÚS GÓNGORA MAAS	
1. Introducción.	277
2. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en los sistemas de derechos humanos	283
3. Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: el antes y después del caso <i>Lagos del Campo vs. Perú</i>	299
4. Aportes y retos a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano	320
5. Conclusión	328
<i>La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo.</i>	333
JORGE CALDERÓN GAMBOA	
1. Introducción.	333
2. La justiciabilidad directa de los DESCAs en la interpretación de la CADH.	338
3. La derivación de los derechos a la estabilidad laboral y asociación como derechos justiciables.	349
4. La fórmula del acceso a la justicia para la protección de los DESCAs.	361
5. Los debates generados en la Corte IDH con motivo del caso <i>Lagos del Campo</i> y en otros análisis.	363
6. Relevancias adicionales del análisis de la sentencia <i>Lagos del Campo</i>	368
7. Pasado, presente y futuro: reflexiones finales en torno a la relevancia y desafíos de la justiciabilidad de los DESCAs.	374

La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos sociales y culturales en la interpretación y resolución de casos en México. 381

FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ

1. Introducción. 381
2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales y su influencia en el derecho mexicano. 386
3. La reforma constitucional de 2011 y su influencia en la eficacia de los derechos sociales. 391
4. La pobreza en México como factor de discriminación estructural histórica. 392
5. Casos paradigmáticos en México sobre derechos económicos, sociales y culturales. 397
6. Conclusiones. 400

Presentación

Este libro tiene como propósito reflejar el cambio de paradigma en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de la protección en forma indirecta hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, así como de los ambientales (DESCA), con base en la reciente decisión del caso *Lagos del Campo* de 2017,¹ en el marco de *la inclusión* como pilar fundamental del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) y bajo el enfoque del constitucionalismo transformador. Resulta fundamental reconfigurar los debates generados en el caso *Acevedo Buendía*,² que enunciaba posibles caminos referentes al alcance de la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y a la vez perfilaba el impulso sistemático emergente de los votos razonados del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en casos emblemáticos como *Suárez Peralta*³ o *Gonzales Lluy y otros*,⁴ a fin

¹ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

² Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

³ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

⁴ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

de mostrar la construcción de las nuevas posturas en el seno del órgano jurisdiccional.

Sin duda, “los avances realizados en el caso *Lagos del Campo* en materia del derecho al trabajo (estabilidad y asociación laboral), y en materia de la protección y garantía de los DESCAs por la vía directa y mediante un análisis integral y conglobado de los [DESCAs], permiten dar un paso histórico hacia una nueva época de la jurisprudencia interamericana”.⁵ De parte de la Relatoría DESCAs de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se puso de relieve igualmente que “esta decisión representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCAs”.⁶ A este punto se dedican tres contribuciones de esta publicación.

El estudio de la jurisprudencia está precedido de las aproximaciones destinadas a la noción de inclusión en su doble vertiente constitucional e internacional, llave para el sustento de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho en la región. Una característica específica del discurso latinoamericano está constituida precisamente por el acento en la dimensión social de los principios constitucionales. Diferentes autores atienden el desafío de la desigualdad como eje central de su pensamiento.⁷ Como se sostiene desde el *Ius Commune*, “pocas cuestiones sociales son tan delicadas como la cuestión de la igualdad y de la redistribución” y es imposible para una sociedad “aliviar la desigualdad como déficit sistémico si no logra superar la exclusión

⁵ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 50.

⁶ Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales saluda histórica decisión de la Corte IDH sobre justiciabilidad en materia de DESCAs. Washington, D.C., D181/17, 15 de noviembre de 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/181.asp>

⁷ Piovesan, Flávia, “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius Constitutionale Commune en America Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014, pp. 61 y 63.

que afecta a grupos enteros de personas que no están en capacidad de participar en los grandes sistemas sociales, es decir, en los sistemas educativo, sanitario, económico y político, e incluso ni siquiera en el sistema legal... Vista de esta manera, la superación de la exclusión es un proyecto compartido por concepciones con ideas muy distintas respecto de la creación de bienestar social, la redistribución, el libre comercio o la regulación de las inversiones”.⁸ Por ello, esta publicación se centra en el examen de los DESCA en su vínculo con la inclusión, recopilando estudios sobre su significado y revisando la discusión e impactos de la garantía jurisdiccional de dichos derechos.⁹

Desde la perspectiva del ICCAL, luce prioritario plasmar, junto a las concepciones doctrinales, el debate académico y judicial,¹⁰ actualizar las investigaciones acerca del contenido de las “acciones de hacer” o “acciones positivas”, explorar el reconocimiento de la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre la justiciabilidad directa de los DESCA en concordancia con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, precisando la relevancia de los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José para la comprensión

⁸ Véase Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual*”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Max Planck Institute-Instituto de Estudios Constitucionales, 2017, pp. 137-177.

⁹ Para un estudio pionero, véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64.

¹⁰ Una visión dialógica en Gargarella, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, pp. 279-294; Alterio, Micaela y Niembro Ortega, Roberto, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional: El caso vacantes”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 16, jul-dic, 2011, México, Porrúa, pp. 353-377. Sobre un método alternativo véase Pelayo Moller, Carlos María, “El «mínimo vital» como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista Methodos*, núm. 3, 2012, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, pp. 31-51.

del proceso de interamericanización de los órdenes jurídicos estatales. Vale la pena destacar las observaciones concernientes a la exigencia de “un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé «la plena efectividad» de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de «progresividad» y de «recursos disponibles» a que alude este precepto puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado.”¹¹

En el contexto latinoamericano, los argumentos tanto a favor como en contra de la justiciabilidad del artículo 26 de la CADH continúan en la agenda y se enlazan con la necesidad de construir una dogmática singular de los DESCA en el espacio jurídico interamericano. Avances como el caso *Lagos del Campo* bajo el entendimiento de la inaplazable inclusión en América Latina, junto a la creación de una institucionalidad específica como la Relatoría Especial de la CIDH, son pasos relevantes que provocan una redefinición del litigio estratégico y facilitan la determinación del acervo común que integre el derecho comparado y permanezca enraizado en la protección universal. Esperamos que el lector o lectora de este libro encuentre reflexiones útiles en torno a esta temática.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
ROGELIO FLORES PANTOJA

San José, enero de 2018

¹¹ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

PARTE I
Noción de inclusión

Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento*

Laura Clérico**, Liliana Ronconi*** y Martín Aldao****

1. INTRODUCCIÓN

Un sinnúmero de trabajos académicos, informes de organismos internacionales de protección de los derechos humanos, de or-

* Un agradecimiento a Margarita Maxit, Sergio Mohadeb, Rodolfo Arango, Claudia Escobar, Evorah Cardoso, Rafael Bellem de Lima y Berenice Orta Flores por darnos sus pareceres sobre los fallos relevantes de la jurisprudencia de los tribunales consultados. Asimismo, agradecemos a Federico de Fazio por la lectura crítica y comentarios sobre este texto. Este artículo es una reimpresión del publicado en: Clérico, L.; Ronconi, L.; Aldao, M., “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *Direito GV Law Review*, Sao Paulo, 2013.

** Laura Clérico: abogada por la Universidad de Buenos Aires, Argentina (UBA), *Magister Legum* y doctora en Derecho (Universidad de Kiel, Alemania). Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigadora del CONICET.

*** Liliana Ronconi: abogada y profesora en Ciencias Jurídicas, UBA. Exbecaria DAAD/ ALEARG. Becaria de doctorado.

**** Martín Aldao: doctor en Derecho por la UBA Investigador Inst. A.L.Gioja y Docente de Derecho Público, Facultad de Derecho-UBA, Becario Posdoctoral CONICET.

ganizaciones no gubernamentales y organizaciones de base dan cuenta de un diagnóstico común: América Latina y el Caribe es un territorio marcado por profundas desigualdades sociales y político-económicas,¹ leídas tanto en clave de distribución como de falta de reconocimiento.² Esta desigualdad persiste pese a mayores —o menores— esfuerzos que se han intentado por medio de políticas públicas para atender a las formas más extremas de la desigualdad. Como leen algunos sociólogos: “los datos disponibles indican que el crecimiento ha sido errático y no ha alcanzado los parámetros esperados, que los empleos que se han generado no han sido suficientes ni de buena calidad como para tener el impacto social esperado. En este contexto, ni la pobreza ha sido disminuida de manera estructural, ni la vulnerabilidad social ha sido regulada de manera efectiva, a través de esquemas eficientes de seguridad social, ni la exclusión social, a la que ha sido sometido históricamente los indígenas o los afrodescendientes, ha sido ya no digamos erradicada, ni siquiera reducida de manera significativa”.³

Por su parte, varias de las constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la región identifican a los “grupos desaventajados” que padecen la situación de desigualdad fundada en una distribución asimétrica del poder. Incluso, varios de esos instrumentos normativos reconocen —expresa o implícitamente— que de la situación de dominación estructural no se puede salir en forma individual, sino que se requieren *medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras* para lograr igualdad real de condiciones para el ejercicio de los derechos.

Por esto, el objetivo de este trabajo⁴ es establecer la medida en que la jurisprudencia de los tribunales superiores y consti-

¹ Barba Solano, Carlos; Cohen, Néstor, “Perspectivas críticas sobre la cohesión social”, en *Desigualdad y tentativas fallidas de integración social en América Latina*, Buenos Aires, FLACSO, 2011, pp. 11-12.

² Véase Clérico, Laura y Aldao, Martín, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011.

³ Barba Solano, Carlos y Cohen, Néstor, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁴ Desarrollado en el marco del proyecto de investigación UBACyT “La formación de jueces: perfiles y pertinencia en relación con un modelo de sociedad igualitaria”.

tucionales de la región puede ser reconstruida como un indicador de la receptividad —o no— del enfoque de la desigualdad estructural. Partimos del supuesto de que la fórmula dominante del examen de igualdad sigue siendo la del principio de igualdad como no discriminación, que a nuestro entender se queda a mitad de camino para responder a la demanda de igualdad en el contexto latinoamericano. Así, sostenemos que es necesario ampliar la fórmula de igualdad como principio de no dominación o no sometimiento.⁵ Sin embargo, la inclusión de la perspectiva de igualdad como no dominación o no sometimiento es insuficiente si no nos preguntáramos por las causas que generan esa desigualdad. Por esto, proponemos ampliar la mirada para comprender que la desigualdad no solo deviene de una distribución injusta de los bienes económicos y sociales,⁶ sino también del reconocimiento.⁷ Recién con esta última ampliación de las miradas estaríamos en condiciones de analizar con detenimiento los casos llevados a las cortes y tribunales de diversos Estados de América Latina y el Caribe sobre desigualdad por razón de pobreza, nacionalidad, etnia, discapacidad, edad u orientación social —excluimos la jurisprudencia en materia de género o de pueblos o comunidades originarias—. Por último, realizaremos unas consideraciones finales que aspiramos sean leídas en clave

⁵ Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo, *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

⁶ La injusticia socioeconómica arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la explotación laboral, la marginación económica, la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna, entre otros). Véase Clérico, Laura y Aldao, Martín, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011.

⁷ La otra deviene de la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los *patrones sociales dominantes* en una sociedad desde los que se interpreta con pretensión de “uniformidad”, por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión (así, ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto e incluye la discriminación a lesbianas, gays, travestis, personas trans, bisexuales, entre otros).

de preguntas para formular mejores hipótesis en la lucha por la igualdad en América Latina y el Caribe.

2. CONCEPCIONES DE IGUALDAD⁸

La igualdad de todos los ciudadanos constituye una condición de posibilidad o un presupuesto de todos los sistemas jurídicos modernos.⁹ No obstante, pretender definir la igualdad se presta a una serie de problemas e inconvenientes conceptuales. En primer lugar, debe distinguirse la igualdad en el sentido de uniformidad —como predicaríamos de un conjunto de objetos producidos en serie—, de la igualdad como equidad o imparcialidad —como predicaríamos de una sociedad que no tuviese privilegios—. Pero aun superada esta ambigüedad semántica, tenemos que aceptar que un privilegio o un trato desigual nunca pueden ser definidos en abstracto, sino siempre en el contexto de una sociedad determinada, puesto que aquello que puede ser considerado igualitario en algún rincón del planeta puede no serlo en otro. Pero aun si buscásemos la imparcialidad en el marco de una temporalidad y una sociedad determinadas, aún tendríamos que reconocer que ninguno de nosotros como individuo puede definir lo que otros individuos deben aceptar como igualitario —o justo, o imparcial— sin caer en la pretensión dogmática de tener un acceso privilegiado a la idea de justicia, lo que de por sí implicaría ubicarnos por encima del resto en términos morales o, en otros términos, buscar la igualdad partiendo de la afirmación de un privilegio originario. Es así que entendemos no solo que resulta imposible resolver en abstracto todas las paradojas que genera la idea de igualdad, sino también que pretender avanzar

⁸ Agradecemos a los evaluadores anónimos cuyas observaciones permitieron enriquecer esta sección del trabajo.

⁹ Véase Giorgi, Rafael de, “Direito, democracia e risco: vínculos como futuro”, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 114. Es relevante señalar que el autor aborda el derecho desde la perspectiva de N. Luhmann, excluyendo de plano toda posibilidad de análisis práctico o normativo del mismo. Por el contrario, el presente trabajo se inscribe en una línea que podríamos denominar de “normativismo discursivo o débil”, abierta por J. Habermas y R. Alexy, entre otros.

en este ámbito carece de sentido. Como afirma Rafaele de Giorgi, el principio de igualdad tiene en el derecho moderno la forma de una expectativa, o una pretensión, que de ningún modo puede resolver el derecho por sí mismo,¹⁰ sin la participación o el involucramiento de ciudadanos y operadores jurídicos, que llenen de contenido las estructuras autorreferenciales del ordenamiento jurídico. Es que solo los sujetos de derecho pueden decidir si esa expectativa ha sido alcanzada. Es en este punto que entran en liza las formas de la argumentación.

Aun cuando todo examen de igualdad implica siempre una comparación entre personas a fin de determinar: a) si se está vulnerando una situación de igualdad, a través del trato diferenciado de personas que se encuentran en la misma condición, o bien, b) si se está perpetuando una desigualdad, otorgando el mismo trato a personas que se encuentran en distinta condición; no debe perderse de vista que el centro del examen de igualdad no es la diferencia en sí misma, sino la evaluación de las razones —o sinrazones— que hablan a favor o en contra del trato idéntico o diferenciado.¹¹ En este sentido, cuanto más público sea el debate, cuanto más difundidas se encuentren estas discusiones, cuanto más se repliquen a través de la sociedad —de modo que la discusión entre individuos retroalimente la discusión de los parlamentarios y de los jueces—, más posibilidades habrá de que cada ciudadano pueda, desde su posición, conocer y evaluar las

¹⁰ *Ibidem*, pp. 116 y 118.

¹¹ Por ejemplo, es evidente que un Estado discrimina —distingue— al restringir la posibilidad de conducir automóviles a aquellos individuos que hayan tramitado el registro correspondiente, pero también es evidente —al menos dentro de nuestros cánones— que una diferenciación como esta es perfectamente razonable, y más aún, incluso deseable. Pero esto no es así porque las personas deban en todo tiempo y lugar obtener una autorización del Estado para hacer cosas, sino porque la razón en la que se apoya la distinción, esto es, la importancia de garantizar que todos aquellos que pueden utilizar un vehículo potencialmente peligroso deben haber demostrado antes su capacidad para hacerlo, no parece ser cuestionada. Si por el contrario, el criterio para otorgar registros de conducir no fuera técnico, si por ejemplo, algún colectivo fuera sistemáticamente reprobado en dichos exámenes, entonces se generaría una interpelación al derecho, una demanda de igualdad a partir de la cual tendría sentido abrir el debate sobre la distinción cuestionada.

razones en las que se apoya su propia idea de igualdad, así como también las razones en las que se sustentan las ideas de igualdad que difieren de la suya. Es en este sentido que entendemos que una sistematización de las principales estructuras argumentativas utilizadas para discutir el problema de la igualdad permite avanzar en la sistematización y simplificación de este intercambio de valores e intereses que es la producción del derecho en democracia.

2.1. Igualdad formal y material

La fórmula de *igualdad formal* se limita a verificar que aquellos que pertenecen a la clasificación realizada por el legislador sean tratados de la misma manera. Es la versión más débil del examen de igualdad y nada dice acerca de las razones en las que se apoya la clasificación, ni acerca de *cómo* deben ser tratados *qué* individuos y *con qué* propiedades.¹² Esta concepción de la igualdad es la que se encuentra detrás de las criticadas —y con razón— fórmulas de “igualdad entre los iguales” y de “separados pero iguales”, que ha servido como una forma de disimular el repudio hacia grupos excluidos y que divorcia el principio de igualdad del de no discriminación, al dejar que el Estado determine la fórmula de igualdad que será fuente de derechos, clausurando todo reclamo judicial contra estas decisiones.

La insuficiencia de esta fórmula de igualdad para dar cuenta del trato discriminatorio en sus múltiples formas ha conducido al desarrollo de la fórmula de la *igualdad jurídica material*, que se cuestiona acerca de la legitimidad del criterio de clasificación y respecto a las razones de la selección operada por el legislador. La fórmula de igualdad jurídica material dice que no se viola el mandato de igualdad si: *a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma*.¹³ En suma, y como reitera la Corte IDH, es discriminatoria toda distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.¹⁴ La razonabi-

¹² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2007, p. 351.

¹³ *Ibidem*, p. 360.

¹⁴ Cfr. Corte IDH, OC-18/03 (2003), párr. 89; OC-17/02 (2002), párr. 46; y OC-4/84 (1984), párr. 56. Esto genera diversas obligaciones a los Estados,

lidad de la justificación se ve sujeta, en la región, a lo que llamaremos un *examen integrado*, en la medida en que retoma el principio de proporcionalidad de la jurisprudencia europea y la mayor o menor intensidad en el examen, característica propia del enfoque estadounidense.¹⁵ De este modo, la aplicación de la *proporcionalidad* en el examen de igualdad ayuda para determinar si el criterio de distinción que genera las categorías o grupos —medida estatal— tiene relación con las finalidades —razones— de la norma.¹⁶ El *subexamen de idoneidad* se pregunta si el medio logra promover los fines estatales, y si no los logra, entonces ya tenemos una primera razón que habla en contra del trato desigualitario. El *subexamen de medios alternativos* dice que las razones de la distinción no son suficientes si pudo haberse evitado el trato desigualitario a través de la implementación de algún otro

quienes tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

¹⁵ En palabras de la Corte Constitucional colombiana, sentencia T-093/2001, el juicio integrado de igualdad: “intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Sin embargo, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así, por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la «adecuación» deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que esta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la «indispensabilidad» del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional”.

¹⁶ Véase Alexy, Robert, *op. cit.*; Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden Baden, 2001 [en castellano: Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, 2009]; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2007.

medio alternativo (es decir, uno que evite esa clasificación). El *subexamen de proporcionalidad en sentido estricto* supone determinar la intensidad de restricción a la igualdad y a los derechos que produce la clasificación y, por el otro lado, determinar el peso de las razones que hablan a favor de la clasificación y de la promoción del fin estatal. Por ello, no hay razones suficientes para la distinción si la intensidad de restricción es mayor que el peso de las razones justificatorias. A su vez, dependiendo de las circunstancias del caso, estos tres exámenes pueden ser aplicados con *diversa intensidad*, en una escala que va desde el examen de mera racionalidad, pasando por el escrutinio intermedio hasta llegar al escrutinio estricto.

El examen de igualdad de *mera racionalidad* presume la legitimidad o constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Esto significa que la carga de la argumentación la tiene quien realiza el reclamo igualitario y solo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si este logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta; de lo contrario se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

El *escrutinio intermedio* exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias; la relación tiene que ser plausible, es decir, debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

El más exigente de los exámenes es el *escrutinio estricto*.¹⁷ Este presume la falta de justificación de la discriminación; por lo

¹⁷ Véase Garay, Alberto, “Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas”, en *La Ley*, 1989-B, p. 931; Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, “La cláusula de igualdad: hacia un escrutinio más exigente”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2001, vol. I, p. 1241; Clérico, Laura y Schwartzman, Sebastián, “«Repetto» re-visitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros”, en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo, *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, 2007; Treacy, Guillermo, “La utilización de categorías sospecho-

cual, la carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquellos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado. Implica además una exigencia agravada de justificación: la arbitrariedad solo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes —por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente— y que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación. En el escrutinio estricto puede hablarse además de una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, tanto la clasificación como sus efectos deben ser considerados como arbitrarios.¹⁸

La Corte Constitucional colombiana ha sistematizado los siguientes criterios para la aplicación del escrutinio estricto cuan-

sas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros”, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, 2006, p. 603; Gargarella, Roberto, “Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo Reyes Aguilera”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2007, vol. IV, pp. 67-74; Clérico, Laura, “El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. «Rodríguez», «Comunidad toba del Chaco» y la sombra de Ramos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2007, vol. IV, núm. 6; Maurino, Gustavo, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo, *El derecho a la igualdad, ...cit.* Dulitzky reconstruye el examen de igualdad en el contexto interamericano como principio antidiscriminatorio e incluyendo “categorías sospechosas”; véase Dulitzky, Ariel, “El principio de igualdad y no-discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2007, núm. 3.

¹⁸ En palabras del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la carga de la prueba y de la justificación requiere: “a) la necesidad de la probanza plena de la justificación, probadamente necesarísimo y probadamente eficaz para el objetivo importante, necesario e indispensable; b) la necesidad fundamental, cuya realización se hace necesaria de la exigencia de la condición discriminatoria requerida; c) el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades, mediante métodos profesionalmente probados y aceptados, y d) la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante el cual sería sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos, sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida o menos discriminatoria que la derivada de la condición de igual naturaleza alegada” (Tribunal Supremo de Venezuela, sentencia 1024, 3 de mayo de 2000, magistrado ponente José Rafael Tinoco).

do: *a*) está de por medio una clasificación sospechosa, como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en la Constitución —agregamos, o en los instrumentos internacionales de derechos humanos—; *b*) la medida recae principalmente sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; *c*) la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos afecta *prima facie* gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, o *d*) se examina una medida que crea un privilegio.¹⁹

A su vez, las categorías señaladas como sospechosas son aquellas que: *(i)* se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; *(ii)* han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas, y *(iii)* no constituyen *per se* criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.

2.2. Igualdad como no dominación o no sometimiento: redistribución y reconocimiento

Hemos visto que el examen de *igualdad jurídica material* desarrolló escrutinios bien exigentes, *sin embargo, no resultan ser herramientas argumentativas lo suficientemente potentes para conmovir un status quo fuertemente desigualitario*. Es decir, un *status quo* en el que la desigualdad no es solo puntual o individual, sino que responde a una práctica sistemática de desigualdad, de dominación, y que, como vimos en la introducción, se encuentra firmemente arraigada en los orígenes de los Estados regionales, determinando la discriminación sistemática de sectores comple-

¹⁹ Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado, 2011, p. 325.

tos de la sociedad.²⁰ Así, Roberto Saba afirma que esta se produce “[c]omo resultado de una situación de exclusión social o de «sometimiento» de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, desplazan a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos de personas de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan”.²¹ Esta desigualdad no es natural, sino que surge como producto de una estructuración social dada.²² Para que estos grupos desaventajados puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, se deben dictar medidas de acción positiva.²³

²⁰ Sostuvo el Tribunal Constitucional del Perú que se trata de grupos que han padecido diferencias que “no solo [son] desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona humana”. Sentencia citada por Landa Arroyo, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, 2010.

²¹ Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo, *op. cit.*; Saba, Roberto, “El principio de igualdad en el diálogo entre el derecho constitucional y el derecho internacional”, en Capaldo, Griselda D.; Sieckmann, Jan y Clérico, Laura, *Internacionalización del Derecho Constitucional. Constitucionalización del Derecho Internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.

²² Por ejemplo, en el caso una mujer que inicia una acción de tutela porque no se le permitió ingresar a una disco por su color de piel —negra—. La Corte Constitucional de Colombia resuelve el caso alegando las pautas o condiciones del trato diferencial —test de igualdad—: “El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho —esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga— sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican”, sentencia T-1090/05. Considera que debe existir la aplicación de un test estricto de igualdad. Existe una “categoría sospechosa” pues “en varias oportunidades y por medios diferentes, las autoridades de la República aceptan que la población afrocolombiana o afrodescendiente ha sido objeto de sometimiento histórico, de menosprecio cultural y de abandono social”.

²³ Así, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-371/00, ha dicho que se requieren: “políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas

Estas medidas de acción positiva implican, en ciertas condiciones, la *redistribución*²⁴ de bienes económicos y sociales, con el fin de quebrar el círculo vicioso que implica que aquellos con menos acceso a recursos materiales tendrán menos posibilidades de cuestionar la distribución de los mismos. En este caso se trata de atacar la desigualdad socioeconómica arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la explotación laboral, la marginación económica, la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna, entre otros). Así, la CIDH ha dicho que:

[1]a capacidad de participar en la sociedad conlleva derechos civiles y políticos, conjuntamente con derechos económicos, sociales y culturales. De ello se desprende que, sin progreso en el área de los derechos económicos y sociales, los derechos civiles y políticos, logrados con gran esfuerzo y sacrificio humano, siguen siendo una mera aspiración para los sectores de menos recursos y más bajo nivel de educación. En última instancia, la consolidación de la democracia representativa, meta de todos los Estados miembros, comporta el ejercicio de una participación plena por parte de todos los integrantes de la sociedad.²⁵

Ahora bien, la desigualdad por dominación o sometimiento deviene no solo de una distribución injusta de los bienes eco-

personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, o bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación". En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 05540-2007-AA, FFJJ. 8 y 9.

²⁴ Retomamos de Nancy Fraser las categorías de redistribución y reconocimiento. Véase Fraser, Nancy, "Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation", en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *Redistribution or recognition?: A political-philosophical Exchange*, Nueva York, verso, 2003.

²⁵ "Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, I. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región" —CIDH, informe anual, 1993, capítulo V—.

nómicos y sociales, sino también del *reconocimiento*.²⁶ Por ello, las desigualdades no siempre pueden reducirse a la existencia de una brecha económica y, por ende, no siempre la inyección de recursos materiales constituye una solución adecuada. En este caso, la desigualdad no aparece planteada en términos de pobres y ricos, sino de identidades dominantes e identidades dominadas. Esta clase de discriminación, practicada históricamente sobre mujeres, afrodescendientes, pueblos originarios, miembros del colectivo de lesbianas, gays, bisexuales y trans —en adelante, LGBT—, entre otros, requiere de medidas de acción positiva que impliquen el reconocimiento de estas identidades diversas. Ahora bien, a diferencia del resto de las fórmulas de igualdad, esta no puede ser resuelta sin introducir la voz de los afectados. Esta fórmula de igualdad implica, por un lado, un examen sobre la promoción de la medida de acción positiva, en tanto que no cualquier medida estatal tendente a paliar la desigualdad será considerada adecuada o suficiente.²⁷ En caso de que la medida no fuera suficiente mediante el examen, surge lo que le queda al Estado por hacer en clave de acción positiva.

Por otro lado, solo esta fórmula de igualdad puede abrir los ojos a situaciones de discriminación estructural, las que necesariamente son invisibles desde la perspectiva predominante en la sociedad: *Ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un contexto democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad*, como es el caso en el contexto interame-

²⁶ Se trata de una desigualdad cultural o simbólica, arraigada en los *patrones sociales dominantes* en una sociedad desde los que se interpreta con pretensión de “uniformidad”, por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión (así, ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto e incluye la discriminación a lesbianas, gays, travestis, personas trans, bisexuales, entre otros).

²⁷ Por ejemplo, en el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, la opción de formas alternativas de reconocimiento de derechos —como la unión civil— no alcanza a satisfacer el principio de igualdad, puesto que, en realidad, es una forma sutil de afirmar la diferencia entre personas en función de su orientación sexual.

ricano de los pueblos o comunidades indígenas, los afrodescendientes, las personas con discapacidad, las personas en situación de pobreza o indigencia, los niños o las niñas, las personas ancianas, las mujeres, los migrantes, entre otros.

3. LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Las cortes supremas o constitucionales y los tribunales de varios Estados de América Latina y el Caribe aplican el mandato de igualdad, se diría desde que nacieron como instituciones. Sin embargo, probablemente a partir de las últimas décadas del siglo xx empezaron a aplicar la máxima de igualdad como igualdad jurídico-material y en la versión del principio de no discriminación. Incluso esta tendencia se vio fortalecida cuando varias constituciones cobijaron el derecho internacional de los derechos humanos. Desde hace algunos años se observa una mayor cantidad de jurisprudencia que analiza las situaciones de desigualdad desde la concepción de la igualdad como no dominación; aunque por ahora, esta no sea la tendencia dominante, es probable que siga creciendo en presencia si es que los tribunales se siguen interpretando también como lugares en los que se pueden plantear reclamos para provocar discusiones que implican transformaciones estructurales.

A continuación, trabajamos con detenimiento jurisprudencia de diversos tribunales superiores de Estados de América Latina y el Caribe sobre igualdad. Esta jurisprudencia será clasificada según si la situación de desigualdad se origine por: *a)* la nacionalidad; *b)* la etnia; *c)* la edad; *d)* la discapacidad; *e)* la orientación sexual, y *f)* la pobreza o indigencia.

Cabe advertir que si bien trabajaremos en forma particular estas categorías de discriminación más corrientes en el ámbito latinoamericano, no olvidamos que en la mayoría de los casos los actos de discriminación no se producen por una sola causa, sino que existe una pluralidad de causas. Hablamos en estos casos de *discriminación múltiple* o *discriminación intersectorial*. De esta manera, los grupos discriminados padecen una situación com-

pleja que afecta distintos aspectos de su vida —social, educativo, laboral, etc.—, que no es fácil revertir, tornándose insuficiente las políticas públicas unidireccionales —es decir, aquellas que atacan solo una de las causas de discriminación—, pues se requieren políticas integrales que erradiquen la desigualdad en todos sus aspectos. En este sentido, sostuvo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la observación general 20 que “algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, por ejemplo, las mujeres pertenecientes a una minoría étnica o religiosa. Esa discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla”.²⁸

Así, por ejemplo, las mujeres padecen una “doble victimización ante las vicisitudes de «la naturaleza» —reproducción, gestación, enfermedades— y ante los varones —violencia, ejercicio irresponsable de su sexualidad—”.²⁹ Sin embargo, las causas pueden aumentar cuando se trata, por ejemplo, de mujeres indígenas o afrodescendientes.

3.1. Nacionalidad, migrantes

El contexto de América Latina y el Caribe presenta un panorama diverso relacionado con la movilidad de personas por el territorio de los diversos Estados, léase personas “extranjeras”, personas “migrantes”. A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se encontraba a Argentina, Uruguay, Brasil y Estados Unidos como paí-

²⁸ Sobre discriminación interseccional, véase entre otros, Kimberlé, Crenshaw, “Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, en *Stanford Law Review*, núm. 43, 1999, pp. 1241-1299; Góngora Mera, Manuel, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

²⁹ Pecheny, Mario y Dehesa, Rafael de la, “Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto”, en Aldao, Martín y Clérico, Laura, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Eudeba, Buenos Aires, 2010.

ses receptores de inmigración masiva. Los países receptores comenzaron —en uso de su “soberanía” estatal— a aprobar normas que restringían los derechos de las personas extranjeras que residían en sus territorios, a pesar de que algunas de las constituciones de esos Estados proclamaban los mismos derechos para todas las personas extranjeras residentes en sus territorios —por ejemplo, art. 20 de la Constitución argentina—. En este contexto particular surgen los reclamos de algunas personas extranjeras frente a situaciones puntuales de discriminación. Así, la Corte Suprema de Justicia argentina declaró la inconstitucionalidad de una norma provincial que exigía la nacionalidad argentina para ejercer la docencia en un establecimiento privado con reconocimiento oficial de nivel preescolar en el caso de una residente de Estados Unidos que había estudiado en Argentina y tenía título habilitante para el ejercicio de esa profesión.³⁰ Esta jurisprudencia se reitera —aunque con leves matices— cuando esa misma Corte declara la inconstitucionalidad de un artículo de una ley de la provincia de Córdoba que exigía la nacionalidad argentina para ingresar como personal permanente al régimen del “equipo de salud humana” de un hospital público. La actora, residente en Argentina de nacionalidad española, había trabajado por varios años en el mismo hospital como psicóloga —de manera no remunerada y cubriendo suplencias—, pero sin un cargo permanente. La Corte Suprema argentina exigió a la luz del principio general que consagra el artículo 16 de la Constitución argentina en favor de todos los habitantes y el reconocimiento pleno de los derechos de los extranjeros al ejercicio de su profesión (art. 20 constitucional): “una justificación suficiente de la restricción consagrada en la ley” —provincial—. Esta justificación agravada no fue satisfecha por el estado local, que se limitó a “una dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal que la ampare”.³¹ Esta jurisprudencia se reitera, pero con un examen de igualdad más analítico y estricto, en el caso *Gottschau*.

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, *Repetto, Inés M. vs. Provincia de Buenos Aires s/Acción de Inconstitucionalidad*, 8 de noviembre de 1988, en fallos 311:2272.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, *Caso Calvo y Pesini, Rocío vs. Provincia de Córdoba*, 24 febrero 1998, fallos 321:194/201.

En el caso *Gottschau*,³² la Corte Suprema de Argentina resolvió respecto de la (in)constitucionalidad de una norma de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que establecía el requisito de la nacionalidad argentina para acceder a un empleo público. Evelyn Gottschau, de nacionalidad alemana, pero radicada en Argentina desde 1983, lugar donde cursó sus estudios secundarios y universitarios —abogada—, se postuló en el concurso de secretarios de primera instancia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Su solicitud fue denegada en virtud de un artículo del Reglamento de Concursos (Acta 24/99).³³ La Corte Suprema argentina resolvió el caso aplicando el *examen de igualdad estricto*. La cuestión, sostuvo la Corte, radica en establecer si el requisito de la nacionalidad para acceder a un empleo público — en el caso, secretario de juzgado— forma parte de la *idoneidad* a la que se refiere el artículo 16 de la Constitución argentina. Con cita del caso *Hoof*,³⁴ sostuvo que “cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el *origen nacional*... corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”. A su vez, agregó que esta presunción de inconstitucionalidad “solo se podía levantar [...] con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica «adecuación» a los fines sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. Respecto del caso particular, indicó el tribunal que en tanto el cargo de secretario de juzgado no implica ejercer funciones de jurisdicción, la medida no resulta adecuada ni necesaria, pues existían otras alternativas como la extensión

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, *Gottschau, Evelyn P. vs. Consejos de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo*, sentencia de 8 de agosto de 2006.

³³ “Art. 10. En la solicitud, los postulantes deben acreditar el cumplimiento de los requisitos legales previstos para el cargo al que aspiren ... 10.1.4. si es argentino nativo o naturalizado.”

³⁴ Véase más adelante.

de la residencia, el lugar donde se cursaron los estudios, etcétera, para demostrar la idoneidad. Así, la Corte declara la inconstitucionalidad de la medida y ordena el dictado de una nueva sentencia. En este caso, entonces, la Corte deja en claro que cuando se trata de empleo público pero que no implica el ejercicio de la jurisdicción —¿funciones esenciales del Estado de derecho?— la distinción entre nacionales y extranjeros no está fundamentada. Las dudas giran respecto de las distinciones que surgen en relación con los cargos vinculados a las funciones “esenciales” del Estado. En un artículo sobre el requisito de nacionalidad, Guillermo Treacy propone que respecto de los

empleos en el sector público que impliquen el ejercicio directo y personal de funciones estatales (v. gr., la jurisdicción, cargos diplomáticos, militares, altos cargos en la Administración Pública) podría aplicarse el examen de mera razonabilidad. Podría darse como fundamento la importancia de los cargos —aunque este criterio es relativo—, como así también el hecho de que tales funcionarios tienen capacidades decisorias, que podrían comprometer la voluntad del Estado y acarrear, inclusive, su responsabilidad internacional.³⁵

En general, la Corte argentina actúa en los casos en los que las normas o los actos clasifican en perjuicio de los derechos de los extranjeros un examen de igualdad jurídica material de escrutinio estricto y declara la inconstitucionalidad de la norma atacada. Sin embargo, en ninguno de estos casos se deja vislumbrar un planteo de fondo de la situación de los extranjeros o migrantes en Argentina que suelen padecer situaciones de desigualdad estructural.³⁶ Así, los casos llegados a la Corte parecen responder

³⁵ Treacy, Guillermo, *op. cit.*, vol. IV, 603.

³⁶ Los migrantes de países limítrofes —de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay— y de no limítrofes —Perú— suelen ser maltratados desde el discurso dominante —muchas veces impulsado desde los discursos de ciertos medios de comunicación que en forma más o menos solapada le suele imputar cierto aumento de la “delincuencia y la inseguridad”—, así suelen ser llamados “bolitas”, “brasucas”, “chilotes”, “paraguas”, “perucas” y “yoruguas”. Suelen sufrir detenciones arbitrarias por la sola “portación de cara”, explotación laboral, denegación de acceso a la atención sanitaria, educación y vivienda. Véase Villalpando, Waldo, Feierstain, Daniel y Cas-

tanto en los planteamientos como en la resolución a cuestiones puntuales —una lectura distinta podría hacerse del caso *Reyes Aguilera*, que será tratado en un apartado posterior de este trabajo—. Un caso puntual de discriminación parece ser también la sentencia C-1058/03 de la Corte Constitucional colombiana que confirmó la constitucionalidad del artículo 473 del Código de Comercio sobre la exigencia de origen nacional del representante de toda sociedad extranjera que tuviere por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público —en Colombia—. La demandante consideró que dicha norma, al impedirle a los extranjeros ser representantes de las sociedades extranjeras que tengan esa finalidad, es contraria a la garantía de igualdad, prevista en los artículos 13 y 100 de la Constitución colombiana.³⁷ La Corte, reiterando su jurisprudencia, estableció que el artículo 13 impone un principio general de no discriminación. Sin embargo, ese principio no es absoluto. El artículo 100 permite la restricción o no reconocimiento de algunos derechos civiles a los extranjeros, siempre que exista una causa de justificación por razones de orden público: “Dichas restricciones deben ser expresas, necesarias, mínimas y estar dirigidas a la realización de finalidades constitucionales legítimas” (cons. 4.2). En el caso particular, la Corte estima que al tratarse de sociedades que tienen en sus manos el funcionamiento de los servicios públicos —servicios que “son inherentes a la finalidad social del Estado” y, que “se proyectan a cubrir necesidades básicas insatisfechas [...]” (cons. 4.3)— sumado al “impacto social y económico de las decisiones que pueden llegar a tomar las personas que ejerzan estos cargos [...], puede ser de tal magnitud que se afecte el orden público,

sino, Mirando, *La discriminación en la Argentina: diagnóstico y propuestas*, Eudeba, Buenos Aires, 2006, pp. 168 y ss.

³⁷ “Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica [...] Artículo 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros [...]”

aspecto este que fundamenta la restricción impuesta a los extranjeros en estos casos”.

Todos estos casos hablan de la aplicación del principio de no discriminación que atiende a desigualdades puntuales e individuales. En general, los casos que se han presentado respecto a distinciones fundadas en la nacionalidad³⁸ no implican discriminación a un grupo afectado por una desigualdad estructural.³⁹ Se diría, tal vez, que los reclamantes de todos estos casos no pertenecen a grupos de migrantes que se encuentran en una situación de desigualdad estructural por su condición de tal y/o de indigencia y/o de pobreza. Latinoamérica y el Caribe no solo se caracteriza por ser “exportadora” de más de 25 millones de personas, sino

³⁸ Sentencia T-768/98. En la sentencia T-123/11 se cuestiona la validez de los arts. 8, 12, 30, 47 y 66 (parciales) del decreto ley 356, de 1994, “por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada”. Específicamente los arts. 12 y 47 son cuestionados, pues establecen que los socios de las empresas de vigilancia y seguridad privada deben ser personas naturales y de nacionalidad colombiana, excluyendo concretamente a los extranjeros y a las personas jurídicas como potenciales socios de las empresas de vigilancia y seguridad privada. La Corte, retomando su jurisprudencia anterior, afirma que “la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar”. Así, concluye que si bien los arts. 12 y 47 de la norma demandada establecen un tratamiento diferencial que limita el ejercicio de algunos derechos y libertades, este se encuentra constitucionalmente justificado por cuanto persigue fines admisibles y para alcanzarlos utiliza medios razonables y proporcionales. A este fin, retoma la importancia del servicio de seguridad privada en Colombia, manifestando que “su ejercicio está ligado a la utilización de la fuerza en sus diversas manifestaciones, donde el manejo de armas de fuego y de otros implementos ligados a la seguridad hace que el riesgo de atentar contra la vida e integridad de seres humanos o de afectar sus bienes materiales esté siempre latente. En otras palabras, la vigilancia y seguridad privada es una actividad que por su naturaleza involucra elevadas dosis de riesgo social [...] por lo tanto se encuentra sujeta a la inspección, control y vigilancia del Estado [...]”.

³⁹ Sin embargo, puede leerse en este sentido el caso *Reyes Aguilera, D. vs. Estado Nacional*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina el 4 de septiembre de 2007. Asimismo, respecto de la distinción entre hombre y mujeres para adquirir la nacionalidad, véase Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, opinión consultiva 4/84, 19 de enero de 1984.

que además, algunos de esos países son receptores de más de seis millones de migrantes intrarregionales, a los que hay que sumar las personas que piden asilo o refugio y provienen de África o Asia, y las que se encuentran en tránsito en Centroamérica hacia Estados Unidos.⁴⁰ Esto involucra otra cuestión relevante de estudiar en la región: los migrantes intrarregionales que padecen diferentes discriminaciones en los países receptores.

Respecto de la situación migratoria, la Corte IDH⁴¹ sostuvo como principio general que:

Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que [...] dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio [...]. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa (cons. 118).⁴²

⁴⁰ Asa, Pablo y Ceriani Cernadas, Pablo, “Migrantes, derechos sociales y políticas públicas en América Latina y el Caribe: La universalidad en juego”, en Pilar Arcidiácono *et al.* (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, 2010, p. 334.

⁴¹ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva-18/03, 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

⁴² En el amparo en revisión 169/2008. Karina Andrea Smidt, 23 de abril de 2008, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México resolvió que “al otorgar un trato diferenciado para los extranjeros respecto de los nacionales, las autoridades migratorias por requerir solo a aquellos la autorización de la Secretaría de Gobernación para poder laborar y para que se les otorgue cierta situación migratoria respecto a su estancia en el país, no violan el principio de igualdad ante la ley, en relación con la garantía de libertad de trabajo. [Sin embargo] [...] las autoridades migratorias deben fundamentar y motivar cuidadosamente las resoluciones por las cuales niegan a un extranjero el cambio de característica migratoria en un sentido que le permitiría desempeñar actividades remuneradas en el país, pues solo así podrá determinarse [...] si aquellas están ejerciendo legítimamente el margen de apreciación concedido por la ley [...] o si están obrando en

El desafío tiene que ser leído en clave de no dominación. Como advierten Asa y Ceriani Cernadas, el desafío creciente es tanto para los países de origen como para las sociedades de acogida de migrantes.

La respuesta de los Estados, especialmente de destino, debe tener muy presente las necesidades y derechos de este grupo social. Las normas y las políticas públicas deben adecuarse a estos desafíos, pero no para arbitrar mecanismos de represión y discriminación sino para identificar las medidas más apropiadas para proteger sus derechos, interpretando los tratados internacionales de manera dinámica y progresiva.⁴³

Así, cabe preguntarse en qué medida la jurisprudencia interna puede ser un canal adecuado para plantear reclamos de igualdad. Al respecto, el caso paradigmático parece ser el de las niñas haitianas con residencia en República Dominicana llegado hasta la Corte IDH, que trabajaremos a continuación. Por lo demás, no suelen llegar gran cantidad de casos a los estrados judiciales, aunque organismos públicos y las ONG informen sobre las situaciones de discriminación y de dominación que padecen varios grupos de migrantes en la región.⁴⁴

En este sentido, por ejemplo, en República Dominicana padecen una situación de discriminación los haitianos y descendientes de haitianos que suelen ser trabajadores de la caña de azúcar.⁴⁵ La Corte IDH se pronunció en un caso contra Repúbli-

forma arbitraria y abusiva". IUS 2007 Jurisprudencia y Tesis Aisladas desde junio 1917 hasta diciembre de 2007. México Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación.

⁴³ Asa, Pablo y Ceriani Cernadas, Pablo, *op. cit.*, p. 341.

⁴⁴ Al respecto, véase Asa, Pablo y Ceriani Cernadas, Pablo, *op. cit.*

⁴⁵ Al respecto, sostuvo la Corte IDH que "las primeras grandes migraciones de haitianos hacia la República Dominicana ocurrieron durante el primer tercio del siglo xx, cuando alrededor de 100 mil personas se trasladaron a los campos azucareros de aquel país [...] Muchos migrantes haitianos pasaron a vivir de forma permanente en la República Dominicana, constituyeron familia en este país y ahora viven con sus hijos y nietos (segunda y tercera generación de dominicanos de ascendencia haitiana), quienes nacieron y han vivido en la República Dominicana [...]". Sin embargo, "la mayoría de los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana viven en condiciones de pobreza en zonas conocidas

ca Dominicana por una petición presentada ante la CIDH en favor de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Para comprensión de la petición, hay que detenerse en que las madres haitianas suelen dar a luz a sus hijos en sus casas en República Dominicana, dada la dificultad que tienen para trasladarse desde los *bateyes* hasta los hospitales de las ciudades, la escasez de medios económicos, y el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía “pedánea” y ser deportados. Esto conlleva que los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana recurran al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana. En el caso de las niñas Yean y Bosico, el Estado negó la nacionalidad solicitada mediante el procedimiento de declaración tardía, a pesar de haber nacido en territorio dominicano. La falta de reconocimiento de la nacionalidad ponía a las niñas en una situación de peligro inminente de ser expulsadas del país; además, no podían ingresar a la escuela ni acceder a servicios de salud y asistencia social por carecer de un documento de identidad.

El caso fue sometido a la Corte IDH. La Corte resolvió que el Estado dominicano violó los derechos a la adopción de medidas de protección, a la igualdad y no discriminación, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y al nombre de las niñas, al negarse a emitir los certificados de nacimiento e impedirles el ejercicio de derechos de ciudadanía debido a su ascendencia. La Corte estableció que “la importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos”. En consecuencia, ordenó al Estado la adopción de medidas para revertir la situación de discriminación histórica en sus sistemas de registro de nacimientos y su sistema educativo y, en particular, la adopción de un procedimiento sencillo, accesible y razonable, para que los

como *bateyes*, que consisten en asentamientos de trabajadores agrícolas que se ubican en torno a las plantaciones de caña de azúcar. En esos lugares los servicios públicos básicos son escasos. [...]”.

niños dominicanos de ascendencia haitiana obtengan su certificado de nacimiento. En este sentido, sostuvo que para la inscripción tardía de nacimiento, el Estado

deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. Los requisitos exigidos no deben constituir un obstáculo para obtener la nacionalidad dominicana y deben ser solamente los indispensables para establecer que el nacimiento ocurrió en la República Dominicana. Al respecto, la identificación del padre o de la madre del niño no puede estar limitada a la presentación de la cédula de identidad y electoral sino que el Estado debe aceptar, para tal fin, otro documento público apropiado, ya que la referida cédula es exclusiva de los ciudadanos dominicanos.⁴⁶

Este caso resulta paradigmático por dos cuestiones. Por un lado, la Corte IDH no solo reconoce la situación de dominación que padecen los niños haitianos o dominicanos con ascendencia haitiana, sino que ordena al Estado tomar medidas de acción positiva. En este sentido, si se leen las medidas reparatorias — apartado C de la sentencia de la Corte IDH— se puede ver cómo el caso incluye consideraciones para revertir una situación de sometimiento que padecen los niños y niñas, incluidos los migrantes. La Corte IDH le exigió al Estado que garantice el acceso a la educación primaria y gratuita a todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen. Estas medidas se convierten en medidas transformativas que intentan quebrar la situación de desigualdad que atraviesan estos niños en miras a obtener una igualdad real de oportunidades. Por otro lado, la Corte IDH habla de cómo la falta de acceso a la nacionalidad o el desconocimiento de la igualdad entre nacionales y extranjeros en la legislación interna —aunque las constituciones consagren iguales derechos para nacionales y extranjeros, sin obligación de nacionalización— afecta otros derechos que conforman lo que la Corte IDH llama “condiciones de existencia digna” —*Villagrán Morales*—.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 240.

Además, en muchos casos, las personas por ser extranjeras —o por no tener determinada nacionalidad—, especialmente las migrantes, padecen “discriminaciones múltiples”, esto implica que no solo son discriminadas por ser extranjeras, sino que además pertenecen a otros grupos desaventajados.

En lo que respecta a nacionalidad, un caso paradigmático —aunque por ahora excepcional en la jurisprudencia interna— es el caso *Reyes Aguilera* resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina. El caso trata de una niña de nacionalidad boliviana con una discapacidad que le impedía la movilidad de sus miembros, comunicarse verbalmente y alimentarse por cuenta propia. Se solicita una pensión a su favor, que le es denegada por la administración porque el artículo 1.e del decreto 432/1997 establecía respecto de las personas extranjeras un plazo mínimo de residencia de 20 años, para el otorgamiento de una pensión “por invalidez”. Dicho decreto tenía como objetivo “cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego, de manera palpable y potente, la subsistencia misma de la persona [...] carente de recursos o amparo”, situación en la que se encontraba la niña.

Caracterizamos a este caso como paradigmático porque pone en evidencia la fuerte discriminación que padecen los extranjeros en situación de vulnerabilidad, en este caso una niña proveniente de un país limítrofe —Bolivia—, en situación de discapacidad severa y de pobreza.

Si bien la Corte argentina declaró que el recaudo de residencia era inconstitucional cuando se encontraren reunidos los otros requisitos —invalidez y pobreza—, los votos de los magistrados tuvieron un eje argumentativo vinculado con cada uno de estos supuestos de discriminación. Los jueces Fayt y Zaffaroni argumentaron que el requisito de 20 años de residencia implica un desconocimiento de la seguridad social, derecho que se encuentra íntimamente vinculado con la vida, “cuya garantía, mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas” (cons. 7), más aun cuando se trata de la protección de los «más débiles». En el caso, aun cuando los jueces no lo mencionan expresamente, la debilidad consistía en ser una menor discapacitada y pobre (art. 75, inc. 23). Por otro

lado, los jueces Petracchi y Argibay se apoyaron en el argumento de la igualdad. Sostuvieron la presunción de inconstitucionalidad de toda categoría que distingue sobre la base de criterios prohibidos, categoría sospechosa (art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos): establecieron que la norma solo sería válida si supera un test de escrutinio intenso, recayendo en cabeza del Estado la carga de justificar que no existían alternativas menos lesivas para los fines sustanciales que se intentaban alcanzar mediante la norma impugnada (con cita de *Gottschau*, cons. 11). En el caso, los argumentos brindados por el Estado nacional “resultan ineficaces para revertir la presunción de inconstitucionalidad de la norma en cuestión” (cons. 12). El juez Maqueda sostuvo que si bien la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros no está prohibida, esto no releva al legislador de establecer requisitos razonables, es decir, que no impliquen desconocer el derecho. En el caso,

es la desproporcionalidad de la extensión del plazo lo que es inconstitucional. La irrazonabilidad del plazo consignado importa en los hechos que la aplicación de tal norma se traduzca en una discriminación indirecta ya que por las consecuencias que irroga, en la práctica, el beneficio de la pensión por invalidez estaría vedado para los extranjeros con residencia acreditada en el territorio argentino.⁴⁷

Tenemos entonces que la nacionalidad es un criterio de clasificación prohibido y que implica la aplicación de un examen estricto de igualdad. La jurisprudencia analizada nos permite observar que ha existido un cambio de paradigma en el concepto de igualdad, en el que se entendía la nacionalidad no solo como la categoría que distingue entre nacionales y extranjeros, sino también como una categoría que impide el acceso a determinados derechos fundamentales de las personas, aun cuando las mismas

⁴⁷ La minoría formada por los jueces Highton y Lorenzetti sostuvo que la distinción era constitucional, ya que el otorgamiento de una “pensión por Invalidez” constituye una facultad discrecional del Congreso, órgano que está facultado para imponer distintos requisitos y condiciones. Para un análisis crítico, véase Gargarella, Roberto, “Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo *Reyes Aguilera*”, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, 2007, p. 731.

se encuentren viviendo en el país. Vimos cómo este cambio de paradigma ha permitido reconocer derechos, principalmente a aquellas personas que no solo padecen una discriminación por la nacionalidad sino también, principalmente, a los migrantes y otros grupos que padecen una situación de desventaja estructural.

3.2. Etnia

En América Latina y el Caribe conviven diferentes grupos étnicos, siendo los indígenas o pueblos originarios,⁴⁸ la población afrodescendiente y la población asiática “objeto” de discriminación en el continente.

Los afrodescendientes constituyen una fracción muy significativa de la población regional, pues representan entre 20 y 30%. Sin embargo, la identificación de un afrodescendiente no está exenta de problemas. Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional colombiana que

[...] al momento de determinar la inclusión de un sujeto en una de las comunidades étnicas... *prima la conciencia de la pertenencia a tal comunidad, sus manifestaciones culturales, su historia y su proyección presente*. Esto implica que, si bien se puede seguir teniendo en cuenta el aspecto racial para determinar la pertenencia de una persona a un grupo étnico específico, tal factor no es definitivo ni prioritario. Hablar de protección de la comunidad negra, de manera exclusiva y excluyente por su color de piel es un acto discriminatorio.

De esta manera, el “aspecto racial” no debe ser un factor determinante para reconocer al sujeto como perteneciente a una determinada comunidad étnica.

Ahora bien, la totalidad o una gran cantidad de esta población se encuentra en una situación de pobreza mayor que la que padecen otros grupos.⁴⁹ Básicamente, las causas de esta desigualdad se

⁴⁸ Respecto de población indígena, véase el capítulo de este libro *Multiculturalismo-Indigenismo*, Tatiana Alfonso y Nicolás Espejo.

⁴⁹ *Políticas públicas para el avance de la población afrocolombiana: revisión y análisis*, publicación del Proyecto Regional “Población afrodescendiente

originan en que históricamente los afrodescendientes en América Latina y el Caribe han estado segregados, discriminación que se identifica con el hecho de la esclavitud padecida por sus ascendientes y con el mantenimiento de ciertas prácticas sociales que les impiden acceder en igualdad de condiciones a ciertos derechos.⁵⁰ A esto se suma el hecho de que existen escasos datos respecto de esta población, esto implica su invisibilización y la consiguiente imposibilidad de adoptar políticas públicas reparadoras o transformativas. Al respecto se ha dicho que “los censos y encuestas utilizados en América Latina no siempre incorporan la pregunta relativa a la identificación étnico-racial... Recientemente, en varios censos y encuestas de los países de América Latina se ha hecho operativa la identificación de los grupos étnicos a través de los criterios de la *lengua materna* y de la *autopertenencia* o *autoidentificación*”. Asimismo, “a estos aspectos hay que añadir las escasas posibilidades de participación en el sistema político. En efecto, en muy pocas excepciones, las poblaciones afroecuatorianas cuentan con representantes en los órganos de poder estatal y en los gobiernos seccionales como municipios y concejos provinciales”.⁵¹ Como consecuencia, la condición de afrodescendiente afecta el goce de otros derechos. Así, se ha dicho que “la

de América Latina”, en *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, 2010, consulta jul 2011, disponible en www.afrodescendientes-undp.org

⁵⁰ Rangel, Marta, “La población afrodescendiente en América Latina y los objetivos de desarrollo del milenio. Un examen exploratorio en países seleccionados utilizando información censal”, en *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2006; Góngora-Mera, Manuel, “Transnational Articulations of Law and Race in Latin America. A Legal Genealogy of Inequality”, *desiguALdades.net Working Paper Series*, núm. 18, 2012, Berlín: *desiguALdades.net* Research Network on Interdependent Inequalities in Latin America; Lucía Alicia, Aguerre, “Desigualdades, racismo cultural y diferencia colonial”, *desiguALdades.net Working Paper Series*, núm. 5, 2011, Berlín: *desiguALdades.net* Research Network on Interdependent Inequalities in Latin America.

⁵¹ Guerrero, Fernando, “Población indígena y afroecuatoriana en el Ecuador, a partir de la información censal del 2001”. *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2006.

situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra... ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural”.⁵² De esta manera, los afrodescendientes padecen de una desigualdad estructural que no proviene solo de la falta de acceso a ciertos bienes que resultan necesarios para poder salir de la situación de desventaja en la que se encuentran, sino que además padecen una falta de reconocimiento de su subjetividad como colectivo. En este último sentido, con la ola de reformas constitucionales que se da a partir de los años ochenta, en muchos de los países latinoamericanos se incorporan a las constituciones disposiciones de reconocimiento de derechos de estas comunidades, y se reconocen como países multilingües y multiculturales,⁵³ como asimismo se establece la necesidad de realizar acciones afirmativas para lograr erradicar la desigualdad que padecen los miembros de estas comunidades —en el acceso a la salud, la educación, la seguridad social, la participación política, entre otros—. En este sentido, se pronunció la Corte Constitucional colombiana en relación con las acciones afirmativas y las comunidades afrodescendientes en la sentencia T-1090/05 como forma de “asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Asimismo, diagnosticó que “existe consenso en que la formación escolar general no es un bien distribuido en forma equitativa en América Latina y, en el caso de los afrodescendientes en muchos de los países de la región, les lleva a enfrentar dificultades para acumular capital humano, lo que se refleja en su inserción laboral y en sus ingresos. La discriminación presente en el ingreso a la formación escolar general o en el acceso a la calidad de esta formación aumentará cuando las personas víctimas de la discriminación entren a competir en el empleo y la ocupación”.⁵⁴ Así, pronosticó como acción afirmativa que “la for-

⁵² Corte Constitucional colombiana, sentencia T-422/96.

⁵³ En este sentido, el art. 7 de la Constitución de Colombia; art. 1 de la Constitución de Ecuador, y art. 1 de la Constitución de Bolivia.

⁵⁴ Corte Constitucional colombiana, sentencia T-1090/05.

mación escolar es el punto de partida para acceder a más educación y mejores empleos”.⁵⁵

Sin embargo, la aplicación de estas medidas afirmativas no está exenta de problemas. Así pues, en el caso T-375/06 la Corte Constitucional colombiana se expidió respecto de la necesidad de realizar acciones afirmativas en lo que respecta al desarrollo educativo de los miembros de las comunidades afrocolombianas. Nellys Mejía Moreno se presentó ante la Universidad del Magdalena para ser admitida en la Facultad de Medicina como afrocolombiana, calidad que había sido reconocida por la Organización de Comunidades Afrocolombianas de la Zona Bananera. Dicha Universidad tiene un acuerdo con las comunidades afrocolombianas (núm. 0024-01), conforme al cual el establecimiento debe admitir a un estudiante *afro* en cada Facultad, siempre que el mismo alcance un determinado puntaje.⁵⁶ En este sentido, esta medida constituía una acción positiva respecto de la comunidad *afro*. Mejía Moreno había rendido el examen de admisión y alcanzado un puntaje mayor que el mínimo exigido, quedando en el primer puesto en la lista de aspirantes, sin embargo, no fue admitida. En consecuencia, Mejía Moreno inició una acción judicial porque encontraba la no admisión contraria a su derecho a la igualdad. La Universidad demandada alegó como principal punto de su argumento que “durante la entrevista se encontró que la

⁵⁵ Véase sentencia T-1090/05 de la Corte Constitucional colombiana; Marta Rangel, “La población afrodescendiente en América Latina y los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Un examen exploratorio en países seleccionados utilizando información censal”, en *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*. CEPAL, 2006.

⁵⁶ Acuerdo superior núm. 0024 de 2001: “Artículo 4. La Universidad continuará asignando... un cupo especial en cada programa de formación profesional, para bachilleres procedentes de comunidades afrocolombianas con asiento en el departamento del Magdalena. Artículo 5. Los aspirantes inscritos para competir por el cupo especial descrito en el artículo anterior, deben ser presentados por las autoridades comunitarias debidamente reconocidas... y competirán con los demás bachilleres inscritos bajo la condición de afrocolombiano, por el cupo especial. El ganador será, entre todos ellos, el que obtenga el puntaje más alto en el examen de admisión dentro del programa para el cual se inscribió el aspirante, siempre y cuando el resultado en el mismo sea igual o superior al 30% del valor total establecido”.

certificación de la pertenencia a la comunidad afrodescendiente no coincidía con la realidad, pues la fisonomía de la actora no corresponde a la de negritudes. Indica que, debido al mestizaje, la gran mayoría de «costeños» son en alguna medida afrodescendientes. No obstante, es claro que existen personas que no han tenido mayor mestizaje que sufren tratos inequitativos y pobreza. Este grupo de personas ha conservado sus tradiciones e identidad y merece especial trato”. Asimismo, adujo que había sido admitida otra persona *afro* en la Universidad —la que obtuvo el puesto posterior al de Mejía Moreno—.

Al respecto, la Corte sostuvo que las acciones positivas en materia educativa no pueden ser obstaculizadas por las autoridades encargadas de desarrollar los programas. Pese a que Mejía Moreno reunía todos los requisitos, como su fisonomía física no encajaba con los rasgos típicos —principalmente, color de piel— no fue admitida en la Universidad. Sostuvo la Corte que esto implica un trato discriminatorio contrario al artículo 13 de la Constitución colombiana y ordenó que se admitiera a Mejía Moreno en la Facultad de Medicina. La inconstitucionalidad de la no admisión de Mejía Moreno no desaparece por el hecho de que la Universidad haya aceptado a otra persona de la comunidad *afro*, pues esta admisión se realiza en otro programa de formación profesional —ingeniería pesquera—.

La misma postura es seguida por la Corte colombiana en el caso de *representantes de las comunidades afrodescendientes en las Juntas Educativas*. La sentencia T-422/96 se origina porque el Departamento Administrativo de Servicio Educativo Distrital —DASED— se había abstenido de designar en la Junta Distrital de Educación, al representante de las “comunidades negras”.⁵⁷ Alegaba que en la zona de Santa Marta no existían poblaciones de tales características. La Corte Constitucional Colombiana ordenó la designación de un representante de comunidades *afro* al interpretar que

al regular la composición y fines de las juntas distritales de educación, [se] introdujo una medida de igualdad promocional general,

⁵⁷ Dispuesto por el artículo 2 de la resolución núm. 507/95.

dirigida a favorecer a la comunidad negra... Una forma de asegurar que hacía el futuro la educación no sea un campo de discriminación, puede ser, como lo intenta la ley, que representantes de la población negra tomen asiento en la juntas distritales de educación, junto a los representantes de otros grupos y sectores de la sociedad y del Estado.

Los problemas de discriminación que debe enfrentar la población afrodescendiente también se verifican en Brasil. En este sentido, “los esfuerzos por combatir el racismo en Brasil han venido incursionando de manera creciente en el terreno del derecho. Primero se buscó establecer una legislación rigurosa que garantizara la severa punición de los actos racistas, y fue paulatinamente especificada y ampliada”.⁵⁸ Dicha legislación fue la base para el dictado de sentencias que condenan los actos racistas; sin embargo, estas medidas resultan insuficientes para lograr la igualdad de condiciones de la población afrodescendientes. Por ello se adoptan políticas compensatorias, tanto en el ámbito estatal como municipal, que implican el acceso preferencial de afrodescendientes a determinadas posiciones —por ejemplo, ley de cuotas en las universidades—. Estas acciones constituyen “medidas jurídicas preventivas y transformadoras, destinadas, por ejemplo, a garantizar un ejercicio igualitario de los derechos a la educación, al trabajo y a la libre búsqueda de formas de vida culturales”.⁵⁹

Sin embargo, estas medidas han sido cuestionadas alegando que implican discriminación, pues se fundan en criterios prohibidos de discriminación. En este sentido, en la acción directa de inconstitucionalidad 3.330-1 del Distrito Federal, el juez (relator) Carlos Ayres Britto se manifestó respecto de la constitucionalidad de ley 11.096, de 13 de enero de 2005, por la cual se instituía el *Programa Universidad para Todos (Prouni)*, siendo el objetivo principal el financiamiento del estudio de los afrodescendientes y los indígenas en las universidades privadas.⁶⁰ La *Confederação*

⁵⁸ Werle, Denílson *et al.*, “El horizonte de la política-Brasil y la agenda contemporánea de investigación en el debate internacional”, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (Ciesas), México.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Debe tenerse presente que el sistema de decisiones de Brasil es individual. Obtenidos todos los votos, la decisión final es la suma de los votos individuales.

Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) cuestionaba la constitucionalidad de la medida, pues resultaría contraria al, entre otros, principio de igualdad. El voto toma en cuenta dos cuestiones principales. Por un lado, remarca la importancia que tiene la educación para el ejercicio de la ciudadanía y la calificación para el trabajo, como un derecho social (art. 6 de la Constitución federal brasileña).

En este sentido, el Estado debe garantizar el acceso a los niveles más elevados de enseñanza (art. 205, V de la Constitución federal brasileña), debiendo ser, a su vez, una de sus políticas públicas de primerísima prioridad. Afirma que la normativa impugnada tiene como objetivos: *a*) el fácil acceso de estudiantes en desventaja económica a la educación universitaria, y *b*) el desempeño de las entidades de asistencia social en la educación superior. Por otro lado, en su voto, el juez resalta las implicancias del derecho a la igualdad y la no discriminación, como asimismo el efecto y la necesidad de establecer acciones positivas: sostuvo que la distinción se funda en factores históricos y culturales, ya que estos sectores brasileños —negros e indios— han sido históricamente desfavorecidos, culturalmente perseguidos e incluso asesinados. No es coincidencia que se encuentren en los sectores patrimoniales más bajos de la pirámide social (cons. 40). Por esto, la distinción *a favor* de los estudiantes que asistieron a las escuelas públicas y los graduados de las escuelas privadas que han obtenido una beca completa no ofende la Constitución, porque es un desequilibrio que implica una compensación de la previa inferioridad de hecho. Así, la deseada igualdad entre las partes se obtiene por el choque de las desigualdades, —una de hecho y otra jurídica, esta última para contrabalancear el peso de la primera— (cons. 41).

Vemos entonces que si bien existen avances en lo que respecta al reconocimiento de la igualdad de la población afrodescendiente, dicho grupo sigue padeciendo de una situación de opresión intersectorial, existiendo una estrecha relación entre pobreza y etnia. Esta situación impone la necesidad de adoptar políticas públicas no solo reparadoras, sino principalmente transformativas que impliquen avances importantes en el goce de la igualdad real de condiciones.

Se pueden identificar otros grupos residentes en la región, por ejemplo, la población asiática —chinos, taiwaneses, coreanos, etc.—, que también son “objeto” de discriminación. En este sentido, los informes sobre la situación actual de esta población en América Latina y el Caribe no son abundantes, como tampoco lo son las sentencias que se refieran a la desigualdad que padecen.

Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la sentencia 14.852, de 6 de octubre del 2006, condena a Ferreterías El Mar Sociedad Anónima, por el trato discriminatorio impartido a Tin Wong Yin. Wong acudió al local de la Ferretería, a fin de adquirir algunos artículos. Ya en el local fue interpelado por un empleado para que se retirara del lugar alegando que “aquí no queremos el ingreso de orientales”. Wong solicitó que le explicaran las razones que fundamentan ese trato. El empleado simplemente respondió llamando a un oficial de seguridad, quien obligó a Wong —arma en mano— a abandonar el local. La Sala Constitucional sostuvo que la discriminación contra Wong se fundó en *razones étnicas*, lo que implica un examen de igualdad riguroso que no fue desvirtuado por la empresa.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia argentina se pronunció en el caso *NI, I-Hsing s/carta de ciudadanía*, de 23 de junio de 2009. Estableció que no es un requisito la residencia legal para obtener la ciudadanía argentina, ya que la ley solo habla de residencia sin hacer distinciones. El caso se trataba de un ciudadano de nacionalidad china que vivía en el país desde hacía varios años y que había solicitado la carta de ciudadanía en varias ocasiones, siendo esta negada por la dependencia estatal de migraciones que alega que su residencia no contaba porque habitó en el país en situación ilegal.

Las sentencias analizadas muestran claramente que existe un compromiso por parte de los gobiernos latinoamericanos a reconocer derechos a grupos que han sido históricamente discriminados por su etnia. Esto se ha traducido en la implementación de acciones positivas o de discriminación inversa, que si bien por el momento parecen ser insuficientes, pues las mismas son

parciales,⁶¹ el desafío consiste en lograr una implementación progresiva y más amplia de las mismas. Siempre teniendo presente que la existencia de estos grupos “plantea el reto de construir una sociedad respetuosa de las diferencias entre personas y grupos distintos entre sí”.⁶²

3.3. Edad

Es común ver que el legislador utilice la edad como criterio para establecer diferencias de trato, por ejemplo, para obtener la licencia de conducir automóviles, para votar, para ejercer cargos electivos. De esta manera, no surge a primera vista que la edad sea un criterio que nos haga sospechar de la clasificación que arroja la norma. Así, varias cortes constitucionales han confirmado la constitucionalidad de normas que usan como criterio válido de selección la edad. En este sentido, alguna jurisprudencia interpreta que la edad no resulta por sí misma un criterio sospechoso, pero puede devenir en discriminatoria por los efectos que la clasificación produce en el ejercicio de un derecho. Así, la Corte Constitucional colombiana ha dicho que “[...] no todas las diferenciaciones por razón de la edad deben ser tratadas de la misma manera, ya que mientras no parece potencialmente discriminatorio que la ley exija edades mínimas para ciertos efectos”; por el contrario “resulta mucho más problemático que la ley establezca límites máximos a partir de los cuáles [sic] a una persona se le prohíbe realizar determinada actividad”.

A su vez, la edad se torna relevante para identificar a grupos desaventajados: niños y niñas, por un lado, y personas de edad avanzada, por el otro. Es cierto que la situación de vulnerabilidad de estas personas es aún peor si además se encuentran en situación de pobreza, de discapacidad, pertenecen a una etnia discri-

⁶¹ Por ejemplo, regulan solo el acceso a la universidad, pero nada dicen de las condiciones en las que los afrodescendientes pueden llegar a ella. Nos referimos, por ejemplo, a que muchos integrantes de las comunidades *afro* deben dejar sus estudios básicos para salir a trabajar por la situación de pobreza extrema en la que se encuentran.

⁶² Arango, Rodolfo, “Diversidad étnica, igualdad y derechos humanos”, en *Revista de Antropología y arqueología*, vol. 34, 2003, p. 25.

minada, son mujeres o niñas. En este sentido, debe resaltarse que tanto niños y niñas como personas ancianas fueron identificados por el constituyente argentino como colectivos dignos de una mayor protección, en clave de medidas de acción positiva para el ejercicio real de derechos en igualdad de condiciones (art. 75, inc. 23 de la Constitución argentina).⁶³

La Corte Suprema argentina decidió casos en los que se atacaban normas en las que la edad era utilizada como un límite máximo para continuar en un trabajo. Estos casos fueron resueltos aplicando el principio de no discriminación bajo utilización de un examen de igualdad entre leve e intermedio. En el caso *Domínguez, Alberto Roberto vs. U.N.R. s/amparo* aplicó un examen de mera racionalidad y confirmó así la constitucionalidad de una norma que impone el cese de los docentes universitarios al cumplir 65 años de edad. Las razones se deben a que alcanza a “la generalidad unánime del claustro, sin atender a diferencias personales de especie alguna” y “no obedece a ánimo persecutorio de ninguna índole sino que está concebida al margen de su eventual grado de acierto, que no cabe aquí analizar, únicamente como una pauta no irrazonable de organización de la carrera docente universitaria”.⁶⁴ Sin perjuicio de lo cual, en el caso *Franco*, bajo aplicación de un examen de igualdad con tendencia a un nivel de exigencia intermedio, declaró la inconstitucionalidad de una norma provincial que ponía un límite de 75 años al ejercicio de la escribanía en el territorio de la provincia de Buenos Aires.⁶⁵

⁶³ Véase Treacy, Guillermo, “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y ensayos*, núm. 89, Facultad de Derecho-UBA, Buenos Aires, 2011. Agrega incluso que algunos ordenamientos locales incluyen a la edad como motivo especialmente prohibido de discriminación. Tal es el caso del art. 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad tuvo oportunidad de referirse a la edad, fijada como requisito restrictivo de derechos, en el caso “Salgado, Graciela B. c/ GCBA”, del 21/11/2001 (disponible en: www.tsjbaires.gov.ar). Para una crítica de la aplicación de este análisis a las distinciones por edad, véase Sebastián Schwartzman, “¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?”, en *La Ley* 2002-F-455.

⁶⁴ Fallos 307:1963, de 15 de octubre de 1985.

⁶⁵ Véase comentario crítico al fallo en: Clérico, Lara, “Las ausencias argumentativas de la Corte Suprema en el caso *Franco*: sobre las limitaciones a las

También, la Corte Constitucional colombiana presenta líneas jurisprudenciales en las que la edad fue considerada como un criterio que requiere entre un examen leve a intermedio. Por ejemplo, ha señalado que la protección del libre desarrollo de la personalidad de una persona depende de su grado de autonomía, lo cual justificaría “ciertas injerencias” de los padres y de las autoridades en los niños, que serían inadmisibles en los adultos.⁶⁶ Incluso respecto de los adultos, ha considerado que la ley puede tomar en cuenta la edad como requisito para acceder a ciertos cargos o bienes y, por ejemplo, declaró la exequibilidad de la norma que establece que para ser notario la persona debe tener al menos 30 años, pues: “El señalamiento de una edad mínima para desempeñar cierta actividad no implica desconocimiento del derecho al ejercicio de la función pública y menos todavía vulneración del derecho al trabajo. El Estado tiene que buscar por distintos medios —uno de los cuales es precisamente este— la aptitud y madurez de las personas para asumir ciertas responsabilidades, en interés de la comunidad. Y no es que la edad *per se* otorgue una plena seguridad al respecto sino que ella, unida a otros requisitos —como el nivel de preparación académica y la experiencia adquirida en el campo de la profesión correspondiente—, otorga un mayor grado de confiabilidad en el titular del empleo en cuestión”.⁶⁷ Asimismo, consideró que no era discriminatoria una convocatoria de Colciencias para obtener una beca para hacer estudios de posgrado en el exterior, que exigía a los candidatos no ser mayores de 38 años. Sin embargo, la sentencia C-071 de 1993 (magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero) declaró la inconstitucionalidad de la norma que establecía que para ingresar a la carrera diplomática y consular era necesario tener menos de 30 años, pues:

En efecto, lo único que poseen las personas menores de treinta (30) años de edad respecto de las demás es juventud y mayor es-

concesiones de los registros públicos notariales provinciales”, en *Lexis Nexis-Jurisprudencia Argentina*, vol. JA núm. II, Buenos Aires, 2003, pp. 40-54.

⁶⁶ Véase, entre otras, las sentencias SU-642 de 1998, FJ 6 y SU-337 de 1999, FJ 26.

⁶⁷ Dispuesto por el artículo 2 de la resolución 507/95. Así, la sentencia C-676 de 1998, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

peranza de vida, que para el efecto es irrelevante y no justifica la discriminación. [...] Además una de las categorías de la población colombiana que amerita un particular reconocimiento laboral del Estado es la franja comprendida entre los años de juventud y la tercera edad, normalmente denominada “edad adulta”, para que se garantice su intervención en la vida económica, política y cultural de la nación. Incluso entre los 30 y los 64 años de edad las mujeres y los hombres atraviesan su época laboral más fecunda, dada su preparación académica y la experiencia que se ha adquirido a través de los años.

Ahora bien, como advertimos desde el comienzo, la desigualdad, cuando se refiere a personas de edad avanzada, requiere de especial consideración porque, combinada con otras causales de opresión —situación de discapacidad, pobreza, género, etnia—, constituye un grupo vulnerable. De acuerdo con un estudio reciente de la CEPAL:⁶⁸

El paulatino pero inexorable envejecimiento de la población de América Latina y el Caribe presenta dos características que preocupan: un ritmo más rápido que el registrado históricamente en los países desarrollados y un contexto caracterizado por una persistente desigualdad, un débil desarrollo institucional, sistemas de protección social de baja cobertura y calidad y una institución familiar muy exigida en materia de seguridad y protección. [...] Los derechos de las personas mayores han ido cobrando importancia para los gobiernos y desde hace algunos años esta preocupación se ha traducido en la creación de marcos legales de protección.

Sin embargo, ese mismo estudio alerta que “existe una amplia brecha entre la situación *de jure* y *de facto*, porque persisten insuficiencias en el ejercicio efectivo de estos derechos y, hoy en día, una parte importante de la población adulta mayor carece de acceso a prestaciones de seguridad social, servicios de salud o servicios básicos”. En la mayoría de los casos, esta “vulnerabilidad” no se basa simplemente en la edad de las personas, sino “en una generalizada precariedad de los dispositivos de protec-

⁶⁸ Huenchuan, Sandra (ed.), *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas*, Santiago de Chile, CEPAL, abril de 2009.

ción establecidos por los Estados. En otros casos, son expresión de una abierta desigualdad en función de los ingresos o bien de una escasa consideración de las necesidades de este grupo social como un asunto de política pública, producto de la arraigada concepción de que los problemas de la vejez son de orden privado y no objeto de solidaridad colectiva”. Esto ha llevado a que los Estados implementen diversas medidas de acción positiva pero, como advierte el estudio, estas son aún insuficientes debido a la situación de partida de desventaja de varias personas de edad avanzada.

Así, la sentencia dictada en mayo de 2009 por la Corte Constitucional de Ecuador habla de una medida de acción positiva implementada a favor de las personas ancianas de menores ingresos.⁶⁹ El caso trató la acción de inconstitucionalidad iniciada por un abogado en libre ejercicio profesional, quien solicitó a la Corte Constitucional que se declare *la inconstitucionalidad de una norma referida al personal de la Administración Pública que establece que los jubilados en general y los que reciban pensiones de retiro, solo podrán reingresar al sector público siempre que sus pensiones mensuales no superen los quinientos dólares estadounidenses*. La Corte entendió que la norma no implicaba una discriminación arbitraria, ya que la cuestión está en establecer si aquella diferenciación hecha por el legislador es o no legítima. Así, entiende que la diferenciación se traduce en igualdad de oportunidades a través de acciones positivas, las cuales son: permitir el reingreso al sector público de todos aquellos jubilados que perciban una renta mensual baja, y permitir el ingreso al sector público de todas aquellas personas que lo desean y aún no lo han hecho, por ser desempleadas. Por ello, considera que se está frente a un caso legítimo de discriminación positiva, que establece ventajas para un grupo desventajados —*jubilados y pensionistas del sector público que menos renta perciben por concepto de jubilación*— para alcanzar *igualdad material*. Por tanto, vemos que la Corte, con acierto, no aplica un examen de escrutinio estricto cuando la edad es utilizada para mejorar la situación del grupo que se encuentra en peores condiciones de ejercicio de derechos.

⁶⁹ Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 007-10-SIN-CC.

Por su parte, la Corte de Suprema de Justicia argentina resolvió tres casos⁷⁰ en los que ordenó a la obra social de los jubilados (PAMI) a la provisión gratuita de medicamentos para sus afiliados. En todos ellos estaba probado que los asociados no podían afrontar el costo de los fármacos e insumos y que sus enfermedades se encontraban en estado avanzado, respectivamente. En estos casos, las sentencias se convierten en medidas de acción positiva para lograr igualdad real en el acceso a los medicamentos.

Ahora bien, si la vejez es utilizada para empeorar la situación de los que están en peores condiciones, entonces, corresponde realizar un examen más cuidadoso de la clasificación. Dos casos de la Corte Constitucional colombiana se mueven en este sentido, es decir, cuando el tránsito hacia la vejez puede ser tomado como una imagen estereotipada de la persona que lleva a una discriminación arbitraria. En estos casos, se parece hablar de remover obstáculos normativos o interpretativos que tomen a la vejez como causal de discriminación.

La sentencia SU-224 de 1998 (magistrado ponente Hernando Herrera Vergara) se trataba de la petición de una madre comunitaria⁷¹ contra la decisión de la Administración que había decidido cerrar su hogar comunitario; la mujer se consideraba discriminada, pues entendía que el cierre se debía, entre otras cosas, a que ella había superado los 55 años. Esta es la edad máxima prevista por un acuerdo de esa entidad para poder ser madre comunitaria. La sentencia no amparó a la peticionaria, ya que interpretó que no resultaba claro que la edad hubiera sido la verdadera razón del cierre del hogar comunitario. No obstante, la Corte advirtió que “si la única circunstancia para retirar a la demandante era la de haber llegado a la edad máxima de 55 años, se hubiese podido configurar la violación del derecho a la igualdad, en el evento de que ello estuviese suficientemente acreditado por los medios legales pertinentes”. Este último criterio fue utilizado para justificar la sentencia T-394/99 (magistrada ponente Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano).

⁷⁰ CSJN, *Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, *Parraga Alfredo vs. INSSJ y P (ex PAMI) s/amparo y Papa Estela Ángela vs. I.N.S.S.J y P. s/amparo*, todos del 16 de mayo de 2006.

⁷¹ Una madre comunitaria es aquella que se ocupa de cuidar los niños que, por alguna razón, han sido separados de sus familia por el Estado.

El otro grupo de personas que históricamente ha sufrido estados de sometimiento por su edad es el conformado por niños y niñas. Nuevamente, la situación de desigualdad afecta con mayor intensidad y especialmente a niños y niñas en estado de indigencia o pobreza y/o en situación de discapacidad y/o afrodescendientes y/o de comunidades indígenas y que habitan zonas rurales. Varios Estados de América Latina y el Caribe han ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño y cuentan en sus constituciones y legislación con normas que especialmente hablan a favor de los derechos de niños y niñas, y algunos Estados han implementado medidas de acción positiva para la niñez —Asignación Familiar por Hijo, plan Bolsa, entre otras—. Sin embargo, estas acciones positivas son aún insuficientes para lograr igualdad real de condiciones. En este sentido, sigue retumbando en el trasfondo de la región las palabras pronunciadas en el caso paradigmático resuelto por la Corte IDH *Villagrán Morales* sobre niños de la calle, en el que sostuvo que los derechos —en el caso específico, el derecho a la vida y a la integridad física— se violan no solo por omisión estatal, sino también por incumplimiento de obligaciones positivas del Estado para generar condiciones de existencia digna, ya sea de niños y, agregó, en otros casos, de personas detenidas, de personas internadas, de comunidades indígenas.⁷² Respecto de cómo esa falta o insuficiencia de acciones positivas implica desigualdad para los “niños de la calle” agregó:

En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados parte de la Convención Americana, y una interpretación del dere-

⁷² La Corte IDH ha señalado en su jurisprudencia constante v. gr., *Caso Villagrán Morales y Otros (“Niños de la Calle”)*, 1999, párrs. 144 a 146; *Caso Bulacio*, 2003; *Caso Myrna Mack Chang*, 2003; *Caso del Instituto de Reeducación del Menor*, 2004; *Caso Huilca Tecse*, 2005; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párr. 120; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, párr. 232; *Caso Huilca Tecse*. Sentencia, de 3 de marzo de 2005. Serie C, núm. 121, párr. 66; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 158; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, núm. 110, párr. 129; *Caso 19 Comerciantes*, párr. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, párr. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, párr. 110; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70, párr. 172.

cho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad... (párr. 6.º). Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana... (párr. 8.º) Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear un proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no solo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúnmente también padecen el estado de abandono (párr. 9.º).⁷³

En este sentido, en la sentencia T-447/05, la Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre la edad como criterio de clasificación en relación con el derecho a la permanencia en el sistema educativo aplicando un examen de igualdad bien intensivo, en tanto se excluía a niños pobres de lo que se garantizaba a quienes se encuentran en mejores condiciones económicas y sociales. A su vez, obligó al Estado a implementar medidas de acción positiva para mejorar el acceso de los niños y niñas —de zonas rurales y pobres— a la educación secundaria. Se trata en el caso de unos niños que no pueden asistir a la educación básica formal, ya que el único colegio de bachillerato que existe en la región y el más cercano a ellos se encuentra a más de cuatro horas de camino. Sus padres son trabajadores rurales y la familia vive en condiciones económicas de pobreza. Los padres iniciaron acción de tutela contra el Estado para lograr que sus hijos fueran admitidos en el Sistema de Aprendizaje Tutorial (SAT), ya que la Secretaría de Educación Departamental denegó la petición de inscribirlos en el SAT porque una norma dispone que ese sistema solo está disponible para aquellos educandos que aporten como pruebas una certificación de haber aprobado quinto de primaria y un registro civil en el que se compruebe que cumplieron 15 años de edad. Los niños se encontraban terminando su educa-

⁷³ Votos concurrentes de los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade y Alino Abreu Burelli.

ción básica primaria con edades que oscilaban entre los 10 y los 12 años de edad. En la sentencia T-612/06 afirma que

por mandato constitucional el Estado debe de ofrecer y garantizar el acceso y permanencia en el sistema de educativo, pero, además, jurisprudencialmente, se ha señalado que no pueden existir limitaciones discriminatorias que imposibiliten a las personas interesadas en formarse académicamente el acceso al conocimiento. Las únicas limitaciones aceptables serán aquellas que por razones de técnica académica y metodología del aprendizaje influyan de manera positiva, para que los educandos aprovechen y se beneficien al máximo del proceso educativo. *En esta medida, la edad, como factor de clasificación de los sujetos activos en el proceso educativo, puede tomarse como criterio de categorización del alumno en alguno de los niveles del sistema nacional de educación, ya sea bajo el esquema de una educación formal o no, pero no podrá servir para excluir o no permitir el acceso del estudiante al sistema educativo. Si ello ocurre se impone un trato discriminatorio, violando en consecuencia el derecho a la igualdad. Circunstancia que se presenta en este caso, pues se imposibilita a los menores de 15 años, que han terminado su educación primaria o que están próximos a ello, continuar su proceso formativo.*

La Corte concluye que no puede aceptarse el argumento de la edad para excluirlos basados en el grado de madurez y responsabilidad de los estudiantes, características estas que se adquirirían, según la norma atacada, a partir de los 15 años de edad. Para la Corte, el solo deseo de permanencia en el sistema educativo expuesto por los accionantes debe tenerse en cuenta como criterio de madurez para admitir a los niños al programa. Como remedios, ordena que la Secretaría de Educación deberá implementar procesos educativos, de educación básica secundaria, continuos y completos que consideren las condiciones geográficas en que se localiza la potencial población estudiantil, así como sus condiciones económicas y sociales. Pero mientras esto no ocurra, los niños y niñas de la región deberán ser admitidos a la única alternativa viable para continuar con su proceso educativo, hasta la fecha.

La situación de desigualdad basada en la niñez debe ser una circunstancia de especial consideración de los jueces en los casos en que se reclame por el derecho a la salud de niños y niñas,

según la Corte Suprema de Justicia argentina. Esa Corte decidió varios casos a favor del derecho a la salud de niños y niñas que no accedían a los tratamientos por su situación económica o social y, además, la situación se agravaba porque los niños se encontraban en estado de discapacidad. En la mayor parte de los casos, el estado de salud de los niños era grave y la prestación requerida era de carácter urgente. Todos estos casos fueron resueltos a favor de los derechos de los niños. Para ello se realizaron consideraciones de igualdad; incluso, la Corte Suprema argentina alertó a los jueces inferiores que cuando está en juego el interés superior de un niño, los jueces deben dejar de lado los formalismos y buscar una solución urgente al problema.⁷⁴ Sin embargo, la mayor parte de estos casos habla de soluciones puntuales. Así, la Corte no realiza consideraciones referidas a que la reiteración de estos reclamos devela insuficiencias estructurales del sistema de salud que implican desigualdad, entre otros, para niños y niñas.

3.4. Discapacidad

De acuerdo con informes recientes, más de mil millones de personas viven en todo el mundo con alguna forma de discapacidad. Respecto de esas personas, alrededor de 200 millones experimentan dificultades considerables en su funcionamiento. En todo el mundo, las personas con discapacidad “tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad”.⁷⁵

Las razones de esta desigualdad son conocidas: “los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios que muchos de nosotros consideramos obvios, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información. Esas dificultades se exacerbaban en las comunidades menos favorecidas”.⁷⁶ Ante esta situación, la obligación en

⁷⁴ Corte Suprema argentina, *Caso Maldonado* de 23 de noviembre de 2004, fallos 327:5210; *Caso Lifschitz* de 15 de junio de 2004, fallos 327:2413.

⁷⁵ OMS, Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.

⁷⁶ *Idem*.

términos igualitarios es “emancipar a las personas que viven con alguna discapacidad y suprimir los obstáculos que les impiden participar en las comunidades, recibir una educación de calidad, encontrar un trabajo digno y lograr que sus voces sean escuchadas”.⁷⁷

Al respecto, no se trata solo de aprobar medidas que remuevan obstáculos y medidas de acción positivas, se requiere también que estas sean implementadas y cumplidas en forma continua y sistemática. Por ejemplo, según el documento citado de los informes de los países que tienen leyes sobre accesibilidad, aun en el caso de que estas tengan una antigüedad de 20 a 40 años, confirman un bajo nivel de cumplimiento. Otro tanto podría predicarse de las leyes sobre protección integral de las personas con discapacidad tendentes a lograr igualdad real en el ejercicio del derecho a la salud y a la educación entre otros.

La jurisprudencia de los tribunales y cortes superiores de América Latina y el Caribe da cuenta de estos incumplimientos⁷⁸ y de las formas diversas de discriminación que padecen, “que van desde la discriminación directa, como, por ejemplo, la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más «sutiles» de discriminación, como, por ejemplo, la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales”.⁷⁹ Al respecto, es ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana cuando realiza una especie de reconstrucción retrospectiva de sus sentencias sobre las personas con discapacidad y establece que: “[...] ha reconocido la situación de marginación social en que ha permanecido la población con discapacidad a lo largo de la historia⁸⁰ y ha señalado que tal reconocimiento impone la toma de decisiones con el fin de remover los obstáculos que impiden su adecuada integración social en igualdad de condiciones reales y efectivas”.⁸¹ En aras de lograr dicha igualdad, se hace necesario que el Estado tome

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Respecto de Argentina, véase www.rals.org.ar/jurisprudencia.htm

⁷⁹ Comité DESC de la ONU, OG núm. 5.

⁸⁰ Véase al respecto la sentencia T-823/1999.

⁸¹ Sentencias T-595/2002, T-983/2002, T-065/1003, T-401/2003.

medidas de diferenciación positiva en favor de las personas con discapacidad. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la omisión del trato especial a esta población puede constituir una medida discriminatoria “por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones”.⁸²

Una forma de aislamiento que padecen las personas con discapacidad está ocasionada por la imposibilidad de acceso a determinados lugares por las diversas y múltiples barreras arquitectónicas que presentan casi todas las ciudades de América Latina y el Caribe. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se pronunció en la sentencia de 27 de febrero del 2009 sobre un amparo interpuesto por una persona con discapacidad, Johnny Chinchilla Barboza, contra la municipalidad del Paraíso, por violar el derecho de igualdad e impedir la libertad de tránsito. Peticionaba la mejora de varios aspectos de la infraestructura urbana, ya que no existían rampas o pasos entre las aceras y las calles que permitan el acceso al comercio, tampoco existían semáforos audibles que permitieran un cruce seguro de las calles para las personas con discapacidad visual, ni tampoco paradas de autobuses. Por su parte, la municipalidad pidió que no se hiciera lugar al amparo, ya que estas mejoras estaban incluidas como prioridades en una política de inversión y, además, que como los recursos económicos son escasos, debían elegir prioridades. La Corte hace lugar al amparo porque entiende que: “El Estado y la sociedad en general, tiene la obligación de eliminar progresivamente las «barreras arquitectónicas» que les dificultan o impiden el libre tránsito a esta personas...”, y “situaciones así no hacen más que negarle a esta población la posibilidad de insertarse en la sociedad de mane-

⁸² Sentencia T-401/2003. Véase las sentencias T-427/1992, T-441/1993. Sobre el tema de los beneficios del retén social en favor de los discapacitados, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-792/2004, T-602/2005, T-1031/2005, T-626/2006.

ra natural y realizar sus actividades de forma adecuada”. Agrega que, más allá de las promesas dadas por la municipalidad, se están violando derechos fundamentales de las personas discapacitadas —en especial, el *derecho a una vida independiente*—, por lo que se debe arribar a una solución en un plazo inmediato, ya que no pueden sujetarse el ejercicio de estos derechos a cuestiones presupuestarias.⁸³

La Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre la cuestión de accesibilidad y movilidad en un caso en el que la alcaldía mayor de Bogotá se negaba a otorgar permiso de circulación en su vehículo particular a una persona que sufría de una cuadriplejía espástica —disminución de la fuerza muscular en las cuatro extremidades— durante las horas de restricción vehicular “pico y placa”. Al respecto, concluyó que esta negativa configuraba una vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la autonomía y a la libre circulación por omisión del deber de trato especial, con lo que ordenó la entrega del permiso.⁸⁴ Asimismo, respecto del uso del servicio de transporte masivo *Transmilenio*, por una persona en situación de discapacidad que debía desplazarse en silla de ruedas, consideró que

la libertad de locomoción tiene una dimensión positiva y de orden prestacional cuya realización requiere, sobre todo en las grandes ciudades, un adecuado servicio público de transporte, que, además, debe estar regido por el principio de la progresividad, de manera que las prestaciones protegidas por un derecho requieren la adopción de políticas, planes y programas enderezados a avanzar gradualmente hacia el goce efectivo de los derechos por parte de todos los habitantes, y especialmente su disfrute por parte de ciertos grupos sociales, como la población con discapacidad.

Así, “se desconoce la dimensión positiva de un derecho fundamental... cuando ni siquiera se cuenta con un plan que con-

⁸³ En sentido similar se pronunció en la sentencia dictada el 13 de febrero del 2009 sobre el amparo interpuesto por Delroy Morgan González, persona discapacitada que usa silla de ruedas, contra la municipalidad de Guácimo, por haber violado su derecho a la libertad de tránsito debido al mal estado de las aceras y falta de rampas.

⁸⁴ Sentencia T-823/1999.

duzca, gradual pero seria y sostenidamente a garantizarlo y protegerlo”. En consecuencia, ordenó a Transmilenio, S.A. diseñar un plan orientado a garantizar el acceso del actor al sistema de transporte público básico de Bogotá, “sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas”. Esta jurisprudencia pone de manifiesto que las medidas de acción tendentes a remover obstáculos para lograr accesibilidad también implican obligaciones para las empresas concesionarias de servicios públicos.

Las personas con discapacidad también tienen dificultades para el acceso al sistema educativo, ya sea en general o que responda a alguna modalidad especial. Al respecto, surge que:

La formulación de políticas no siempre tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad, o bien no se hacen cumplir las políticas y normas existentes. Por ejemplo, en lo referente a las políticas educativas inclusivas, una revisión de 28 países que participaron en la Iniciativa Vía Rápida de Educación para Todos comprobó que 18 de ellos proporcionaban muy poca información sobre las estrategias propuestas para incluir a los niños con discapacidad en las escuelas, o no mencionaban en absoluto la discapacidad o la inclusión. Un déficit habitual en las políticas educativas es la falta de incentivos económicos y de otro tipo orientados a que los niños con discapacidad acudan a la escuela, así como la falta de servicios de apoyo y protección social para los niños con discapacidad y sus familias.⁸⁵

La jurisprudencia de la región da cuenta de estos obstáculos convertidos en reclamos judiciales.

En la sentencia dictada el 23 de enero del 2009, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se pronunció sobre un amparo interpuesto por una persona con discapacidad contra el Centro de Enseñanza Especial de Heredia y el Ministerio de Educación Pública, porque se le inscribió, pero en la lista de espera en el nivel de III Ciclo de los Centros de Enseñanza Especial (en el área de “Retraso Mental”), debido a que el cupo de estudiantes previsto para ese curso estaba completo.

⁸⁵ OMS, Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.

La Corte hace lugar al amparo y ordena la matriculación del amparado en ese centro educativo.⁸⁶ Para ello, constató que en el caso había una clara violación al artículo 14 de la ley 7.600 que determina que el

Estado garantizará el acceso oportuno a la educación a las personas, independientemente de su discapacidad, desde la estimulación temprana hasta la educación superior. Esta disposición incluye tanto la educación pública como la privada en todas las modalidades del Sistema Educativo Nacional. Esta violación implicaba además el derecho a la educación del tutelado, pues le fue negada a este la matrícula en el Centro de Enseñanza Especial, a pesar de que dicho centro educativo es la institución que puede brindar el servicio educativo que mejor responde a las necesidades y características del amparado, tal y como afirma la directora del mismo en su informe.

Respecto al acceso a la educación universitaria, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica trató el amparo interpuesto por una persona “no oyente”, que usaba audífonos y se comunicaba por medio del lenguaje de señas, contra la Universidad San Isidro Labrador, por impedirle matricularse nuevamente por su falta de audición.⁸⁷ La Universidad le había otorgado una beca completa a cambio de que el peticionante realizara 40 horas de trabajo comunal por cuatrimestre. Debido a que no le asignaban tareas de acuerdo con sus capacidades, el recurrente solo pudo realizar 19 horas. Sobre la base de la falta de horas trabajadas, la Universidad le deniega la rematriculación para el segundo cuatrimestre. La Corte hace lugar al amparo y ordena la matriculación basándose en la obligación de garantizar “igualdad de oportunidades, mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad”. Considera que las autoridades universitarias tenían conocimiento de la discapacidad de la demandada, debido a su notoriedad y por haberle otorgado una beca completa, “[...] en el centro educativo recu-

⁸⁶ Res. 2009-00938.

⁸⁷ Res. 2009002773.

rrido debió brindársele, oportunamente, a la agraviada los servicios de apoyo y las ayudas técnicas (así como las adecuaciones curriculares) que requería con el fin de garantizarle el ejercicio de su derecho a la educación”. Por ello, ordena a la Universidad que adopte las medidas necesarias y que ejecute las acciones pertinentes, a fin de facilitarle a la amparada el disfrute pleno de las adecuaciones curriculares que requiere en razón de su discapacidad.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia argentina se pronunció sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad en clave de obligaciones de prestación que debe realizar el Estado para garantizar igualdad de condiciones. En el caso *Lifschitz*,⁸⁸ la Corte argentina ordenó al Estado nacional otorgar un subsidio que permitiera solventar los gastos de educación y transporte de un niño discapacitado cuyos padres no contaban con recursos económicos suficientes y ante la falta de vacantes en las escuelas públicas y servicios de transporte especiales. La Corte sostuvo que era evidente que el sistema de transporte público no podía ser utilizado por quien no puede valerse por sí mismo y que era el Estado quien debía probar que había vacantes en los sistemas de educación pública. En consecuencia, resolvió que el Estado debía otorgar el subsidio hasta en tanto demostrara que los padres del niño contaban con los medios económicos para sufragar estos gastos o que había vacantes en escuelas públicas especiales y un transporte público adecuado. La cuestión en el caso *Lifschitz* también presenta un tema de violación de la prohibición de discriminación, porque todos los niños tienen derecho a acceder a la educación formal. Este niño se veía impedido a acceder a la educación por su situación de discapacidad. No había vacantes en las escuelas públicas cercanas y los medios de transporte no estaban preparados para que esta persona con discapacidad pudiera moverse por sus propios medios y así acceder a una escuela que respondiera adecuadamente a sus necesidades e intereses. Además, el niño se encontraba en desigualdad de condiciones de aquellos otros que poseían una obra social o subsidio estatal para la educación especial. En este caso, la discriminación se da por causa de su condición social, sumado a que

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 327:2413, 2004.

pertenece a un grupo vulnerable o desaventajado (personas con discapacidad, art. 75, constitucional inc. 23).⁸⁹

Respecto del tema de los subsidios para la educación especial, la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia C-559 de 2001, declaró la inexecutable de una parte de una norma que señala que los hermanos huérfanos de padre y los hijos inválidos o de capacidad física disminuida percibirían doble cuota del subsidio familiar si recibían educación o formación “profesional especializada” en establecimiento idóneo. La Corte consideró que el beneficio debería ser para todo tipo de formación —siempre y cuando fuera proporcionada por un establecimiento idóneo— y que no debía limitarse a que se tratara de un establecimiento especializado, es decir, encargado de manera exclusiva de la formación de personas con algún tipo de limitación. Puntualizó que las dificultades adicionales que puedan tener las personas con discapacidad en instituciones educativas ordinarias no justificaba que el beneficio en cuestión estuviera limitado a quienes optaban por instituciones educativas especializadas. Advirtió que:

[...] resulta pertinente reiterar la preceptiva reseñada, con arreglo a la cual los discapacitados deben ser acogidos por las instituciones educativas sin discriminación alguna, aplicando integralmente estrategias y métodos pedagógicos adecuados a las especiales características de dichos destinatarios, dentro de una prosecución epistemológica participativa que sin perder de vista las diferencias sustanciales que se dan cita en todos los grupos humanos, adelante los respectivos programas académicos buscando la satisfacción individual y colectiva de todos los alumnos, descartándose por tanto cualquier conato institucional o personal de otear a

⁸⁹ Véase la sentencia reciente de la Corte Suprema argentina recaída en el Caso *Quisberth Castro* (2012) en el que condenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a realizar acciones positivas adecuadas y suficientes, para que el niño que padecía una discapacidad grave y vivía con su madre en la calle, tengan acceso a una vivienda digna. Laura, Clérico, “Sobre la insuficiencia desde el prisma de la igualdad real: pistas para evaluar una violación del derecho a la vivienda”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012; Gustavo, Caramelo Díaz, “El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012.

los discapacitados como “plantas exóticas” que se deben mantener a raya.⁹⁰

Respecto de la educación inclusiva, la Corte Constitucional colombiana es el Tribunal Superior de América Latina que mayor cantidad de jurisprudencia registra sobre el tema. En su sentencia T-429/92, trató el caso de una niña a quien se le condicionó el ingreso a tercer año de bachillerato a la presentación previa de los resultados de un encefalograma y un diagnóstico neurológico, por cuanto sus profesores consideraban que tenía dificultades de aprendizaje y, en consecuencia, requería educación especial. El juez de instancia concedió el amparo, pero dispuso que el padre de la niña debía demostrar, dentro del término de cuatro meses, que ella no precisaba educación especial. La Corte decidió que la permanencia de la niña en el bachillerato no podía estar condicionada a la aportación por parte de sus padres de prueba alguna que certificara si la niña requería o no atención especializada. Consideró que el derecho a la educación de los niños y las niñas es un derecho fundamental prevalente y que, por consiguiente, “el Estado debe asegurarles las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”. En este caso, adicionalmente, tuvo en cuenta que a la niña se le debía garantizar un proceso educativo que atendiera el principio de integración, esto es, en el sistema general de educación, por cuanto la segregación de los niños con algún tipo de limitación “sociocultural, psicoafectiva, cognoscitiva o neurocortical” en instituciones de educación especial implicaba una discriminación, ya fuera directa o indirecta. Y con cita de su anterior jurisprudencia advirtió que:

Desde sus orígenes [los niños “con limitaciones”] son ubicados, con todas sus consecuencias, en el centro mismo del paradigma normal-anormal, con una alta carga de discriminación implícita o explícita, a la cual contribuye en buena medida la propia rotulación. Surge así, pues, una desigualdad que habrá de incidir negativamente en las oportunidades diversas ofrecidas a los niños, según que se

⁹⁰ Véase C-174/04 donde se sostuvo que si bien las acciones positivas se basan en categorías sospechosas es válido por su función compensadora respecto de las personas con discapacidad.

hallen ubicados en los terrenos de la normalidad o de la anormalidad, respectivamente. [...] La educación ordinaria, por el contrario, es la que se ofrece a todos los niños sin reparar en sus eventuales limitaciones o necesidades especiales. Supone el acceso y permanencia al mundo de lo común y corriente, vale decir, de la cotidiana normalidad. Los procedimientos y prácticas pedagógicas son, pues, los requeridos para la formación del niño “normal” [...] La igualdad de oportunidades es no solo condición necesaria de la democracia constitucional contemporánea sino parte consustancial del Estado social de derecho en que se ha transformado Colombia, por virtud de lo dispuesto en el artículo primero de su Constitución vigente. Implica no solo la ausencia de discriminaciones sino también ayuda efectiva para que quienes se encuentren en situación de inferioridad o desventaja puedan remediarlas eficazmente.⁹¹

Así, la Corte Constitucional colombiana se pronunció en jurisprudencia constante por la formación escolar de los niños con discapacidad dentro del sistema general de educación, antes que en sistemas especiales que los aislen, al considerar que la primera favorece en mayor medida la integración y rehabilitación de los niños y niñas a la sociedad⁹² resumida en la siguiente regla: las instituciones del sistema de educación general tienen el deber de

⁹¹ En el mismo sentido, se resolvieron las sentencias T-1134/2000 y T-974/2010.

⁹² En sentencia T-513/1999, la Sala Sexta de Revisión reiteró este precedente al revisar los fallos proferidos dentro del trámite de la acción de tutela presentada en favor de un menor que padecía parálisis de las piernas e hidrocefalia, y a quien las directivas de una institución educativa le impedían el ingreso al plantel. Este fallo destacó que el principio de integración obedece a claros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, como el art. 47 de la Constitución política y las leyes 115 de 1994 y 361 de 1997. De igual manera, en sentencia T-1482/2000, la Corte dio aplicación al principio de integración en el caso de varios menores cuyas aulas especiales fueron cerradas. La institución educativa en la que se encontraban ofreció, entonces, como alternativa para los niños su integración a las aulas regulares, lo cual, en criterio de sus padres, constituía una vulneración del derecho a la educación especial de los menores. La Sala Segunda de Revisión señaló que la normatividad colombiana que rige la materia encontró un punto intermedio al establecer la integración, pero con apoyo especializado, tal y como se dio en el caso puesto en su conocimiento, lo cual le permitió colegir que no se presentaba vulneración de derecho fundamental alguno de los menores en cuyo nombre había sido invocada la acción de tutela.

permitir a las personas con discapacidad el acceso a tal derecho en entornos integrados, a fin de contribuir en su proceso de integración social, así ello implique un esfuerzo adicional razonable de su parte, pues tal proceso debe ser impulsado por directo mandato constitucional.

Respecto de las condiciones de acceso a los sistemas de salud, las personas con discapacidad suelen padecer la falta de financiación efectiva de los sistemas. Por ejemplo, en los países de ingresos altos, entre 20 y 40% de las personas con discapacidad no tienen cubiertas sus necesidades de asistencia para las actividades cotidianas. En muchos países de ingresos bajos y medianos, los gobiernos nacionales no pueden proporcionar servicios adecuados, y los proveedores comerciales de servicios no están disponibles o no son financieramente asequibles para la mayoría de las familias.⁹³ Un análisis de la Encuesta Mundial de Salud de 2002-2004, en 51 países señaló que las personas con discapacidad tenían más dificultades que las personas sin discapacidad para obtener exenciones o reducciones de los costos de atención de salud. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia argentina posee una jurisprudencia copiosa referida al derecho a la salud. Varios de esos fallos encuentran como actores de la petición a personas con discapacidad —tratándose en la mayor parte de los casos de niños, ancianos o mujeres—.

Al respecto, el caso *Campodónico de Beviacqua vs. Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas*⁹⁴ es representativo de esta jurisprudencia. El caso trataba de un niño con discapacidad que padecía desde su nacimiento el mal de “Kostman”. Desde entonces, recibía en forma gratuita del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que padecía en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas. Ese Banco informó a los padres del niño que iba a interrumpir la entrega de la medicación. Alegaba que el niño poseía obra social; que asimismo podía pedir un subsidio para la compra del medicamento al estado

⁹³ OMS, Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia argentina, sentencia de 24 de octubre de 2000, Fallos: 323:3229.

provincial —por encontrarse domiciliado en la provincia de Córdoba— o al Estado nacional a través del Ministerio de Desarrollo Social. Sostenía que si le seguía entregando el medicamento al niño, le estaba quitando la posibilidad de otorgarlo a otras personas que padecen cáncer y que requieren esa medicación.

Los padres del niño iniciaron una acción de amparo contra el Estado nacional, atacando la acción de interrupción de la droga. El caso llegó por apelación a la Corte Suprema, quien ordenó al referido Banco a que siguiera entregando la droga. Este medio atacado —la interrupción— no era idóneo en el caso concreto para proteger en forma adecuada la salud del niño pues su enfermedad seguía siendo grave y requería el medicamento en forma urgente. Por lo demás, si bien poseía la cobertura de una obra social, esta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento. Además, el niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de “urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescrito para salvaguardar la vida y la salud del niño”, por la que el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al niño, hasta que resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación. Por último, tampoco fue una razón de peso suficiente alegar que no se trataba de una enfermedad oncológica, porque si bien no lo era, su tratamiento requiere de la misma droga que se necesita para el tratamiento de cáncer. Por ello, el niño se encontraría en la misma situación de hecho que los enfermos de cáncer que recibían la droga del Banco, siendo irrelevante el nombre de la enfermedad.

La Corte esboza un argumento de igualdad cuando sostiene que al interrumpirse la prestación del medicamento prescrito para tratar su enfermedad, el Estado estaba poniendo al niño con discapacidad por su condición social —que es otra de las causas de prohibición de discriminación—, en desigualdad de condiciones respecto de aquellas personas que estaban en la misma situación de enfermedad o semejante y sí estaban recibiendo la medicación, ya sea porque acceden por sus propios medios o se la estaba entregando la obra social, la empresa de medicina prepagada o el Estado nacional o provincial. Desde el punto de vista de la relevancia de la situación, todos aquellos que padecen

una enfermedad semejante, sea o no cáncer, y que necesitan alguna medicación, se encuentran en igualdad de condiciones. Si alguien recibe el medicamento y el niño no lo recibe, estamos en presencia de un trato desigualitario que no se sostiene con ninguna razón de peso. Por ello, el acto de interrupción de la medicación devino en arbitrario y contrario al mandato de igualdad.

Incluso, haciendo aplicación directa de la Constitución se puede vislumbrar una tendencia jurisprudencial de la Corte argentina de ampliación de la obligación de cobertura integral de la salud de las personas con discapacidad que surge de las leyes para un sector del sistema de salud hacia el sector privado. Esta interpretación a favor de la actualización de las prestaciones surge además de la consideración del mandato constitucional del artículo 75, constitucional inciso 23, que identifica a las personas con discapacidad como un grupo vulnerable o grupo en desventaja que requiere de “medidas de acción positiva”.⁹⁵

Respecto de los derechos de las personas con discapacidad y la relación de empleo, la jurisprudencia de las cortes y tribunales de América Latina y el Caribe han generado abundante jurisprudencia sobre los accidentes de trabajo, las licencias por enfermedad, las causales arbitrarias de despido, entre otras.

Por su parte, en la sentencia de 3 de julio de 2000, el Tribunal de Amparo Constitucional de Bolivia trató un amparo iniciado por una persona que padecía paraplejía parcial contra el alcalde municipal de Oruro. Peticionaba que se le restituyera en el cargo del que había sido despedido y se le abonasen los daños y perjuicios pertinentes. Alegaba un trato discriminatorio por su discapacidad. El Tribunal, en su voto mayoritario, entendió que le asistía razón al peticionante, pues:

[...] los efectos de la discapacidad sobre una persona dependen de manera fundamental del entorno social, es decir, que la discapaci-

⁹⁵ “Cambiaso Péres de Nealón c. CEMIC”, Corte Suprema de Justicia argentina, 28 de agosto de 2007, en especial, véase el voto concurrente de Fayt y Maqueda quienes se refirieron también a la posición de debilidad contractual de la persona con discapacidad en el contrato de medicina prepagada.

dad no es únicamente un problema individual sino de la sociedad en general. Esto significa que un medio social negativo y poco auspiciador puede convertir la discapacidad en invalidez, y que por el contrario un ambiente social positivo e integrador contribuye de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una incapacidad. [...] “el propósito del Estado de hacer efectiva la protección de los derechos y garantías de las personas discapacitadas del país y proporcionarles una vida más llevadera dentro de sus limitaciones, como una obligación social que compromete tanto a las instituciones públicas como privadas.

En suma, la jurisprudencia sobre (des)igualdad de las personas con discapacidad, si bien habla de la prohibición de no discriminación arbitraria, advierte sobre la importancia de las medidas de acción positiva. Este énfasis puesto en las obligaciones estatales de prestación positiva va de la mano de las interpretaciones realizadas por el Comité de DESC, que indican que el derecho a la salud de las personas con discapacidad no solo requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones de respetar, sino también de proteger y garantizar a través de un accionar positivo. En este sentido, las decisiones de las cortes pueden ser interpretadas como partes del accionar positivo del Estado tendente a lograr igualdad real de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos. Además, esta jurisprudencia otorga material argumentativo suficiente para reclamar por una mejor protección de sus derechos por la vía de las acciones de incidencia colectiva de las personas con discapacidad en situación de indigencia o pobreza.

3.5. Orientación sexual

El reconocimiento —y gradual erradicación— de la discriminación por orientación sexual se ha visto determinado en América Latina y el Caribe por el contexto de instauración y consolidación de los Estados de derecho y del lenguaje de los derechos humanos, que han favorecido la agenda regional en materia de sexualidad y reconocimiento de la diversidad.

Por ejemplo, la Constitución de Ecuador es la segunda en el mundo en reconocer explícitamente la orientación sexual como

una forma de discriminación, y desde 1996 la ciudad de Buenos Aires reconoce el “derecho a ser diferente” y la no discriminación por género ni orientación sexual.⁹⁶ En 2008, Nicaragua y Panamá despenalizan las relaciones homosexuales y, en 2009, Bolivia fue el primer país de la región en otorgar rango constitucional explícito a la prohibición de esta clase de discriminaciones. En este mismo sentido, la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México aprobó el reconocimiento de las alianzas entre personas del mismo sexo bajo la figura del matrimonio y finalmente, en julio de 2010 Argentina lo hizo a nivel nacional, entre otros.⁹⁷

Estos avances normativos, no obstante, requieren ser analizados a la luz de las prácticas discriminatorias, aún presentes en un continente marcado por una fuerte heteronormatividad.⁹⁸ En este contexto, la aplicación jurisprudencial del principio de igualdad a los casos de discriminación por orientación sexual presenta ciertos avances importantes en la región que acompañan —y por momentos impulsan— el gradual reconocimiento legislativo. En este sentido, el reconocimiento y el respeto de la diversidad sexual constituyen un aporte central a la discusión respecto de la interpretación del principio de igualdad, pues permite hacer explícita la diferencia entre igualdad y asimilación, tal como sucede en el fallo *Alitt* resuelto por la Corte Suprema argentina.⁹⁹

En *Alitt*, la cuestión debatida se refería a la denegación arbitraria de la personería jurídica de una asociación para la defensa de los derechos de los travestís y transexuales a la luz del derecho a la asociación de los artículos 14 y 19 de la Constitución nacional. La cuestión presenta similitudes *prima facie* con

⁹⁶ Pecheny, Mario y Dehesa, Rafael de la, “Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto”, en Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, 2010, p. 35.

⁹⁷ Aldao, Martín y Clérico, Laura, *Matrimonio igualitario...cit.*

⁹⁸ En Argentina, el *Caso CHA*, en Colombia, las sentencias T-098/96 y SU-623/01 y en Chile, el *Caso Atala*, entre otros.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia argentina, *Asociación lucha por la identidad travesti-transexual vs. Inspección General de Justicia*, sentencia de 21 de noviembre de 2006.

el caso del derecho a casarse de las personas del mismo sexo, porque en ambos casos se trata del ejercicio de un derecho civil que expresa la voluntad de unión para el desarrollo de un proyecto común y no se les permite ejercerlo por la orientación sexual de los participantes. La Corte advierte en *Alitt* que si

no se otorga trascendencia alguna a una condición de base para una sociedad democrática como es la coexistencia social pacífica, cuya preservación asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función [...] traería aparejado el gravísimo riesgo de que solo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia esta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33 CN).¹⁰⁰

Por lo que respecta a la orientación sexual como categoría discriminatoria, se ha discutido si la misma exige aplicar un examen leve, intermedio o estricto de igualdad. En el caso de un examen de escrutinio estricto, la orientación sexual sería considerada una “categoría sospechosa” con las implicaciones que este trae aparejadas —principalmente presunción de inconstitucionalidad—. Al igual que sucede con la categoría “edad”, esta distinción no ha sido incorporada expresamente en los instrumentos internacionales. Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere en su artículo 1 a que queda prohibida toda distinción fundada en “cualquier condición social”. Muchos interpretan que por esto, la orientación sexual no puede ser utilizada para perjudicar los derechos de las personas con una orientación sexual que no responde a la dominante. Así lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Karen Atala e hijas*, que comentaremos más adelante.

¹⁰⁰ Clérico, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Aldao, Marín y Clérico, Laura, *Matrimonio igualitario...cit.*, pp. 166-167.

En este camino de reconocimiento, la Corte colombiana, luego de haber rechazado numerosos reclamos de igualdad del colectivo GLBT¹⁰¹, se pronuncia en la sentencia C-075/07, reafirmando la línea jurisprudencial según la cual:

- i) de acuerdo con la Constitución está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual;
- ii) existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales y, por tanto, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras;
- iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender la protección debida a los distintos grupos sociales y avanzar en la atención de aquellos que se encuentren en situación de marginación, y
- iv) toda diferencia de trato solo es constitucionalmente admisible si obedece al *principio de razón suficiente*; concluyendo que el carácter discriminatorio debe examinarse en cada caso concreto.

En este caso, en el que se abordaban cuestiones tales como la afectación familiar de inmuebles, la obligación de prestar alimentos, derechos migratorios, garantía de no incriminación en materia penal, penal militar y disciplinaria, agravantes penales, derecho a la verdad y la justicia y a la reparación de crímenes atroces, prestaciones de salud y pensión en el régimen de la fuerza pública, subsidios familiares y de vivienda, acceso a la propiedad de la tierra y límites al acceso y ejercicio de la función pública, la Corte decidió que, efectivamente, se trataba de restricciones de carácter discriminatorio.

Un año más tarde, en la sentencia C-336/08, respecto de la extensión del régimen patrimonial de las uniones de hecho heterosexuales a las uniones de hecho homosexuales, la Corte sostiene que si bien las parejas del mismo sexo son diferentes a las parejas heterosexuales y, por ende, es admisible un tratamiento diferencial por parte del legislador, la restricción del derecho a pensiones es, en este caso, lesiva de la dignidad humana y por ende constitucionalmente prohibida por discriminatoria.

¹⁰¹ Sentencias C-098/96 y SU-623/01.

Esta línea jurisprudencial ilustra el paso de la Corte Constitucional colombiana desde la igualdad formal hacia la igualdad material, en la medida en que comienza a admitir, en ciertos casos, el cuestionamiento de las distinciones trazadas por el legislador. No obstante, ha sido superada en la región por jurisprudencia que ya aplica un examen estricto y desarrolla argumentos referidos a la igualdad como reconocimiento: el 22 de abril de 2009, José María Di Bello y Alex Freyre solicitaron turno para contraer matrimonio ante el Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ante la negativa de la Administración, presentan una acción de amparo, resuelto favorablemente por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario núm. 15, el 10 de noviembre del mismo año. No obstante, la Administración decidió no realizar la ceremonia en función de una anulación declarada por un Juzgado Nacional de Familia. Finalmente, Freyre y Di Bello contrajeron matrimonio el 28 de diciembre de 2009 ante el Registro Civil de la ciudad de Ushuaia, provincia de Tierra del Fuego, gracias al decreto 2.996/09 emitido por la entonces gobernadora Fabiana Ríos.

En *Freyre* se analiza si la prohibición legal que impide contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo entre sí resulta discriminatoria. Con ese objeto, la jueza descarta en primer lugar la interpretación de la igualdad formal:

Que la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, tal como lo interpreta el representante del GCBA, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: “igualdad entre iguales”. Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual. Más aún, históricamente, el concepto de “iguales pero separados” ha servido como una forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos.¹⁰²

¹⁰² *Freyre Alejandro vs. GCBA s/ Amparo* (art. 14 CCABA), Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario núm. 15 de la Ciu-

Por otro lado, una interpretación plena del principio de igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado solo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. De este modo, se identifica la orientación sexual como categoría sospechosa: “[...] entonces, la Constitución local *reconoce y garantiza el derecho a ser diferente*, no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de *orientación sexual* (art. 11). Así, a fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador, el constituyente de la Ciudad ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación”.¹⁰³ Por ello, “la distinción debe ser sometida a un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma”.

En este sentido, “la exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio [...] representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal... El principio de igualdad consiste, entonces, en el derecho a ser reconocidos como iguales y tratados dignamente. Es por eso que la opción contemplada en la ley 1.004 [unión civil] no basta, en el caso, para satisfacer el principio de igualdad”.¹⁰⁴ Esta sentencia tiene particular relevancia porque nos habla de una interpretación del principio de igualdad en términos de reconocimiento, en una línea que ya había sido abierta por el fallo *Alitt* de la Corte Suprema argentina.¹⁰⁵

En este mismo sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de México respecto de la acción de inconstitucionalidad 2/2010. El 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del

dad Autónoma de Buenos Aires, noviembre de 2009, párr. VII. En adelante, caso *Freyre*.

¹⁰³ *Caso Freyre*, párr. IX.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párr. XIX.

¹⁰⁵ Si bien llegaron a la Corte Suprema de Justicia Argentina casos donde se solicitaba la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil que impedían el matrimonio igualitario, los mismos no fueron resueltos antes de la sanción de la ley 26.618.

Distrito Federal modificó la redacción del artículo 146 del Código Civil, reemplazando el texto “El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer...” por el texto “el matrimonio es la unión libre de dos personas...”. Contra esta norma, la Procuraduría General de la República interpuso recurso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sosteniendo que la modificación realizada atentaba contra la definición tradicional de familia, era irrazonable e inmotivada —puesto que la restricción del derecho a casarse a parejas heterosexuales no implicaba una restricción de derechos respecto de aquellos con otras orientaciones sexuales— y, por último, que con la reforma el Estado mexicano se estaría alejando del deber de salvaguarda del interés superior del niño.

En su sentencia, la Suprema Corte afirmó que: “El valor superior que se persigue con el principio de igualdad consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan, como efecto de su aplicación, la ruptura de esa igualdad, al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica” (párr. 134). Agrega que “el principio de igualdad, en lo que atañe a la protección de la familia [...] es la familia como realidad social y que, por tanto, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto la realidad existente alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan por el matrimonio; por uniones de hecho; por un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar” (párr. 137).

Por otro lado, rechaza de plano la Corte la posibilidad de aceptar otras formas de reconocimiento, afirmando que

[p]or el contrario, la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para reconocer el derecho a las personas de contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo, dada su orientación sexual, se corresponde con los diversos derechos fundamentales [...], y les permite alcanzar de manera efectiva la protección jurídica reforzada de su unión o vínculo, tal como ocurre con las parejas heterosexuales, pues son relaciones que tienen

las mismas características (afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, etcétera), por lo que, contrario a lo afirmado por el Procurador General de la República, sí es el medio idóneo para reconocer en ese rubro la igualdad entre los individuos, sean heterosexuales u homosexuales y/o lesbianas, al motivarlos las mismas razones para contraer matrimonio, como es esencialmente la de unirse legalmente para formar una vida en común y adquirir obligaciones entre sí y derechos derivados de tal vínculo, con el reconocimiento social de ese unión. Sin que sea válido sostener que puedan alcanzarlo a través de diversas formas establecidas legalmente, pues ello implica de suyo, negarles el acceso a una protección jurídica real, por su orientación sexual, o considerar que dichas uniones son de menor valor (párr. 158).

De este modo, la Corte destaca el déficit de reconocimiento y la necesidad de reparación suficiente, excluyendo medidas intermedias que resuelven aspectos redistributivos, pero dejan intacto los aspectos simbólicos de la discriminación:

En este sentido, la unión civil para las parejas de igual sexo, seguiría implicando discriminación porque no implica iguales derechos materiales ni reconocimiento en comparación con las que están habilitadas para el matrimonio. A su vez, la solución de iguales derechos para todas las parejas pero con nombre diferente a la institución matrimonial para parejas de igual sexo sigue siendo expresión de instrumento de discriminación por la sola orientación sexual. La historia de la lucha por el reconocimiento de los grupos discriminados advierte que el nombre no es neutral. Cuando se discutía la inclusión de las mujeres para el ejercicio del derecho al voto, algunos alegaban que se debía hacer pero con otro nombre, lo cual implicaba persistir en la desigualdad simbólica.¹⁰⁶

De ambas sentencias surge con claridad la necesidad de conectar los principios de igualdad y de autonomía: “En tren de analizar las razones no discriminatorias que puede tener el legislador cuando reglamenta el matrimonio, se podría pensar en clave de finalidad asociativa, es decir: otorgar protección jurídica

¹⁰⁶ Clérico, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, *...cit.*, p. 163.

a la unión voluntaria de dos personas mientras dure la relación”. Entonces, para promover la finalidad asociativa, se deberían modificar las normas del derecho civil para incluir el reconocimiento del matrimonio igualitario. ¿Por qué excluirlo? El único “pretexto” que les queda a quienes están en contra del matrimonio igualitario es la “orientación sexual” y esto implica dominación de quienes tienen una orientación dominante por sobre los otros. De esta manera, se está privilegiando una interpretación de matrimonio desde un patrón cultural en parte dominante, pero no único, y que responde a un posible modelo de decisión autónomo. *El problema es la falta de reconocimiento de la diversidad.*¹⁰⁷

Así, la exclusión viola el principio de autonomía y diferencia. La voluntad de contraer matrimonio solo podría darse entre un varón y una mujer. Esta interpretación se basa sobre una concepción del bien común que apelaría a la “moral” como “moral de la mayoría”. Sin embargo, esta interpretación no pasaría, según entiendo, el test de constitucionalidad estricto que exigiría cualquier constitución que reconozca como principio estructurante el de autonomía [...] *Se trataría del derecho fundamental de vivir libremente la condición de “pareja”,* obteniendo —en los tiempos, formas y límites establecidos por la ley— el reconocimiento jurídico con los derechos conexos y deberes...¹⁰⁸ [...] ¿Qué implica la autonomía? La posibilidad de determinar el propio plan de vida de acuerdo con las creencias, cosmovisiones de cada persona, de acuerdo con sus propios estándares morales, esto incluye la decisión de vivir o no en pareja. [...] Por todo ello, sostengo que la exclusión a las parejas del mismo sexo de la posibilidad que se otorga a las de distinto sexo viola el principio de igualdad constitucional y justifica una obligación de hacer suficiente del legislador (desarrollo legislativo y, en su defecto, de activismo judicial) en ordenamientos jurídicos que reconocen como principios estructurantes el de igualdad y el de autonomía.¹⁰⁹

Esta línea ha sido continuada por otros tribunales de la región. Así, en la acción de inconstitucionalidad (ADI) 4.277,

¹⁰⁷ El resaltado es propio.

¹⁰⁸ Clérico, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, ...*cit.*, p. 166.

¹⁰⁹ Clérico, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, ...*cit.*

y ante una serie de demandas presentadas por parejas a fin de ser reconocidas con los mismos derechos que las uniones heterosexuales, el Supremo Tribunal Federal de Brasil concluyó que las relaciones homoafectivas deben ser reconocidas como entidades familiares, y deben, por ende, ser legalmente reconocidas en igualdad de condiciones. El argumento del Tribunal se asienta sobre el silencio constitucional respecto de la elección sexual y el principio de reserva, para afirmar que la redacción del artículo 1.723 del Código Civil no puede negar a las uniones homoafectivas su carácter de familias, sin vulnerar el principio de igualdad, haciéndoles efectiva la protección constitucional relativa a las familias y todos los derechos que de esta se desprenden. La importancia del fallo radica en su carácter vinculante para los tribunales inferiores.

En una línea similar, aunque con mayor timidez, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en la sentencia C-577/11, respecto de la exequibilidad de las normas que restringen el matrimonio a parejas heterosexuales. La Corte afirma que si bien ha venido reconociendo de modo gradual los mismos derechos a parejas conformadas por personas del mismo sexo, quedan todavía situaciones sin resolver. Al respecto se pronuncia a favor de la exequibilidad de dicho artículo 113 del Código Civil, instando al Congreso a legislar respecto de los derechos de las parejas homosexuales. Si bien la Corte considera que se trata de realidades distintas y que la determinación de un tratamiento diferencial es posible para el legislador, afirma que el desconocimiento de los derechos de estas parejas es discriminatorio, y de no legislarse antes de junio de 2013, estas podrán concurrir ante notario o juez competente a fin de formalizar su unión.

Sobre este tema se expresó la CIDH en el caso *Karen Atala*, que llega a la instancia internacional cuando la Corte Suprema de Chile resolvió en una demanda de tuición a favor del padre, quien solicitaba la custodia de sus tres hijas menores, ya que su madre —y exesposa— había comenzado una nueva relación con una mujer, con la que se encontraba viviendo. Dejando de lado diversos informes que hablaban respecto de que la convivencia en un hogar homosexual no causa perjuicio a los menores, como asimismo informes que se habían producido en el mismo proce-

so respecto de la correcta situación en la que se encontraban las niñas viviendo con su madre, la Corte Suprema de Chile decide entregar las niñas a su padre, y sacarlas del cuidado de su madre. El caso se presenta ante la CIDH, que sostiene que debía aplicarse un examen estricto de igualdad, pues la discriminación se fundaba en una categoría sospechosa: la orientación sexual. Sostiene que detrás del argumento de proteger el interés de las niñas, se encuentra un acto de abierta discriminación por la orientación sexual de la señora Atala. Este caso fue presentado por la CIDH ante la Corte IIDH, el 17 de septiembre de 2010.¹¹⁰

En este sentido, puede verse un progreso en la jurisprudencia de la región: la aceptación dócil de la distinción trazada por el legislador, que aparece en algunos de los primeros fallos de la Corte Constitucional de Colombia, supone una concepción formal del principio de igualdad, a través de la cual el Tribunal no cuestiona la distinción trazada por el legislador. A partir de la sentencia C-075/07, el examen de igualdad pone en cuestión ya las razones en las que se fundamenta la clasificación trazada por el legislador, dando paso a la fórmula de igualdad jurídica material y al principio de no discriminación arbitraria. No es, sin embargo, hasta los fallos más recientes, que el principio de igualdad es aplicado en términos de reconocimiento, de acuerdo con el cual únicamente el otorgamiento de no solo los mismos derechos, sino de los mismos nombres, es necesario para satisfacer el principio de igualdad.

De este modo, se han ido elaborando ciertas reglas a través de la jurisprudencia que podrían servir de guía para el resto de los países que aún se encuentran debatiendo estos tópicos. Por un lado, que la orientación o la identidad sexual constituyen categorías sospechosas, y toda diferencia en el trato requiere una fundamentación rigurosa por parte de la Administración cuando se utiliza a la clasificación para perjudicar los derechos del

¹¹⁰ Durante el proceso de evaluación de este trabajo el caso ha sido resuelto por la Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239. Véase sobre esta sentencia los trabajos publicados en: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Mariela, *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.

grupo históricamente excluido. Por otro lado, la discriminación por causa de la orientación o identidad sexual no solo implica un problema de redistribución, sino también de reconocimiento, por lo cual, la mera equiparación de derechos patrimoniales no solo no puede ser considerada reparación suficiente, sino que la atribución de derechos, cuando niega el reconocimiento de la identidad, constituye un agravamiento de la desigualdad.

3.6. Pobreza

En un continente atravesado por múltiples desigualdades, la inequitativa posesión de los recursos materiales es, probablemente, una de las más extendidas; y no obstante los avances en materia de distribución de los últimos diez años, el panorama regional en términos de pobreza y exclusión social es preocupante: uno de cada tres habitantes de América Latina y el Caribe se encuentra por debajo de la línea de pobreza, y uno de cada diez por debajo de la línea de indigencia.¹¹¹ No obstante, aun cuando parece claro que nos enfrentamos a una cuestión de aplicación del principio de igualdad,¹¹² la pobreza es habitualmente abordada en términos de incumplimiento de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que dificulta su abordaje como un problema integral.¹¹³ Ezequiel Nino afirma que “desde los institutos legales, la pobreza no está enfocada como una cuestión de discriminación sino como una mera realidad socioeconómica que hay que

¹¹¹ CEPAL, Panorama social de América Latina 2010, 32 y 12%, respectivamente.

¹¹² “Cuando los sectores más vulnerables de la sociedad no tienen acceso a los elementos básicos para la supervivencia que les permitirían salir de su situación, se está contraviniendo voluntariamente o se está condonando la contravención del derecho a ser libre de toda discriminación y los consiguientes principios de igualdad de acceso y equidad en la distribución, y el compromiso general de proteger a los elementos vulnerables de la sociedad”. CIDH, Informe Paraguay, 1993.

¹¹³ En esta línea, véase el trabajo de reconstrucción de la noción de “mínimo vital” dirigida por Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre, en *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Estudios Ocasionales, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2002.

enfrentar con herramientas de ese mismo tipo. El derecho solo está presente —de manera intermitente y a partir de reclamos aislados— cuando hay vulneraciones manifiestas de derechos básicos, como el acceso al agua o a la alimentación.¹¹⁴

En ese sentido, y sin pretender agotar los desarrollos jurisprudenciales referidos al tema, analizaremos algunas sentencias recientes que abordan la pobreza desde la perspectiva de los principios de igualdad y no sometimiento.

De los fallos recientes en la materia destacan la sentencia T-025/04 de la Corte Constitucional colombiana, el caso *Servejón García* resuelto por la Corte IDH, y hemos decidido incluir una decisión de primera instancia de Argentina, por su carácter novedoso en términos de abordaje jurisdiccional de la pobreza.

En el primer caso, la pobreza o indigencia es analizada como el síntoma o efecto de un trato discriminatorio por parte del Estado. En el segundo caso, la vulneración del principio de igualdad ocurre porque la pobreza convierte a un determinado colectivo en blanco de prácticas estatales represivas que no se extienden al resto de la sociedad. El tercer caso es similar al primero, pero en lugar de justificar prácticas estatales ilegales, la pobreza convierte a un determinado colectivo en destinatario de políticas públicas que de por sí constituyen prácticas discriminatorias.

En la sentencia T-025/04 sobre población desplazada, la Corte Constitucional colombiana utiliza la categoría “estado de cosas inconstitucional” para describir la situación en que viven más de tres millones de personas desplazadas por la violencia en Colombia; resolviendo que la incapacidad estatal para impedir la vulneración masiva, generalizada y sistemática de derechos constitucionales implica una situación de dominación incompatible con los estándares del Estado democrático de derecho. Así, la Corte Constitucional afirma que ha sido vulnerado

[e]l derecho a la igualdad, dado que (i) a pesar de que la única circunstancia que diferencia a la población desplazada de los demás

¹¹⁴ Nino, Ezequiel, “La discriminación menos comentada”, en Gargarella, Roberto, *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 49.

habitantes del territorio colombiano es precisamente su situación de desplazamiento, en virtud de esta condición se ven expuestos a todas las violaciones de los derechos fundamentales que se acaban de reseñar, y también a discriminación y (ii) en no pocas oportunidades, el hecho del desplazamiento se produce por la pertenencia de la persona afectada a determinada agrupación o comunidad a la cual se le atribuye cierta orientación respecto de los actores en el conflicto armado y por sus opiniones políticas, criterios todos proscritos como factores de diferenciación por el artículo 13 de la Carta.¹¹⁵

A partir de este diagnóstico, la Corte descarta la perspectiva formal sobre la igualdad, afirmando la necesidad de la intervención estatal ante desequilibrios estructurales puesto que

[...] a menos que las limitaciones y desigualdades reales a las que el hombre está sujeto en su vida cotidiana sean efectivamente contrarrestadas mediante actuaciones positivas y focalizadas por parte de las autoridades, la libertad e igualdad del ser humano no dejarán de ser utopías abstractas. Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un Estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados.¹¹⁶

En este contexto, una aplicación del principio de igualdad en clave de redistribución requiere de la intervención activa del Estado en la corrección de la desigualdad analizada:

En razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que estos tienen, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado, en aplicación del mandato constitucional según el cual: “el grupo social de los desplazados, por su condición de indefensión merece la aplicación de las medidas a favor de los marginados y los débiles,

¹¹⁵ Secc. 5.2, párr. 17.

¹¹⁶ Secc. 8.1.

de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución política, incisos 2° y 3° que permiten la igualdad como diferenciación, o sea la diferencia entre distintos”.

Este punto fue reafirmado en la sentencia T-602/2003, en la cual se dijo que “si bien el legislador y las entidades gubernamentales deben tratar de igual modo a todas las personas, pues así lo estipula el artículo 13 de la Constitución, las víctimas del fenómeno del desplazamiento forzado interno sí merecen atención diferencial”. Este derecho al trato preferente constituye, en términos de la Corte, el “punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno”, y debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que “de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara”.¹¹⁷ En este caso, la vulneración del principio de igualdad produce la situación de pobreza, lo que, de acuerdo con la Corte, pone en cabeza del Estado la obligación de resolver la situación de desigualdad material derivada del trato de sometimiento.

En otros casos, como en *Servellón García y otros vs. Honduras*, la pobreza opera como causa de sometimiento: en septiembre de 1995, la policía hondureña detuvo a Marco Antonio Servellón García, Rony Alexis Betancourt, Orlando Álvarez Ríos y Diómedes Obed García, quienes, luego de ser sometidos a golpizas y malos tratos, fueron ejecutados por las fuerzas de seguridad. Si bien el caso en sí mismo puede aparecer como un episodio aislado de violencia policial, la Corte IDH lo ubica en el marco de prácticas estatales sistemáticas de represión, puesto que, entre 1995 y 2002, 904 niños pobres fueron ejecutados por las fuerzas de seguridad. El caso tiene particular relevancia pues identifica y pone de manifiesto una clase de dominación ampliamente extendida en la región, vinculada al accionar represivo de las fuerzas de seguridad, dirigido principalmente contra individuos jóvenes y de escasos recursos.¹¹⁸

¹¹⁷ Secc. 5.2, párr. 17.

¹¹⁸ Véase Verdú, María del Carmen, *Represión en democracia: de la “primavera alfonsinista” al “gobierno de los derechos humanos”*, Buenos Aires, Ediciones Herramienta, 2009.

Si bien la Corte IDH ya se había pronunciado en un caso previo,¹¹⁹ es en esta oportunidad que introduce la cuestión de la igualdad para dar cuenta de dichas prácticas represivas. Así, afirma la Corte IDH: “En ese sentido, el Estado no puede actuar en contra de un determinado grupo de personas, ya sea por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.¹²⁰ Además, identifica una suerte de “iteración” de la desigualdad:

La Corte advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley y no-discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.¹²¹

De este modo, la desigualdad material existente se convierte en causa de estigmatización, que a su vez preserva y refuerza la desigualdad original.

Por último, en el caso de “aulas *container*”¹²² el test de igualdad no es aplicado a un “estado de cosas desigualitario”, sino a la política pública desarrollada por el Estado para resolverlo. A lo largo de 2002, y como medida provisoria para satisfacer el crecimiento de la demanda de espacio en instituciones educativas públicas, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comenzó a instalar “aulas” modulares (*containers*)¹²³ en escuelas cercanas a

¹¹⁹ Corte IDH, Caso *Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

¹²⁰ Corte IDH, Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre del 2006, párr. 95.

¹²¹ *Ibidem*, párr. 112.

¹²² Juzgado en lo contencioso, administrativo y tributario de la CABA núm. 11, sentencia del 10 de julio del año 2006.

¹²³ Estos contenedores son espacios diseñados para transportar mercaderías o guardar materiales de construcción de obras. Los módulos se caracterizan por ser espacios rectangulares reducidos, están contruidos en chapa y

villas de emergencia. La política, sin embargo, se mantuvo con el correr de los años, y a fines del año 2005 el número de “aulas container” había ascendido a 15 y no existían planes concretos de su respectivo reemplazo.¹²⁴ A esto se suma que esta clase de instalaciones solo era utilizada en las inmediaciones de las denominadas “villas de emergencia”, y no en el resto de la ciudad. Un reclamo interpuesto por una ONG consiguió que se ordenara a la Administración el retiro de dichas aulas, confirmando la existencia de una situación de discriminación por condición socioeconómica. Lo relevante de esta sentencia es que el test de igualdad se aplica en conjunto con el de satisfacción del derecho a la educación. El accionar insuficiente del Estado es injustificado, aun cuando la Administración aduzca la realización de una medida de acción positiva en orden a paliar un déficit de derechos:

[...] la demandada parece aducir que el dictado de clases en las condiciones antes aludidas en escuelas cercanas a “villas miseria” no constituye una discriminación en relación con quienes en ellas moran, sino, muy por el contrario, sería demostrativo de una intención de dictar clases especialmente para tal universo de personas, aún frente a la inexistencia en la actualidad de infraestructura a tales efectos. Pues bien: no dudo de que no existe por parte de la Ciudad un ánimo discriminatorio; pero la discriminación existe. Es que aun con la valorable finalidad expresada por la demandada, existen “soluciones” que no pueden adoptarse por cuanto no resisten el control de razonabilidad planteado en los presentes actuados”.¹²⁵

En verdad, si bien la sentencia habla de falta de razonabilidad, se está realizando un examen de suficiencia o adecuación de la acción estatal implementada. El fallo es de suma importancia, pues cuando la obligación estatal es de hacer, el fallo advierte que no alcanza con que se haga algo, sino que ese accionar estatal po-

revestidos en su interior por *corlock*, sus puertas se cierran con candados, tienen poca ventilación y aireación, y mínimo aislamiento térmico.

¹²⁴ Nino, Ezequiel y Maurino, Gustavo, “Judicialización de las políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de los casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires”, en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comp.). *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2009, p. 177.

¹²⁵ Párr. XXII.

sitivo debe ser adecuado y suficiente. De esta manera, para determinar si el accionar del Estado es “adecuado”, se requiere no solo que el Estado haya hecho algo, sino que ese hacer debe lograr alcanzar el fin perseguido, esto es, gozar del derecho a la educación en condiciones de igualdad —entendida como el principio de no sometimiento— y, al aplicarse un escrutinio bien intensivo, esa adecuación medio-fin debe ser muy fuerte.

La pobreza y en particular la pobreza extrema comienzan a ser consideradas por la jurisprudencia como un obstáculo para el ejercicio pleno de la autonomía de los individuos, además de constituir una vulneración de los estándares mínimos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales. De esta manera, se le entiende de modo integral como un quiebre del principio de igualdad. Estos avances denotan un progreso en la fórmula predominante de igualdad, que es cada vez más comprensiva, que exige del Estado medidas de acción positiva ante situaciones de desigualdad material. Por otro lado, la jurisprudencia de la región también ha resuelto que no cualquier medida destinada a paliar la desigualdad puede ser considerada apropiada, proscribiendo la discriminación no solo en el estado de cosas, sino también en los medios elegidos por el Estado.

4. CONCLUSIONES

La jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales de los diversos Estados de América Latina y el Caribe devela que si bien el modelo de igualdad como no discriminación está arraigado, cierta tendencia jurisprudencial demuestra que es posible pensar los tribunales como foros de discusión para plantear reclamos igualitarios en clave de no dominación.

Estas son las tendencias que nos interesa resaltar: en lo que respecta a la discriminación por la nacionalidad, parece haber un enriquecimiento desde el modelo con el cual se resuelven los casos, a la vieja aplicación del principio de igualdad en términos liberales, se le sumaría una comprensión más amplia, en términos de reconocimiento de desigualdades estructurales, sobre todo en los casos de etnia y migrantes. En lo que respecta a la edad como

categoría de discriminación, la jurisprudencia parece seguir los mismos pasos, reconociendo la desigualdad estructural que afecta principalmente a personas de edad avanzada y niños o niñas en situación de pobreza.

Sin embargo, tanto del tema de discapacidad como de afrodescendientes pareciera que el modelo desde el cual se resuelven los casos se ha ido modificando, interpretándose la igualdad desde la concepción de no sometimiento. Dichas resoluciones resultan todavía muy focalizadas, atendiendo solo a una persona o un grupo determinado, pero sin detectar que quienes padecen la situación de discriminación requieren de soluciones más amplias —estructurales—, tornándose ineficaces las acciones positivas o de discriminación inversa que se han adoptado.

Sobre orientación sexual se percibe claramente una evolución de la jurisprudencia bastante sostenida hacia una aplicación del principio de igualdad en términos de reconocimiento. A pesar de que esta tendencia no sea una regla en la región, las expectativas son altas respecto del pronunciamiento de la Corte IDH en el primer caso que le ha llegado sobre discriminación por la orientación sexual. De esta manera, dicho órgano tiene la posibilidad por medio de su sentencia de hacer oír la voz de miles de personas que luchan por el reconocimiento.

Por último, si bien la aplicación del examen de igualdad para resolver situaciones de desigualdad material por pobreza, indigencia o miseria es aún incipiente en la región, es posible registrar algunos avances en este sentido. Esto insinúa un debilitamiento de la concepción liberal de la igualdad.

Son estas tendencias las que empiezan a mostrar que el derecho puede ser utilizado también como instrumento emancipador. No olvidamos, no obstante, que el tratamiento legal de las desigualdades puede generar nuevas desigualdades. En este sentido, quizá el derecho se torne insuficiente por sí mismo para superar la paradoja igualdad/desigualdad que padecen las sociedades, sin embargo, queremos destacar a lo largo de este trabajo que la lectura del concepto de igualdad como mera igualdad formal se queda a mitad de camino a la hora de dar cuenta de la desigualdad estructural que padecen ciertos grupos, por lo menos cuando trabajamos desde herramientas jurídicas argumentativas.

Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH

Elizabeth Salmón*

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) no existe un contenido unívocamente establecido de inclusión. Por el contrario, el término mismo no aparece en las diversas normas ni pronunciamientos que lo componen. No obstante, esto no significa que la inclusión sea un concepto carente de contenidos y efectos jurídicos, pues creo que una lectura sistemática y evolutiva de sus disposiciones lleva a sostener —en la más prudente

* Profesora principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y directora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP), directora de la Maestría en Derechos Humanos. Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, España, y autora de varias publicaciones sobre derecho internacional público, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y justicia transicional. Correo de contacto: La autora desea agradecer a Félix Reategui Carrillo por sus acertados comentarios y a Rita Zafra por su valioso apoyo en la elaboración de este texto.

Este texto se basa en una ponencia del mismo título que la autora brindó en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional y publicado Salmón, Elizabeth. Inclusión y gestión de la diversidad: Hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH. En: *Libro de Memorias XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2016, pp. 261-289.

de las lecturas— que la afirmación de los derechos humanos visibiliza la diversidad o, dicho en otros términos, imposibilita su negación o represión, hasta —en la más generosa de las interpretaciones— propugnar que el conjunto de obligaciones del DIDH configura en la actualidad un verdadero modelo de inclusión. En este sentido, puede entenderse a la inclusión como una garantía de que distintas colectividades tengan la oportunidad de acceder a derechos sin tener que renunciar a ser lo que son —adaptándose irrestrictamente al paradigma dominante—, o bien, como una apuesta por la participación como un proceso de respuesta “a la diversidad de necesidades de las personas a través de la modificación de estructuras, procesos y enfoques”.¹

Lo que planteo en este ensayo es que el DIDH delimita la capacidad estatal de decisión frente a la diversidad, pues impone un conjunto de obligaciones que no solo afirman la igualdad y no discriminación, sino que apuntan a la adopción de políticas públicas a favor de los grupos excluidos con un enfoque de derechos. En América Latina se ha planteado esto en términos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), desde donde surge un nuevo paradigma respecto al rol de los tribunales internos para generar transformaciones, en el marco de una democracia constitucional.² La cuestión cardinal, en términos de García Jaramillo, “sería cómo el derecho positivo —la normativa y su concreción jurisprudencial—, tanto local como regional, y el derecho constitucional genérico construido en los últimos años, pueden realmente contribuir a transformar realidades sociales y políticas concretas”.³

En efecto, las diversidades múltiples necesitan un modelo de *gestión de la diversidad*⁴ que puede adquirir diversas formas. Lo

¹ UNESCO, *Guidelines for Inclusion. Ensuring Access to Education for All*, París, UNESCO, 2005.

² Bogdandy, A. von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista de Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, p. 23.

³ García Jaramillo, L., “Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *ius constitutionale commune*”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 97, 2016, p. 353.

⁴ Tomo esta frase de Touraine, A., *Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia*, 2ª ed., México, FCE, 2002, p. 46. Tradicionalmente, la “la

que postulo es que la capacidad estatal de gestionar la diversidad se encuentra delimitada por este conjunto normativo y jurisprudencial del DIDH que configura un *modelo democrático de gestión de la diversidad*.

Este trabajo parte del reconocimiento de las diversidades múltiples y las formas —también múltiples— de gestionarla. Frente a ese panorama, se presenta el principio de igualdad y no discriminación y las medidas para hacerlas efectivas, lo que, en mi opinión, implica la obligación estatal de definir políticas públicas con un enfoque de derechos. Finalmente, analizo la idoneidad de la democracia representativa para albergar este modelo de inclusión y presento algunas ideas sobre los periodos de transición tras dictaduras y conflictos armados, como una oportunidad para plantear democracias inclusivas.

2. DIVERSIDADES MÚLTIPLES Y MULTIPLICIDAD DE FORMAS DE GESTIONARLAS

La diversidad no es un fenómeno de nuestro tiempo. En realidad, ha existido en diferentes momentos y lugares,⁵ pero lo que cambia contemporáneamente es nuestra conciencia de ella y la necesidad jurídica de reconocerla en todos los ámbitos. La inclusión es precisamente el proceso de respuesta “a la diversidad de necesidades de las personas, mediante el aumento de la participación a través de la modificación de estructuras, procesos y enfoques”.⁶ En suma, que se reconozcan las diferencias de manera explícita

gestión de la diversidad” ha sido un término utilizado en el ámbito corporativo laboral. Véase Wrench, J., “Diversity management”, en Vertovec, S. (ed.), *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Routledge, 2014.

⁵ Véase, por ejemplo, Heather, P., “Diversity and the Roman Empire”; Lafi, N., “Diversity and the nature of the Ottoman Empire: from the construction of the imperial old regime to the challenges of modernity”; Clarke, C., “Race and labour, forced and free, in the formation and evolution of Caribbean social structures” y otros en Vertovec, S. (ed.), *op. cit.*

⁶ UNESCO, *Guidelines for inclusion. Ensuring Access to education for all*, París, UNESCO, 2005, p. 13.

para que dichos grupos puedan expresar sus necesidades, intereses y perspectivas.⁷

En efecto, la utopía de la identidad única y hegemónica, casi siempre promovida y perpetuada por el propio Estado, dejó de ser una variable posible y hasta deseable. Resulta necesario entonces referirse a diversidades múltiples, y ya no solo a una identidad nacional, lo que a su vez genera la necesidad de contar con una gestión de la diversidad.

En ese sentido, ¿qué es la diversidad? Como afirma Koenig, todavía no se ha llegado a un concepto técnico y certero sobre qué es la diversidad.⁸ En el ámbito del discurso público y de las políticas, el concepto de diversidad no tiene un contenido claro, salvo para afirmar que la diferencia es aceptable o aceptada.⁹ No obstante, creo que es posible encontrar un punto de consenso cuando identificamos que la diversidad se trata de la coexistencia en un mismo marco institucional de grupos con características distintas del paradigma dominante. En cuanto a sus sujetos, se apunta a agrupaciones de personas que comparten características comunes como grupos que se consideran diversos.¹⁰ Ciertamente, existen identidades individuales —tantas como personas—, pero a lo que se apunta es a las individualidades en un sentido más estructural —colectivo, étnico, etc.—. En este sentido, como afirma Touraine:

[N]uestra identidad se funda cada vez menos sobre lo que hacemos y cada vez más sobre lo que somos, sobre nuestras necesidades, pero también, y en mayor medida, en la relación con nosotros mismos, en las relaciones interpersonales, en grupos de elección o en la comunidad de pertenencia.¹¹

⁷ Young, I. M., *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2000, p. 83.

⁸ Koenig, M., *Diversity Interview*, MPI MMG, disponible en <http://www.mmg.mpg.de/diversity-interviews/koenig/> cit. por Vertovic, Steven (ed.), "Introduction: formulating diversity studies", en Vertovec, Steven (ed.), *op. cit.*, p. 5.

⁹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁰ Vera Lugo, J. P., "La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales", en *Universitas Humanística*, vol. 62, núm. 62, 2006, p. 207.

¹¹ Touraine, A., *op. cit.*, p. 49.

A lo largo de la historia han existido distintos modelos o formas de enfrentar la diversidad. En un extremo se ubicaría la integración que pretende diluir la diferenciación y, en el otro, la exclusión que busca eliminarla del sistema, con multiplicidad de formas intermedias entre ambas. Lo interesante es que siendo modelos opuestos, hasta contradictorios, ambos son modelos anuladores de “la diversidad como problema” para el arreglo republicano. El modelo contemporáneo apunta a una inclusión democrática y respetuosa de las diversidades que propugna su plena participación.

La exclusión apunta a la uniformidad y se manifiesta en la marginación de grupos vulnerables y su apartamiento de la participación social y política, así como la violencia y la discriminación contra los mismos, lo que ciertamente puede conducir a la frustración, la hostilidad y el fanatismo.¹² Como afirma Gargarella, refiriéndose a la situación de los más pobres o esclavos, “la situación de desventaja no se debía, fundamentalmente, a su desdén o a su falta de voluntad, sino a una situación de relegamiento que el propio Estado les había impuesto por la fuerza”.¹³ En ese sentido, la exclusión a la que se ven expuestos diversos colectivos responde a una política del Estado que busca impedir que los diferentes grupos formen parte de una misma sociedad con los mismos derechos y deberes. De esta forma, la inclusión debe permitir que las personas obtengan una mayor libertad para elegir sus destinos, sin estar limitados por exclusiones ajenas a ellas.¹⁴

Un ejemplo histórico odioso de esta exclusión es la de la Alemania nazi, cuyas Leyes de Nuremberg de 1935¹⁵ imponían a los judíos una “muerte civil”, que los apartaba completamente de la

¹² UNESCO, Declaración de Principios sobre la Tolerancia, 16 de noviembre de 1995, art. 2.1.

¹³ Gargarella, R., *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860) Conclusiones: igualitarismo y constitucionalismo*, Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 270.

¹⁴ Iguíñiz Echeverría, J. M., “Inclusión/exclusión e perspectiva relacional y desarrollo humano”, en Tubino, F.; Romero, C. y González de Olarte, E. (eds.), *Inclusiones y desarrollo humano: relaciones, agencia, poder*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 29.

¹⁵ En específico, Ley de la ciudadanía del Reich, que reconocía la misma solo a las personas de sangre alemana.

vida pública y que fue el antecedente del plan de exterminarlos físicamente. Años después, el régimen del *apartheid* en Sudáfrica significó la exclusión de un amplio sector de la población, mediante “actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente”.¹⁶ En Estados Unidos, por su parte, las leyes de *Jim Crow* crearon dos mundos paralelos que, aunque se decían formalmente iguales, creaban en los hechos graves situaciones de desigualdad de la población afroamericana.¹⁷

Estas formas, que llamaremos extremas y que revisten clara ilegalidad, coexisten con otras modalidades formalmente aceptables. El supuesto de las denominadas democracias consociativas puede resultar un buen ejemplo de ello. Estas funcionan en sociedades fragmentadas, a partir de la formación de coaliciones autónomas que representan a dichos segmentos de la población. Existe, además, un poder de veto mutuo de las minorías.¹⁸ Una de las grandes críticas al consociativismo es ser, “por definición, elitista [ya que], privilegiando el protagonismo de las élites de los diversos grupos, pospone la democratización de las sociedades multiétnicas, desatendiendo la dimensión competitiva y la creación de una ciudadanía dotada de derechos y garantías individuales”.¹⁹ Esto es porque, en estricto sentido, el consociativismo no busca la inclusión, sino la repartición del poder para la supervivencia del sistema.

En ese sentido, se pueden resumir las estrategias de regulación de la diversidad de la siguiente manera:²⁰

¹⁶ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, art. II.

¹⁷ Véase, Corte Suprema de los Estados Unidos, *Brown vs. Board of Education*, sentencia de 17 de mayo de 1954.

¹⁸ Andeweg, R., “Consociational democracy”, en *Annual Review of Political Science*, vol. 3, núm. 1, 2000, p. 513.

¹⁹ Maíz, R., “Los nacionalismos antes de las naciones”, en *Política y Cultura*, núm. 25, 2006, p. 105.

²⁰ O’Leary, B., “Governing diversity”, cit. por Vertovic, S., “Introduction: formulating diversity studies”, en Vertovec, S. (ed.), *op. cit.*, pp. 204 y 207. Estos modelos no son excluyentes entre sí, pueden adoptarse diferentes modelos respecto a distintos grupos.

<i>Eliminación de la diversidad</i>	<i>Manejo de la diversidad</i>
<p>1. Genocidio Objetivos: puridad y seguridad Medios: exterminio.</p>	<p>1. Control Objetivos: preservar la dominación jerárquica. Medios: organización del grupo dominante, desorganización de los dominados.</p>
<p>2. Homogenización Objetivos: seguridad, solidaridad, coordinación, eficiencia. Medios: asimilación (fusión o aculturación) o integración (privatización de la diferencia).</p>	<p>2. Acomodación <i>Centripetalismo</i> Objetivos: coexistencia basada en la moderación de la mayoría. Medios: separación de poderes y atracción de votos mediante la moderación. <i>Consociación</i> Objetivos: coexistencia basada en la igualdad de grupos e igualdad de intereses en la seguridad. Medios: reparto del poder inclusivo, autonomía, proporcionalidad y derechos de veto.</p>
<p>3. Expulsión Objetivos: puridad y seguridad Medios: “limpieza” del territorio.</p>	<p>3. Arbitración Objetivos: coexistencia basada en la igualdad de grupos que trabajan como socios, seguridad, equidistancia de todas las religiones con relación al Estado, como mediador. Medios: mediación o adjudicación (permanente o transicional), puede incluir ajustes territoriales.</p>
<p>4. Monismo territorial Objetivos: puridad, seguridad o evitar los costos de la acomodación. Medios: decolonización, pérdida de territorios, uniformización administrativa.</p>	<p>4. Pluralismo territorial Objetivos: manejo de la diversidad mediante el reparto territorial del poder. Medios: acuerdos particulares, estados federativos, representación interestatal de distintas nacionalidades.</p>

Si bien es cierto que las democracias, por su propia naturaleza, suponen un terreno más propicio para las políticas de inclusión, estas no son ajenas a formas de exclusión más o menos sutiles. De hecho, si discutimos sobre la inclusión, es porque aún existen grandes niveles de exclusión en un marco de difusión del modelo democrático.

2.1. ¿CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE TOLERANCIA E INCLUSIÓN? UNA PRECISIÓN NECESARIA

En 1995, los Estados miembros de la UNESCO adoptaron la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, cuya definición se superpone conceptualmente con la inclusión:

1.1 La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No solo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz.

[...]

1.3 La tolerancia es la responsabilidad que sustenta los derechos humanos, el pluralismo (comprendido el pluralismo cultural), la democracia y el Estado de derecho. Supone el rechazo del dogmatismo y del absolutismo y afirma las normas establecidas por los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

No obstante, desde la doctrina, se plantea que se tolera solo aquello que en principio disgusta. Por ello, la tolerancia implica un acto intencional y no la simple falta de interés o despreocupación por las diferencias existentes.²¹ En esta línea, el concepto “tolerancia” puede connotar acepciones negativas como el pater-

²¹ Garzón Valdés, E., “El sentido actual de la tolerancia”, en Giusti, M. (coord.), *Tolerancia. Sobre el fanatismo, la libertad y la comunicación entre culturas*, Lima, Centro de Estudios Filosóficos/Fondo Editorial PUCP, 2015, p. 28.

nalismo, la falta de empatía intercultural, la falta de conciencia, entre otras.²² En cualquier caso, y más allá de la nomenclatura, llama la atención que esta primera ocasión en que los Estados definen la tolerancia, lo hagan desde una perspectiva poco acorde con la idea contemporánea de inclusión.

En primer lugar, se alude al término “multicultural” en la Declaración de Principios sobre la Tolerancia.²³ La multiculturalidad es diferente de la interculturalidad en el sentido de que apunta al reconocimiento de la diferencia, mientras que la segunda es la convivencia de la diversidad.²⁴ En esta línea, se puede afirmar que la perspectiva intercultural se ha vuelto necesaria debido a las limitaciones, errores y fracasos del multiculturalismo.²⁵ La principal ventaja o aporte del interculturalismo se basa en su énfasis en la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciadas, al proponer “algo sustantivo sobre el deber ser de las relaciones interétnicas, más allá de que deben ser relaciones no discriminatorias entre iguales y basadas en el respeto y la tolerancia”.²⁶ Mientras que el multiculturalismo busca integrar la diversidad en los espacios públicos, el interculturalismo propone interculturalizarlos.²⁷ Esto último implica que el espacio público en sí mismo quede definido —materialmente, funcionalmente, simbólicamente, utilitariamente, etc.— por diversas orientaciones culturales. Eso resulta distinto a tener un espacio público definido monoculturalmente, pero en el cual se tolera que todos estén presentes.

²² Lenzerini, F., *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 226.

²³ Art. 2 La función del Estado.

2.3 Para que reine la armonía internacional, es esencial que los individuos, las comunidades y las naciones acepten y respeten el carácter *multicultural* de la familia humana. Sin tolerancia no puede haber paz, y sin paz no puede haber desarrollo ni democracia.

²⁴ Giménez Romero, C., “Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad”, en *Educación y Futuro: Revista de Investigación Aplicada y Experiencias Educativas*, núm. 8, 2003, p. 13.

²⁵ *Ibidem*, p. 15.

²⁶ *Ibidem*, p. 16.

²⁷ Tubino, F., “Inclusión en la participación y políticas de reconocimiento”, en Tubino, F.; Romero, C. y González de Olarte, E. (eds.), *op. cit.*, p. 151.

De esta manera, la inclusión busca que todos los actores relevantes participen dentro del proceso de transformación de las instituciones, para poder solucionar problemas de una manera más justa.²⁸

La concepción multicultural del respeto por los derechos humanos corresponde con la idea de la tolerancia como la respuesta a la cuestión de la diversidad de identidades. En esta misma línea, el concepto de tolerancia implica considerar aquello que se quiere “tolerar” como algo ajeno a uno mismo, que se encuentra en una esfera diferente a la propia.²⁹

La tolerancia solo es necesaria cuando en un mismo sistema no se acoge la diversidad como algo propio. Implica entonces, reconocer que aquello que se “tolera” no es parte del propio sistema normativo. La tolerancia exige como requisito que se haga un distanciamiento con aquel valor o norma que se busca tolerar. Generalmente, implica tener la voluntad de “dejar ser”, pero no de establecer una relación con el otro, lo que constituye una aproximación inadecuada frente a la inclusión.³⁰

Dentro de una lógica de derechos humanos, en consecuencia, la tolerancia no es la mejor opción para garantizar la inclusión. Si solo se “tolera la diversidad”, significa que no se le acepta como perteneciente o propia del sistema normativo de nuestra sociedad. El DIDH implica, por otro lado, que la tutela de la diversidad sea entendida como propia de este sistema normativo, esto es, incorporar al propio sistema normativo la diversidad existente

²⁸ Young, I. M., *op. cit.*, p. 12.

²⁹ Garzón Valdés, E., *op. cit.*, p. 27. Para este autor: “El concepto de tolerancia está doblemente referido a sistemas normativos. Por una parte, solo puede hablarse de tolerancia cuando quien tolera está dispuesto a permitir la realización de un acto o una actividad prohibidos en el sistema que los regula. Este sistema puede ser llamado «sistema normativo básico». A menos que este sistema normativo sea contradictorio, es decir, deónticamente patológico, por prohibir y permitir un acto o actividad en las mismas circunstancias, el levantamiento de la prohibición solo puede lograrse recurriendo a otro sistema normativo al que se propone llamar «sistema normativo justificante». Es él el que proporciona las razones para el levantamiento de la prohibición. El fundamento de la tolerancia no es, pues, nunca *intra* sino *intersistémico*”.

³⁰ Young, I. M., *op. cit.*, p. 225.

en la sociedad. En esta perspectiva, el concepto de tolerancia es insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la diversidad de grupos y personas existentes en la sociedad en un marco de igualdad y no discriminación.

3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y LAS MEDIDAS PARA HACERLAS EFECTIVAS

3.1. La igualdad y no discriminación como derechos sustanciales de carácter imperativo

Una vez afirmado que el concepto de tolerancia no es suficiente para una protección integral de la diversidad de las personas en el DIDH, es necesario encontrar una base dentro de esta misma rama del derecho internacional que fundamente la obligación de inclusión de la diversidad. En mi opinión, esta base es el principio de igualdad y no discriminación.

La importancia de esta problemática se explica en el contexto de la región latinoamericana, en donde aún persisten “profundas desigualdades sociales y político-económicas, leídas tanto en clave de distribución como de falta de reconocimiento”.³¹ En este contexto, el DIDH tiene una coincidencia material con el antes mencionado *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), pues este surge con el objetivo de “garantizar a escala regional la realización de las promesas centrales de las constituciones estatales”,³² para lo cual el principio de igualdad es concebido de manera tal que requiere acciones por parte de un Estado social para superar las desigualdades sociales, distinguiéndose de la mera prohibición de discriminación.³³

³¹ Clérico, L. y Aldao, M., “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento: rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en Bogdandy, A. von; Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM-Max-Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derechos Constitucional, 2014, p. 220.

³² Bogdandy, A. von, *op.cit.*, p. 15.

³³ *Ibidem*, p. 19.

Empiezo afirmando que el derecho a la igualdad y no discriminación es uno de naturaleza compleja que irradia a todo el DIDH.³⁴

3.1.1. *Fundamento*

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la “dignidad esencial de la persona”.³⁵ Como señala Schachter, se ha convertido en un valor elemental aceptado ampliamente por todas las culturas, lo cual se ve reflejado en las múltiples referencias a la dignidad de las personas que se encuentran en una serie de resoluciones y declaraciones internacionales, así como en constituciones y proclamaciones nacionales.³⁶

Con base en la definición de discriminación establecida en diferentes instrumentos internacionales, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos afirmó que, tal como se emplea en el Pacto, “discriminación” es: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.³⁷

³⁴ Véase art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Humanos, observación general 18, 10 de noviembre de 1989, y Comité de Derechos Humanos, observación general 31, 26 de mayo de 2004.

³⁵ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párr. 55.

³⁶ Véase Schachter, O., “Human dignity as a normative concept”, en *American Journal of International Law*, núm. 848, 1983.

³⁷ *Ibidem*, párr. 7.

3.1.2. *Derecho de contenido complejo*

Es necesario, no obstante, precisar que el derecho a la igualdad es distinto del derecho a la no discriminación. Tradicionalmente, la prohibición de discriminación ha sido considerada como el lado negativo del derecho a la igualdad. Se entendía que todo acto contrario al derecho a la igualdad era un acto discriminatorio. Sin embargo, el derecho a la igualdad permite que existan distinciones y estas no configurarían actos discriminatorios. Ahora bien, esto será posible si las diferencias tienen como base cuestiones consideradas como de opción individual o que dichas diferencias tengan como objeto concretizar y efectivizar valores sociales imperiosos u otros derechos. En consecuencia, solo existe discriminación cuando se da una distinción de cualquier tipo entre personas o grupos en situaciones similares, sin que medie una razón objetiva y razonable para tal distinción.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene dos artículos sobre el derecho a la igualdad y no discriminación: el artículo 1.1, que establece que los derechos contenidos en la Convención se deben gozar y ejercer “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”; y el artículo 24, que recoge el derecho a la igualdad ante la ley. El uso “sin discriminación alguna” en el artículo 1.1 exige que este criterio deba estar presente en todos los casos concretos de “respeto” y “garantía” de los derechos consagrados en la CADH. Respecto al artículo 24, debe resaltarse que el surgimiento de la noción de igual protección de la ley sin discriminación es una respuesta a la necesidad de incluir dentro de la protección del DIDH a grupos que inicialmente no lo estaban.

3.1.3. *Carácter de jus cogens*

A la vez, cabe mencionar que los principales instrumentos internacionales de derechos humanos distinguen, dentro de sus disposiciones, un grupo de normas mínimas no pasibles de sus-

pensión en ninguna circunstancia o lugar.³⁸ Estas normas constituyen un verdadero núcleo duro de derechos humanos, absolutos e inderogables, que adquieren el valor jurídico de normas imperativas o *jus cogens*.³⁹ En relación con el principio de igualdad y no discriminación propiamente, debe considerarse que todos los tratados sobre derechos humanos que permiten que los Estados suspendan derechos en caso de emergencia nacional incluyen un requisito de no discriminación en las disposiciones pertinentes; en otras palabras, el principio de igualdad y no discriminación se ubica como un presupuesto indispensable e inderogable para la suspensión de algún derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), por ejemplo, establece que cualquier medida impuesta por un Estado, luego de proclamar oficialmente la existencia de una situación excepcional, “no entrañe discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (art. 4). Por su parte, el texto del artículo 27 de la CADH y del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es bastante similar. En tal sentido, se observa que dichos instrumentos internacionales consideran como parte del núcleo duro de los derechos humanos a la prohibición de discriminación.

De otro lado, el carácter imperativo o de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación ha sido reconocido expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante su opinión consultiva 18, en la cual señaló que:

En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional

³⁸ Véase art. 4.2 del PIDCP, art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁹ Salmón, E., “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista Themis*, núm. 51, 2005, p. 153.

y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.⁴⁰

3.1.4. Superación de la igualdad formal en pro de la igualdad real

Ahora bien, el derecho admite que brindar un trato formalmente igualitario a todos los grupos puede originar una mayor discriminación que la que existía inicialmente. Es necesario, por tanto, realizar el test de igualdad para establecer si un trato diferenciado es legítimo o no: primero se debe identificar la finalidad del trato, luego se analiza la legitimidad de dicha finalidad y, finalmente, se decide si el criterio de diferenciación es adecuado y proporcionado frente a dicha finalidad.

El artículo 24 de la CADH también incluye la cláusula de criterios prohibidos —aquellos criterios que históricamente han sido motivos de discriminación—, la cual conlleva las siguientes consecuencias: (i) la extensión de la prohibición de discriminación recogida en el artículo 1.1 a todos los derechos extraconvencionales y a todo el derecho interno de los Estados, y (ii) la incorporación de un test de igualdad más estricto para las distinciones fundadas en las “categorías sospechosas”.

⁴⁰ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 101. Reiterado posteriormente en *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 94.

3.1.5. Incluye la adopción de acciones positivas

En esta misma línea, la observación general 4 del Comité de Derechos Humanos, luego reemplazada por la observación general 31, señalaba expresamente en su párrafo 2 que el artículo 3 del PIDCP requiere “no solamente medidas de protección, sino también una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos”. En efecto, puede afirmarse que existe una obligación de los Estados de adoptar medidas especiales para corregir desigualdades respecto a determinados grupos históricamente discriminados. Por ejemplo, la Corte IDH ha reafirmado esta obligación en casos respecto a la violación de derechos de las personas con discapacidad.⁴¹ En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que, en virtud del principio de igualdad, existen determinadas circunstancias, como funciones públicas reservadas para mujeres,⁴² en las que se exige a los Estados adoptar disposiciones positivas con el fin de reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan la perpetuación de la discriminación.

En consecuencia, el DIDH urge a los Estados a respetar y garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, en igualdad de condiciones. En ese sentido, esta obligación no puede ser llevada a cabo sin una perspectiva inclusiva, que conciba a todas las personas y colectivos, en toda su diversidad, como sujetos con los mismos derechos. En consecuencia, no sorprende que la igualdad sea siempre presentada como un principio inclusivo.⁴³

Se trata, sin duda, del reconocimiento de aquellas personas diversas a uno mismo como sujetos que tienen los mismos derechos. Pero no solo eso, sino que, como forman parte del mismo

⁴¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopez vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 141.

⁴² Comité de Derechos Humanos, comunicación 943/2000I, párr. 9.3, *Caso Guido Jacobs vs. Bélgica*. El Comité consideró que los Estados pueden adoptar medidas para que se garantice a las mujeres el derecho de acceso a las funciones públicas en igualdad con los hombres, tal como el establecimiento de un número de puestos reservados a mujeres.

⁴³ Spencer, S., “Equity for whom?”, en Vertovec, S. (ed.), *op. cit.*, p. 216.

sistema normativo, se convierten también en sujetos de derechos pertenecientes al sistema de protección de derechos humanos y lo ayudan a construir. No se trata, entonces, de la construcción de una sociedad en la que se tiene que “tolerar” a ciertos elementos que presentan rasgos diferenciados, sino de la configuración de una sociedad y de sus valores con la participación de todas las personas, logrando un Estado inclusivo que, idealmente, logre erigirse con su participación, y no que únicamente los acomode de manera incidental.

Estamos ante una concepción de igualdad basada únicamente en la condición propia de ser humano. Como afirma Touraine:

Solo así los términos igualdad y diferencia se vuelven complementarios e inescindibles. Somos iguales entre nosotros solo porque somos diferentes los unos de los otros. Por el contrario, si definimos la igualdad a partir de las creencias comunes, advertiremos fácilmente minorías, y aun mayorías, que no las comparten y que desde ese momento consideraremos inferiores.⁴⁴

3.2. Igualdad, no discriminación y políticas públicas

Bajo estos parámetros, la igualdad funciona como norma, estrategia y aspiración.⁴⁵ Esta inclusión, basada en la igualdad real más allá de la tolerancia, implica que el Estado tiene que tomar acciones concretas a través de políticas públicas para garantizar el disfrute de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción en igualdad de condiciones. Esto se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 2 de la CADH, que consagra el deber de adoptar medidas de derecho interno para garantizar los derechos contenidos en dicha Convención. De la jurisprudencia de la Corte IDH, además, se puede inferir que la misma avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, partiendo del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales, por lo cual el Estado debe abandonar su

⁴⁴ Touraine, A., *op. cit.*, p. 63.

⁴⁵ Cooper, D., *Challenging Diversity. Rethinking Equality and the Value of Difference*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 196.

neutralidad y contar con herramientas de diagnóstico social para poder identificar estos grupos.⁴⁶

Entendida como “una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos, [...] a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo”,⁴⁷ la política pública cuenta con las siguientes fases:⁴⁸ a) fase de agenda o establecimiento de una agenda, que consiste en la identificación de los problemas públicos que sean prioritarios y que ameriten la actuación del Estado para resolverlos; b) diseño o establecimiento de las directrices básicas de la política pública, que implica el planteamiento de la forma como se realizará la misma, definiéndose la visión, los objetivos y las metas; c) implementación o puesta en marcha de los procesos y actividades planificadas, utilizando para ello los recursos y dispositivos previstos en el diseño, y d) evaluación o verificación de si el diseño fue implementado y si dicha implementación cumplió con las metas y objetivos planteados.

Como puede apreciarse, los derechos humanos sirven para determinar los temas de la agenda. En ese sentido, lo primero será el reconocimiento de la existencia de los grupos diversos que cuentan con características propias, diferentes a la “norma”. Asimismo, este reconocimiento debe comprender que estas diferencias implican que cada grupo “diverso” cuente con necesidades propias y particulares.

En este sentido, el reto no se restringe solamente al ámbito en el cual el grupo presenta la divergencia con el resto de la sociedad. En el caso de las personas con discapacidad física, por

⁴⁶ Abramovich, V., “De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, núm. 11, 2009, p. 18.

⁴⁷ Subirats, J. y Dente, B., *Decisiones públicas*, Barcelona, Ariel Ciencias Sociales, 2014, p. 36.

⁴⁸ Parsons, W., *Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, México, 2007, cit. por Alza, C., *Del ciclo de políticas a las funciones gerenciales*, Blog Valor Público, publicado el 13 marzo 2013, disponible en https://carlosalzabarco.wordpress.com/2013/03/13/funciones_gerenciales/

ejemplo, se debe tomar en cuenta que los derechos que son posiblemente vulnerados no se restringen únicamente a la accesibilidad física a ciertos lugares y servicios, sino que esto redundaría en la afectación de otros derechos, como el derecho al trabajo, a la educación, entre otros. Otro caso interesante en donde podemos evidenciar esta necesidad de conocer todos los aspectos en los cuales el hecho de pertenecer a un grupo determinado afecta la vida de las personas es el relacionado con los grupos LGBT. Aunque se puede pensar en un inicio que el derecho al matrimonio y derechos conexos son aquellos derechos que se ven afectados por la exclusión que sufren las personas LGBT, recientes estudios demuestran que, como se ha afirmado en líneas anteriores, esta aproximación resulta limitada e insuficiente.⁴⁹

3.3. Políticas públicas con enfoque de derechos

¿Cuál es el método que mejor permite llegar a la inclusión de los grupos que se reconocen como diversos dentro de la dinámica de las políticas públicas? Ciertamente, el DIDH no contiene un determinado diseño de políticas públicas, sino que constituye, como afirma Abramovich, un marco para las políticas públicas que los Estados deben adoptar.⁵⁰ De esta forma, las dotan de

⁴⁹ Entre estos estudios resalta el realizado por la *Equality and Human Rights Commission* de Gran Bretaña. Dicho estudio se centra en la necesidad de recolectar información sobre las características propias de las vidas de las personas LGB —lesbianas, gays y bisexuales—, para poder identificar cuáles son sus necesidades particulares en lo respectivo a los servicios públicos. La falta de información sobre estas necesidades particulares se debe a la invisibilización de la vida de estas personas, como lo afirma la misma Comisión: “Tradicionalmente, la orientación sexual ha sido vista como un asunto privado pero sin evidencia clara sobre dónde viven las personas lesbianas, gay y bisexuales, dónde trabajan, cuáles son sus experiencias y necesidades de servicios públicos, falta una pieza clave del rompecabezas. La evidencia es clave para lograr que los servicios reflejen las experiencias de todos y satisfagan sus necesidades”. *Equality and Human Rights Commission, Beyond tolerance. Making sexual orientation a public matter*, Londres, Equality and Human Rights Commission, 2009, p. 3.

⁵⁰ Abramovich, V., Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina, Documento preparado

direccionabilidad —fase de agendación— y legitimidad —fase de implementación—. ⁵¹

En la práctica contemporánea de las Naciones Unidas, por ejemplo, esta relación entre derechos humanos y políticas públicas ha generado una metodología específica de elaboración de políticas públicas que recibe el nombre de Enfoque Basado en Derechos Humanos (en adelante, EBDH).

En efecto, desde 1997, el secretario general de las Naciones Unidas (ONU) señaló que la misión de dicha organización debía reorientarse de modo que la realización de los derechos humanos fuera el fin último de la misma. ⁵² En 1998, en el marco de los cincuenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el secretario general, a través de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), solicitó a todas las agencias de la organización que manifestaran de qué manera estaban contribuyendo o podrían contribuir a la realización de los derechos humanos, para lo que se adoptó un marco conceptual y práctico que se denominó EBDH. Por ello, este se fundamenta en estándares del DIDH y está dirigido operativamente a los promotores y protectores de estos derechos. ⁵³

En esa línea, el EBDH busca fortalecer los objetivos de desarrollo y bienestar humano a partir del trabajo de las agencias de las Naciones Unidas y brindar, por este medio, un mejor soporte a

para “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”, Santiago de Chile, diciembre 9 y 10 de 2004, p. 2.

⁵¹ Salmón, E., “El largo camino de la lucha contra la pobreza y esperanzador encuentro con los derechos humanos”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 4, núm. 7, 2007, p. 167.

⁵² En 1997, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan entregó el informe Renovación de las Naciones Unidas: Un programa para la reforma (A/51/950), en el cual llamó a integrar los derechos humanos en toda la gama de las actividades de la ONU (párrs. 78-79). En el ámbito regional, el Consejo de la Unión Europea, emitió el documento denominado Council conclusions on a rights-based approach to development cooperation, encompassing all human rights, 19 de mayo del 2014.

⁵³ Tomado de la sección Human Rights in Development de la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en <http://www.unhcr.ch/development/approaches.html>

los Estados para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. No obstante, dado que son las acciones del Estado las que crean las condiciones en las cuales los pobres y otros actores toman decisiones, la metodología tiene que estar dirigida también al Estado, puesto que es allí desde donde mejor se pueden generar cambios reales.⁵⁴ Así entendido, los objetivos del EBDH no se limitan a mejorar el trabajo de las agencias, sino en última instancia, a “lograr que las entidades a cargo del diseño, implementación y ejecución de las políticas públicas se apropien de la metodología no solo como procedimiento de evaluación y seguimiento permanente, sino fundamentalmente, como una guía para reformular las políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos”.⁵⁵

En el caso peruano, el propio Estado define el EBDH como “una aproximación conceptual y metodológica basada en los estándares y principios de derechos humanos que sostiene que el desarrollo debe orientarse a promover y proteger los derechos humanos, para que sean ejercidos plenamente por todas las personas”.⁵⁶ En ese sentido, implica un cambio en la forma en que se diseñan e implementan las políticas públicas, debido a que las personas dejan de ser consideradas “beneficiarias” para ser consideradas “titulares de derechos”, y el Estado deje de ser considerado un “proveedor de servicios” para ser considerado un “titular de obligaciones”.⁵⁷ En este sentido, el EBDH busca empoderar a los sectores excluidos mediante el reconocimiento de sus derechos.⁵⁸ Es decir, el EBDH convierte los objetivos del desarro-

⁵⁴ Narayan, D. (ed.), *Empoderamiento y reducción de la pobreza*, Colombia, Banco Mundial-Alfaomega Colombiana, 2002, p. xi.

⁵⁵ Pérez Murcia, L. E., “Seguimiento y evaluación de políticas públicas en perspectiva de derechos humanos: la experiencia de la Defensoría del Pueblo de Colombia”, ponencia presentada en el XIV Curso Internacional-El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas, Santiago de Chile, del 9 al 13 de junio de 2003.

⁵⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Formulación de políticas públicas y proyectos de desarrollo. Guía para aplicar el enfoque basado en derechos humanos (EBDH)*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 15.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 10.

llo en derechos de la persona y define la responsabilidad de los titulares de obligaciones de conformidad con las normas de los derechos humanos. Esto implica que los procesos de “desarrollo y los planes y políticas públicas se insertarán dentro del sistema internacional de protección de derechos humanos, amparados por el derecho internacional, y que entiende el desarrollo como el proceso por el cual los ciudadanos ejercen sus derechos y participan del espacio público para que los que tienen obligación de actuar —especialmente instituciones públicas— cumplan con sus deberes”.⁵⁹ En este sentido, ejemplos como la creación de instituciones encargadas de la promoción y protección de ciertos grupos identificados como vulnerables, en el caso del Perú, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), es necesaria y beneficiosa. En cualquier caso, y más allá de la existencia de instituciones *ad hoc*, resulta indispensable la integración del EBDH en el diseño de políticas públicas de manera transversal para conseguir un Estado inclusivo.

Se entiende que el EBDH cuenta con tres principios transversales: el de igualdad y no discriminación, el de participación e inclusión y el de transparencia y rendición de cuentas. Los dos primeros principios son esenciales en la línea en la que se desarrolla el presente trabajo. El principio de igualdad y no discriminación requiere que se identifiquen los grupos en condiciones de vulnerabilidad y su situación particular respecto a los derechos involucrados en la política a desarrollar. También implica que se asegure su involucramiento y participación en la implementación.⁶⁰ Por otra parte, el principio de participación e inclusión exige que se identifiquen los espacios, momentos y mecanismos para asegurar la participación de los titulares de derechos en el proceso de formulación, y que además también se precisen los mecanismos para desarrollar sus capacidades para participar en el proceso y para conocer y reclamar sus derechos.⁶¹

⁵⁹ Bregaglio, R.; Constantino, R. y Chávez, C., *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú. El Plan Nacional de Derechos Humanos y las experiencias de planes regionales en derechos humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2014, p. 21.

⁶⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 22.

⁶¹ *Idem.*

Bajo esta perspectiva, la legitimidad de una medida depende del grado en el cual aquellos que se ven afectados por ella tuvieron participación en el proceso de toma de decisión y la oportunidad que tuvieron para influenciar los resultados.⁶² Y es que, siguiendo a Habermas, es necesario que aquellos individuos que se vean afectados participen en el discurso público y justifiquen aquello que constituya un trato igualitario o no.⁶³ Si todos aquellos afectados participan del proceso de diseño de la política pública de forma igualitaria y sin discriminación, la política resultante será más idónea.⁶⁴

Considero que esta nueva aproximación a la elaboración de políticas públicas deviene necesaria para generar el mejoramiento de relaciones inadecuadas —laborales, en el hogar o de acceso a servicios y ciudadanía— y el reforzamiento cotidiano de la inclusión de las personas o grupos focalizados en diversas relaciones sociales.⁶⁵ Asimismo, se enriquece con los estándares existentes en el DIDH⁶⁶ y se vuelve una forma de hacerlos cumplir. Por tanto, creo que la afirmación plena de los derechos humanos pasa necesariamente por afirmar un contenido amplio y dinámico de la igualdad y no discriminación como normas imperativas que tienen consecuencias concretas en la generación de políticas públicas con un enfoque de derechos humanos.

4. INCLUSIÓN Y DEMOCRACIA O HACIA UNA INCLUSIÓN DEMOCRÁTICA

El modelo de inclusión que se deriva del DIDH encuentra en el sistema democrático el ámbito de aplicación más acorde con sus características. Ciertamente, el proyecto democrático es inclusivo por definición, aunque no estático, por lo que dependerá

⁶² Young, I. M., *op. cit.*, pp. 5-6.

⁶³ Habermas, J., *The Inclusion of the other. Studies in Political Theory*, C. Cronin y P. De Greiff (eds.), Massachusetts, MIT Press, 1998, p. 210.

⁶⁴ Young, I. M., *op. cit.*, pp. 29-30.

⁶⁵ Iguíñiz Echeverría, J. M., *op. cit.*, p. 32.

⁶⁶ Abramovich, V., Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina, *...cit.*, p. 24.

del modelo de ciudadanía y concepto de ciudadano que postule —moderno, individual, racional, liberal, economicista, etc.— que la democracia termine configurándose como más o menos incluyente. En todo caso, para ser coherente, no puede poseer formas institucionalizadas y culturalmente legitimadas de exclusión, como la exclusión de la participación de individuos y de grupos sociales menospreciados injusta y sistemáticamente.⁶⁷

En la práctica de nuestra región, además, la idea de inclusión se encuentra inevitablemente vinculada a las de democracia y derechos humanos, visión que se apoya en los instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De aquí se desprende que si bien la democracia representativa se centra en la participación de la población en la elección de los gobernantes,⁶⁸ la naturaleza de la democracia representativa no se agota con esta concepción, sino que, también y fundamentalmente, genera un marco apropiado para que los Estados cumplan, a nivel interno, con las obligaciones de respeto y garantía de todos los derechos humanos.⁶⁹

De los instrumentos a nivel interamericano que recogen esta vinculación entre democracia y derechos humanos se puede mencionar la Carta Democrática Interamericana, en cuyo preámbulo se afirma que:

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.⁷⁰

⁶⁷ Tubino, F., “Inclusión en la participación y políticas de reconocimiento”, ... *cit.*, p. 143.

⁶⁸ Peruzzoti, E., “La democracia representativa como política mediada: repensando los vínculos entre representación y participación”, en *Debates en Sociología*, núm. 33, 2008, PUCP, p. 10.

⁶⁹ Salmón, E., “El buen gobierno en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su relevancia para el Estado Peruano”, en Castro, A. (ed.). *Buen gobierno y derechos humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2014, p. 132.

⁷⁰ Carta Democrática Interamericana, aprobada en el vigésimo octavo periodo extraordinario de sesiones, Lima, Perú, 11 de septiembre de 2001,

Ahora bien, como afirma Habermas, esto no requiere un modelo diferente de democracia, sino una actualización del sistema de derechos que existe en ella.⁷¹ En suma, reconocer que la diversidad y la contribución continua de las comunidades e individuos solo son posibles al crear un ambiente de inclusión, participación y un diálogo abierto y efectivo para facilitar una sociedad de valores compartidos.⁷² Con esto, la democracia se fortalece, pues una democracia débil es incapaz de garantizar la vigencia de los derechos humanos, lo que a su vez genera altos niveles de exclusión.⁷³

4.1. Democracia y contextos de justicia transicional

Los periodos posteriores a regímenes dictatoriales o de conflicto armado suelen ser ocasiones en que se postula la necesidad de refundar —o fundar— verdaderos sistemas democráticos. Y

art. 6. Este instrumento de *soft law* ha sido “jurisprudencializado” por la Corte IDH para afirmar: “En el Sistema Interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana [...]. En dicho instrumento se señala que: [s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párr. 142.

⁷¹ Habermas, J., *op. cit.*, p. 208.

⁷² Vrdoljak, A., “Liberty, Equality, Diversity: States, Cultures, and International Law”, en Vrdoljak A. (ed.), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 60.

⁷³ Abramovich, V., “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en la formulación de políticas públicas”, en Navarrete, M. (ed.), *Políticas públicas y derechos humanos en el Mercosur. Un compromiso regional*, Montevideo, Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, 2004, p. 118.

es que, como afirma De Greiff,⁷⁴ en los periodos de transición, un Estado debe afrontar su pasado, evaluar su presente y decidir cómo desea que sea su futuro, por lo que, en realidad, de ser exitoso, un periodo de transición constituye el camino hacia una situación de democracia y paz en su concepción más amplia y positiva. En ese sentido, si se afirma que la justicia transicional implica un compromiso con el respeto al Estado de derecho —democrático—, este Estado de Derecho tiene que cumplir con objetivos de promover la justicia social, el reconocimiento, entre otros. Estos periodos, además, hacen visibles las brechas de desigualdad y exclusión.

Sin embargo, es necesario tomar en cuenta una tensión fundamental. Por un lado, los procesos de justicia transicional, aunque pueden proveer cambio, no pueden solucionar todos los problemas existentes en una sociedad. Pero, por otro, si la justicia transicional busca consolidar la democracia, no puede evitar atacar estas brechas. En ese sentido, se debe analizar cuál es el verdadero alcance del potencial para el cambio de las políticas de justicia transicional, con el objetivo de maximizar estas posibilidades.⁷⁵

De esta manera, la inclusión se erige no solo como un elemento definitorio de cualquier contexto democrático, sino que adquiere particular relevancia cuando la exclusión de ciertos sectores de la población fue una de las causas de los periodos de graves violaciones de los derechos humanos. Esta situación, por ejemplo, se hizo patente en el trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) de Perú. En efecto, la CVR peruana identificó que la población más afectada por el conflicto armado fue también la población más excluida. En esta línea, señaló que el 75% de las víctimas eran quechuablantes de origen rural, el 35% pertenecían al quintil más pobre y el 70% tenían educación inferior a la secundaria.⁷⁶ En ese sentido, se puede afirmar que

⁷⁴ Greiff, P. de, “Theorizing transitional justice”, en *Nomos*, vol. 51, 2012, p. 57.

⁷⁵ Sandoval, C., “Transitional Justice and Social Change”, en *SUR-International Journal On Human Rights*, vol. 11, núm. 20, 2014, p. 187.

⁷⁶ CVR, Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, t. I, pp. 157 y ss.

la exclusión jugó un papel importante respecto a tres aspectos relacionados con el conflicto armado: (i) una estrecha relación entre la pobreza y las causas del conflicto armado, (ii) una relación entre la exclusión y el desarrollo del conflicto armado, en el sentido que la intensidad de la violencia varió en función de si la población involucrada estaba más o menos incluida y (iii) la existencia de una fuerte relación entre la pobreza y la fase posterior al conflicto, debido a que la grave violencia desplegada profundizó las condiciones económicas, sociales y culturales preexistentes en el país.⁷⁷

Desde esta perspectiva, al momento de realizar sus recomendaciones, la CVR tomó en consideración estos factores y, entre otras medidas, recomendó una serie de reformas institucionales. Entre estas se encuentra el reconocimiento e integración de los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en el marco jurídico nacional, incluyéndolos “de manera importante en el proceso de reforma constitucional, con la finalidad de brindarles una protección jurídica justa y legítima como sujetos de derechos y reafirmar la diversidad y pluralidad de la nación peruana”.⁷⁸ Para lograr dicho objetivo, se sugirió, entre otras medidas, la adopción de la interculturalidad como política de Estado, el reconocimiento de la existencia legal y personalidad jurídica como pueblos y de sus formas de organización comunal y el respeto del derecho y administración de justicia indígena, de acuerdo con los derechos humanos y acceso a la justicia ordinaria con juzgados especializados en materia indígena.⁷⁹

En esta misma línea, la nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición elaborada por el secretario general estableció como uno de sus principios la necesidad de buscar que los procesos y mecanismos de la justicia transicional tomen en consideración las causas del conflicto o el régimen dictatorial, y que se tomen en consideración las vio-

⁷⁷ Salmón, E., “El largo camino de la lucha contra la pobreza y esperanzador encuentro con los derechos humanos”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 4, núm. 7, 2007, p. 163.

⁷⁸ CVR, Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, t. IX, p. 118.

⁷⁹ *Idem.*

laciones de todos los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales (principio 9). En ese sentido, se afirma que la paz solo puede prevalecer si las situaciones sistemáticas de discriminación, distribución desigual de la riqueza y servicios sociales, así como la corrupción endémica son enfrentadas por el Estado.⁸⁰

También en materia de reparaciones, otro mecanismo de la justicia transicional, se configura un elemento esencial para insertar una perspectiva de inclusión, y aquí es que se plantea el debate sobre las denominadas reparaciones transformadoras o la finalidad de desarrollo de la justicia transicional. Sobre lo primero, Uprimny ha señalado:

En efecto, ¿qué sentido tiene que la reparación consista únicamente en devolver a un campesino a su minifundio de pobreza; a una mujer a su situación de carencia de poder, inseguridad y discriminación; a un niño a una situación de malnutrición y falta de acceso a la educación; a un grupo étnico al sometimiento y la ausencia de seguridad jurídica sobre sus tierras? Sin duda, una devolución de esta naturaleza es importante en contextos como el colombiano, en los que los crímenes atroces se han caracterizado históricamente por quedar en la impunidad y en los que, por consiguiente, en la mayoría de casos no ha habido ningún tipo de reparación. Sin embargo, una reparación puramente restitutoria como esa no aseguraría uno de los objetivos centrales de la reparación, que es garantizar la no repetición de las atrocidades, ya que se dejarían intactas muchas condiciones de exclusión que se encuentran en la base del conflicto.⁸¹

La naturaleza transformadora de algunas reparaciones implica que los programas de reparación deben ser concebidos como parte de un proyecto de democracia inclusiva, sobre todo para

⁸⁰ Secretario general de las Naciones Unidas, Nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición, 2010, p. 7.

⁸¹ Uprimny, R. y Saffon, M. P., “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en Díaz Gómez, C.; Sánchez, N. y Uprimny, R. (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional-ICTJ-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- DEJUSTICIA, 2009, p. 36.

incluir a las víctimas dentro del nuevo orden social.⁸² Las interacciones con el Estado en torno a las reparaciones, de ser positivas, pueden tener además, como efecto, la toma de conciencia sobre sí mismos como ciudadanos con derechos, lo que puede llevar a exigir acceso a la justicia y un gobierno efectivo y transparente.⁸³

Sin embargo, es necesario reafirmar que este tipo de reparaciones no se deben identificar con una política social, ya que las primeras buscan saldar una deuda específica por violencias directas que fueron ejercidas contra ciertas víctimas.⁸⁴ En esta línea, los efectos en el marco de la justicia distributiva no son esenciales, sino incidentales de las medidas de reparación, cuyo principal fin es el de proteger los derechos de las víctimas.⁸⁵

⁸² Uprimny, R., “Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations”, en Mihr, A., *Rule of Law and Transitional Justice. Towards a triangular learning. The case of Colombia*, Venecia, EIUC, 2013, p. 82.

⁸³ Roht-Arriaza, N. y Orlovsky, K., “Reparaciones y desarrollo: una relación complementaria”, en Reátegui, F. (ed.), *Justicia Transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia-Centro Internacional para la Justicia Transicional-ICTJ, 2011, p. 528.

⁸⁴ Uprimny R. y Saffon, M. P., *op. cit.*, p. 46.

⁸⁵ En el caso peruano, la CVR planteó también la creación de una Plan Integral de Reparaciones (ley 28592, art. 2) que preveía una serie de reparaciones de diferente naturaleza. Entre estas reparaciones estaban el Programa de restitución de derechos ciudadanos, el Programa de reparaciones en educación, reparaciones colectivas y simbólicas, promoción y facilitación al acceso habitacional, entre otros programas que la Comisión Multisectorial aprobara. Respecto al nivel actual de implementación del proceso de reparaciones en Perú, hasta el momento existen 208 675 víctimas individuales inscritos en el Registro Único de Víctimas (RUV). Además, existen 5 712 comunidades y centros poblados inscritos y 56 grupos organizados de desplazados no retornantes. De las víctimas individuales inscritas, 79 085 son potenciales beneficiarios del Programa de Reparaciones Económicas. Hasta la fecha se ha reparado a 76 617 de las mismas, lo que equivale al 96.97%. Respecto al programa de Reparaciones en Salud, 140 081 de los 159 715 beneficiarios inscritos en RUV han sido afiliados al Sistema Integral de Salud (SIS). Aunque este es un número alto de beneficiarios, cabe enfatizar que existen muchos problemas en el funcionamiento del SIS, sobre todo porque no cubre varios tratamientos necesarios. Chávez, C., *Política y reparación en el postconflicto peruano. Reflexiones a 10 años del PIR*, Lima, IDEHPUCP, 2015, disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/opinion/politica-y-reparacion-en-el-postconflicto-peruano-reflexiones-a-10-anos-del-pir/> En lo concerniente al Programa de Reparación en Educación, hasta la

La inclusión de la diversidad es una cuestión que hoy en día no es solo una obligación social o ética de los Estados, sino también una obligación jurídica que encuentra su fundamento en las disposiciones del DIDH. Creo además, que esta afirmación condiciona la gestión de la diversidad en el sentido de que la inclusión comprende también la definición de políticas públicas con enfoque de derechos y la afirmación de un sistema democrático inclusivo. Sin duda, esto se debe a que el DIDH es entendido como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas.⁸⁶

Al respecto, aunque en un principio la tolerancia era identificada como la razón esgrimida por el DIDH para acoger la diver-

fecha son 1 171 los beneficiados. En cuanto al Programa de Promoción y Facilitación al Acceso Habitacional, el 18 de noviembre de 2014 se aprobaron los lineamientos generales del mismo programa, el cual tiene como objetivo permitir la implementación del mismo por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. En la misma fecha se aprobaron los Lineamientos Generales del Programa de Restitución de Derechos Ciudadanos. En la actualidad, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos brinda asesoría legal mediante defensores especializados en las regiones de Apurímac, Ayacucho y Huancavelica. Por otro lado, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil elaboró un “Plan Nacional de Atención de la Problemática de la Indocumentación 2011-2015”. Respecto al Programa de restitución de reparaciones simbólicas, se ha inaugurado un museo de la memoria en Junín y el Lugar de la Memoria, la Tolerancia y la Inclusión Social en Lima. Además, el Estado ha transferido el terreno necesario para la construcción del “Santuario de la Memoria”, en la Hoyada, Ayacucho. Finalmente, en este punto cabe mencionar que en el 2014 se realizó el acompañamiento a 161 casos de entierro de víctimas de desaparición forzada. En torno al Programa de Reparaciones Colectivas, entre el 2007 y el 2014 se ejecutaron s/. 251 046 950.17 millones de soles en financiamiento de proyectos de infraestructura productiva o de mejoramiento de servicios básicos en 2 095 comunidades nativas, campesinas o centros poblados más afectados. La información ha sido recabada del documento Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN), Información sobre avances en la implementación del PIR, oficio 783-2015-JUS/CMAN y del oficio 715-2015-JUS-CR/ST del Consejo de Reparaciones sobre la elaboración del Registro Único de Víctimas (RUV).

⁸⁶ Abramovich, V., Una aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina, Documento preparado para “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”, Santiago de Chile, diciembre 9 y 10 de 2004, p. 4.

sidad, esta perspectiva resulta hoy insuficiente. La tolerancia no permite identificar la diversidad como parte del mismo sistema normativo, como algo propio, sino como algo foráneo. Resulta necesario, entonces, acoger la inclusión como el estándar que se deriva del DIDH.

En ese sentido, aunque no se puede hablar en estricto de un derecho a la inclusión, esta tiene como base jurídica el principio de igualdad y no discriminación, el cual tiene naturaleza de *jus cogens*. Para que dicho principio sea respetado en plenitud, es necesario que el Estado adopte políticas, no solo de abstención de prácticas discriminatorias, sino también de adopción de medidas necesarias para garantizar una verdadera inclusión de todas las personas bajo su jurisdicción por igual. Esta tarea puede ser lograda a través de la adopción del enfoque basado en derechos humanos (EBDH) para la elaboración de políticas públicas. En mi opinión, dicho enfoque cuenta con una serie de herramientas que son las más idóneas para lograr una verdadera inclusión.

Finalmente, prestando atención a la experiencia latinoamericana, este modelo de inclusión democrática encuentra vigencia en el marco de un sistema democrático. Resulta además necesario reflexionar sobre los periodos de transición como un marco idóneo para adoptar medidas que permitan lograr el objetivo de la inclusión. Luego de periodos de violencia cuyas raíces se encuentran, en mayor o menor medida, en la exclusión de determinados sectores de la sociedad, es necesario plantear de qué forma las medidas de justicia transicional pueden eliminar el problema de la exclusión. En ese sentido, las reformas institucionales y las reparaciones de naturaleza transformadora, como garantías de no repetición, constituyen una herramienta esencial para poder lograr la inclusión de aquellas víctimas de la violencia que forman parte del sector más relegado de la sociedad. Por otro lado, en los últimos años ha surgido un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, cuyo objetivo principal es alcanzar la inclusión de los grupos afectados por las profundas desigualdades sociales existentes en las sociedades latinoamericanas, apoyándose para ello en una apertura de los Estados al derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, en los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

*María Sofía Sagüés**

1. PRESENTACIÓN PRELIMINAR

La existencia de grupos de personas sistemáticamente excluidos y discriminados es una realidad que apremia a los ordenamientos jurídicos y exige respuesta por parte de los Estados y los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos. Ahora bien, diseñar respuestas adecuadas muchas veces implica reformular y redimensionar las herramientas tradicionales en tutela de los derechos.

El presente apartado tiene como fin volver la vista a la diversidad y al pluralismo¹ en los sistemas constitucionales, y los mecanismos para garantizar su tutela. En este marco, se procurará analizar la discriminación estructural y las herramientas disponibles en miras a su superación, específicamente las acciones afirmativas como mecanismo para concretar la diversidad a través de una “masa crítica”, como base de una sociedad inclusiva, para luego finalizar ponderando los perfiles del litigio estratégico tendente a canalizar estos conceptos.

* Maestra en Derecho por la Universidad de Georgetown, 2003, abogada por la Universidad Católica Argentina, 1997.

¹ Véase Walzer, Michael, “Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad”, México, FCE, 2015.

A fin de nutrir el estudio de estas pautas se recurrirá al análisis de respuestas brindadas por diversos sistemas de derecho comparado. Así, se partirá del concepto de discriminación estructural sistematizado por la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez delimitadas las aristas de la figura —en particular la exigencia de grupos sistemáticamente excluidos del goce de sus derechos— se pondrá el acento en la necesidad de que las medidas de reparación tengan una “vocación transformadora” de dicha situación, aspecto que se vincula necesariamente al segundo núcleo conceptual que se asumirá en el presente trabajo, consistente en la viabilidad de las acciones afirmativas como herramientas jurídicas con vocación transformadora de la sociedad como remedio de la discriminación estructural al constituirse como instrumentos tendentes a generar una masa crítica que garantice diversidad.

A tal efecto, se partirá de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, especialmente en cuanto procura implementar las medidas de acción positiva como instrumento de garantía de la diversidad. En este marco, se analizará también la utilización que se ha realizado del dato sociológico, con relación a las instituciones en estudio. Finalmente, con base en los conceptos señalados, se procurará brindar algunas pautas liminares del litigio estratégico a desarrollar frente a supuestos de discriminación estructural.

2. DE LA IGUALDAD A LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

Las constituciones y convenciones internacionales han aportado un amplio tratamiento del derecho a la igualdad y no discriminación, desde diversas ópticas y perspectivas, que van desde la recepción constitucional del derecho a la “igualdad formal” ante la ley, a la igualdad real, material, o de oportunidades.²

² Por ejemplo, la Constitución argentina consagra en su art. 16 que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes

Por su parte, la tutela se ha brindado a través de cláusulas autónomas o subordinadas. El sistema internacional de los derechos humanos aporta un interesante mosaico de ejemplos. Así, encontramos cláusulas autónomas —por ejemplo, en los artículos 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ (PIDCP), entre otros— y cláusulas subordinadas —como el art. 1.1 de la CADH⁴ o el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵ (CEDH)—. Asimismo, los ordenamientos brindan herramientas de concreción de tales normas, que llegan a admitir la instrumentación de medidas de acción afirmativa, o discriminación inversa, en miras a una eficacia transformadora de la sociedad.

Sin embargo, este escenario generalizado de tutela del derecho a la igualdad se enfrenta a una realidad apremiante plasmada de desigualdades y discriminación, que en muchos casos se ahonda con dimensiones que se expanden en grupos de personas

son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. Paralelamente, el art. 37, segundo párr., establece: La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

- ³ Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- ⁴ Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos: 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.
- ⁵ El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

marginadas, subordinadas, que sobre la base de prácticas sistemáticas generalizadas de exclusión social, llegan a constituirse como castas o parias.⁶

Esta realidad ha exigido el replanteamiento de la tutela jurídica de la igualdad, alertando que su reconocimiento constitucional veda no solo la discriminación, sino también aquellas leyes que crean o perpetúan estructuras generalizadas de sometimiento.⁷ Así, la noción de igualdad estructural o como no sometimiento se presenta como una instancia superadora de la concepción individualista de la igualdad,⁸ permitiendo acercar la tutela de los derechos a estos grupos desaventajados.

Al concentrarse en la exclusión, marginación o sometimiento, la noción de discriminación estructural se vincula con el concepto denominado como “igualdad como no sometimiento”. Citando a Owen Fiss, Roberto Saba lo explica: “la igualdad como un principio opuesto a la opresión y la imposición de cadenas visibles o invisibles [...] La igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o [...] exclusión, alude al imperativo moral de igual libertad como precondition para la autonomía de las personas”.⁹

3. LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Un pronunciamiento reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) analiza expresamente la doctrina de la “discriminación estructural”, brindando luz a un concepto que aparecía incipiente en algunas decisiones jurisdiccionales.

⁶ Fiss, Owen, *A community of equals*, Boston, Beacon Press, 1999.

⁷ Fiss, Owen, *op. cit.*, p. 7.

⁸ Véase Saba, Roberto, “Mas allá de la igualdad formal ante la ley”, en *¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, pp. 27 y ss.

⁹ Saba, Roberto, *op. cit.*, p. 28.

En su decisión dictada en *Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, resuelto el 20 de octubre de 2016,¹⁰ la Corte Interamericana aporta elementos que permiten dimensionar de manera técnica esta apremiante situación, al enmarcar su tutela en una “situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores”.¹¹ El caso se refiere a la omisión y negligencia del Estado para investigar diligentemente la desaparición de dos trabajadores y una práctica de trabajo forzado y servidumbre por deudas en la Hacienda Brasil Verde, ubicada en el norte del estado de Pará, Brasil.

La Corte, en el considerando 111 del voto mayoritario, hace mérito del informe de la relatora especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias y sostiene que “a pesar de la abolición legal, la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron *causas estructurales* que provocaron la continuación del *trabajo esclavo* en Brasil”.¹²

Así, parte del derecho a la igualdad consagrado por la CADH (considerandos 333 a 335), en virtud de cual los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto* (considerando 336). Seguidamente, enlaza estas pautas con la especial tutela de las personas en situación de vulnerabilidad, al señalar 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” (considerando 337). Finalmente, concluye que “La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, *habiendo discriminación estructural*, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de

¹⁰ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 218, párr. 308.

¹¹ *Ibidem*, párr. 343.

¹² Shahinian, Gulnara, Misión a Brasil, 30 de agosto de 2010, párr. 23, exp. de prueba, fol. 163.

victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido”.¹³ Esta discriminación se ve enmarcada en una “*situación de riesgo inmediato* para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, [que] tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de «trabajo esclavo» en el país”.¹⁴

La doctrina de la discriminación estructural no resultaba ajena a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino que pueden citarse algunos antecedentes. De hecho, puede ser vinculada de manera directa con algunos precedentes especialmente dirigidos a la tutela de grupos en situación de vulnerabilidad.

Por ejemplo, en la sentencia dictada en 2010 en el caso *Campo Algodonero*, la Corte refiere a una “cultura de discriminación” contra la mujer, que “contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”. La irregular y deficiente actuación de las autoridades del Estado a la hora de buscar el paradero de las víctimas una vez reportada su desaparición, la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos, de las circunstancias y causas de las muertes, el retraso en la entrega de los cadáveres, la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones y el trato dado a los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad configura un trato degradante, contrario a los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de los familiares”.¹⁵ En este punto, el Tribunal

¹³ *Ibidem*, párr. 338 (las cursivas son nuestras).

¹⁴ *Ibidem*, párr. 339.

¹⁵ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 398.

sostuvo la discriminación basada en los estereotipos culturales que se ha proyectado históricamente.

El Tribunal concluyó que “teniendo en cuenta la situación de *discriminación estructural* en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado [...], las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...]”.¹⁶ En el caso en particular, unos elementos tomados en cuenta fue la extrema pobreza de los trabajadores mencionados.¹⁷

Cabe recordar que respecto a la discriminación estructural de la mujer en virtud de estereotipos culturales, el comité CEDAW ha señalado que

Las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, tales como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación de la mujer. El efecto de dicha violencia sobre la integridad física y mental de la mujer es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. [...] Estas actitudes también contribuyen a la difusión de la pornografía y a la representación y otro tipo de explotación comercial de la mujer como objeto sexual, antes que como persona. Ello, a su vez, contribuye a la violencia contra la mujer.¹⁸

¹⁶ *Ibidem*, párr. 450 (las cursivas son nuestras).

¹⁷ En torno al tema véase Rossetti, Andrés y Álvarez, Magdalena (coords.), *Derecho y pobreza, un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Editorial Advocatus, 2015.

¹⁸ CEDAW, La violencia contra la mujer, recomendación general, núm. 19, 11º periodo de sesiones, 1992, párrs. 11-12.

Asimismo, en el caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*,¹⁹ también de 2010, el Tribunal analizó “un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma”.²⁰

En *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,²¹ se identifican los elementos estructurales de discriminación en torno a minorías sexuales, retomando la referencia al elemento histórico que estuvo presente en el caso *Campo Algodonero*. Específicamente, el punto es analizado en el considerando 92, donde “la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”.²² También el Tribunal enfatiza que

la reproducción de estereotipos que están asociados a la *discriminación estructural e histórica* que han sufrido las minorías sexuales [...], particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI.²³

¹⁹ Corte IDH. *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214. En el párr. 273 se hace referencia a: “En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no solo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación”.

²⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra* párr. 2.

²¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239.

²² *Ibidem*, párr. 92.

²³ *Ibidem*, párr. 267 (las cursivas son nuestras).

En 2014, la vulnerabilidad de los migrantes haitianos es ponderada especialmente en la sentencia dictada en *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*,²⁴ donde se señalan diversos elementos yuxtapuestos que confluyen en acentuar tal situación, como el hecho de ser niños y niñas, carencia de documentación, etcétera.

Del análisis de los precedentes citados se desprende que la doctrina de la discriminación estructural puede encontrar importantes antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal supranacional regional americano. Sin embargo, sus aristas y límites no resultan delimitados de manera definitiva. Por ejemplo, en algunos casos puede encontrarse fuertemente vinculada a elementos culturales e históricos que la sostienen, mientras que en otros casos el elemento temporal o histórico no se hace presente.

El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la causa *Hacienda Brasil Verde*, aporta elementos técnicos interesantes para delimitar las aristas de la doctrina de la discriminación o desigualdad estructural. El juez parte de la generalidad de la tutela brindada por el instrumento internacional, señalando que “la Convención Americana no contiene una definición explícita del concepto de «discriminación» ni de qué grupos «son sometidos a discriminación»”.²⁵ En este marco, brinda “algunos elementos que deben ser tomados en consideración, a modo enunciativo mas no limitativo, para determinar si derivado del contexto o patrones colectivos o masivos estamos frente a una discriminación estructural”:²⁶

(i) En primer lugar, la discriminación estructural exige la presencia de un grupo de personas, o grupos de personas. Esto permite excluir de la noción supuestos exclusivamente individuales de discriminación. Se exige, en consecuencia, la existencia de una *situación “colectiva”*.

²⁴ Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282.

²⁵ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, *supra*, párr. 5, voto razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

²⁶ *Ibidem*, párr. 80 voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

El Juez citado refiere a que tal grupo debe presentar, en principio, las siguientes singularidades:

- a) “tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona [...],
- b) o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias, y
- c) pudiendo ser este grupo de personas minoría o mayoría”.²⁷

Nótese que el voto en análisis permite identificar un supuesto de discriminación estructural sin necesidad de la existencia del elemento temporal prolongado —o “histórico”— de subordinación.

Sin embargo, la pauta señalada en el inciso *a* implica replicar los elementos que tradicionalmente se han tenido en cuenta a los fines de categorizar la tutela del derecho a la igualdad desde la perspectiva individual. Sin embargo, debe recordarse que, desde el punto de vista de la doctrina constitucional estadounidense, se ha señalado que la doctrina de la desigualdad estructural procura ser superadora de la concepción individualista de la igualdad.²⁸

(ii) “que estos grupos se han encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impiden acceder a condiciones básicas de desarrollo humano”.²⁹

El segundo elemento expresado por Ferrer Mac-Gregor parece apuntar al núcleo central de la noción de discriminación estructural: la situación generalizada de desventaja, exclusión, subordinación, marginación o sometimiento.

Nuevamente, Ferrer Mac-Gregor presenta el elemento histórico como una pauta que permite a fin de identificar la discriminación estructural. Al respecto, resaltamos que Ferrer Mac-Gregor enfatiza que los elementos reseñados son enunciativos, por lo que puede concluirse que la referencia a una situación histórica de exclusión no siempre es exigible, en la medida en que se cons-

²⁷ *Idem.*

²⁸ Véase Saba, Roberto, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

²⁹ *Idem.*

tate la sistematicidad o proyección generalizada de la marginación, subordinación o exclusión que actúa como valla u obstáculo para el goce de los derechos fundamentales. La pregunta fundamental sería si, a fin de verificar la exigencia de discriminación estructural, es exigencia fundamental la presencia de un sometimiento o marginación prolongado en el tiempo con tal magnitud que es susceptible de ser considerado como “histórica”.

El tema no es menor, ya que de la respuesta no solo se concluirá que la figura tiene proyecciones de diversa magnitud —ya que la exigencia de discriminación estructural histórica podrá predicarse solo de determinados grupos—, sino que también aporta a la doctrina un elemento de naturaleza “reivindicatorio”, que impacta sobre los fines u objetivos de las herramientas que instrumente el ordenamiento jurídico en miras a paliar tal discriminación estructural. Es decir, estas podrían ser concebidas que o bien una especie de reparación a tal discriminación histórica, o, por el contrario, un instrumento de transformación social en miras a una sociedad más justa e inclusiva.

Estimamos que la respuesta debe orientarse hacia la negativa. Efectivamente, la noción de discriminación estructural resulta apropiada para canalizar la situación de grupos históricamente excluidos, pero no se agota en ellos. Por el contrario, principio de no sometimiento *antisubjugation* se proyecta a todos los órdenes sociales.³⁰

De hecho, como surge de la reseña formulada anteriormente, en los casos citados en los que la Corte Interamericana ha ponderado elementos estructurales que han contribuido a la exclusión sistemática de determinados grupos del goce de sus derechos fundamentales, no siempre se ha partido de considerar la existencia de factores históricos que conllevan a tal discriminación —presentes, por ejemplo, en el caso de la mujer o las minorías sexuales—, sino la especial situación sistemática y generalizada de la afectación de sus derechos —por ejemplo, el caso de vulnerabilidad de una comunidad originaria o migrantes indocumentados—.

³⁰ Fiss, Owen, *op. cit.*, p. 15.

Asimismo, la experiencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos también permite acentuar el elemento de la generalización o sistematización en la exclusión de determinados grupos del goce de sus derechos, más allá de la existencia o no de discriminación histórica. De esta manera se vincula la doctrina en estudio con la exigencia de sistematicidad o “disfunción sistémica inadmisibles” o problema generalizado como elemento determinante de la adopción de sentencias pilotos por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En consecuencia, la multiplicación, generalización y sistematización de la marginación y exclusión en el goce de los derechos constituye el elemento determinante de la discriminación estructural, a lo que se suma en numerosas oportunidades el condimento histórico o cultural, aunque no como elemento indispensable.

(iii) Seguidamente, el voto en estudio aporta pautas que contribuyen con la perspectiva amplia de aplicación de la doctrina. Así, señala “que la situación de exclusión, marginación o subordinación se centra en una zona geográfica determinada o bien puede ser generalizada en todo el territorio de un Estado que en algunos casos puede ser intergeneracional”.³¹

(iv) Por último, aporta un elemento determinante. La discriminación estructural encuentra su base en la noción de discriminación *de facto*, no *de iure*. Se señala “que las personas pertenecientes a estos grupos, sin importar la intención de la norma, la neutralidad o la mención expresa de alguna distinción o restricción explícita basada en las enunciaciones e interpretaciones del artículo 1.1 de la Convención Americana, son víctimas de discriminación indirecta o bien de discriminación *de facto*, por las actuaciones o aplicación de medidas o acciones implementadas por el Estado”.³²

Resta sumar un elemento que el Tribunal ha considerado presente en los supuestos en que se ha constatado la existencia de

³¹ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, *supra*, párr. 80, voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

³² *Idem*.

discriminación estructural, y es la necesidad que las medidas de reparación tengan una “vocación transformadora” de dicha situación (v.gr. los caso *Campo algodónero*³³ y *Atala Riffo*³⁴). Este punto se vincula necesariamente con las potestades de los tribunales constitucionales y organismos supranacionales como agentes de cambio social,³⁵ tema cuyo análisis específico excede los límites del presente estudio.

Ello nos lleva necesariamente al segundo núcleo conceptual aquí planteado, consistente en la viabilidad de las acciones afirmativas como herramientas jurídicas con vocación transformadora de la sociedad frente a la discriminación estructural.

4. ACCIONES AFIRMATIVAS COMO HERRAMIENTA DE SUPERACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

4.1. Presentación preliminar

A modo introductorio, puede señalarse que la acción afirmativa implica la utilización de protección especial sobre determinados sectores sociales o grupos de personas, en miras a procurar una solución transitoria que permita garantizar la igualdad de oportunidades. Explica María Angélica Gelli que “las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbordando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos”.³⁶

Técnicamente se las presenta como el uso de “pasos positivos designados para eliminar una discriminación existente y continuada, para eliminar efectos de discriminaciones pasadas,

³³ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, *supra*, párr. 450.

³⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*, *supra*, párr. 267.

³⁵ Véase Sagüés, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambio social”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, pp. 527-541.

³⁶ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 597.

y para crear sistemas y procedimientos para prevenir futuras discriminaciones”.³⁷

Así, consisten en “favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor protección de otras, si mediante esa “discriminación” se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitario que recae sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician”.³⁸ En la práctica, tradicionalmente constituyen la instrumentación de programas basados en clasificaciones que tienen en consideración, por ejemplo, la raza o el género, en miras a, específicamente, beneficiar minorías históricamente discriminadas.³⁹

El carácter polémico de las figuras se debe a que empíricamente constituyen un tratamiento privilegiado de un sector, que en términos fácticos es discriminado, excluido o sometido. Dado que tienen su origen a fin de paliar situaciones sistemáticas de discriminación estructural histórica, se ha sostenido que “inevitablemente acarrea la injusticia de tratar, también desigualitariamente, a algunos de los actuales herederos de los sectores o los grupos otrora explotadores”.⁴⁰

Estas características la han delimitado como una medida de naturaleza restrictiva. Así, ha imperado generalmente un espíritu medido en la aplicación, tanto en torno a la modalidad de instrumentación, los supuestos de aplicación, como los fines que las inspiran. Los autores puntualizan la necesidad de que “deberán extremarse los recaudos a fin de evitar que, bajo el pretexto de remediar discriminaciones pasadas no se incurra en privilegios indebidos para un grupo o clase determinado con notoria afecta-

³⁷ *Black's Law Dictionary*, 6ª ed., Centennial edition 1891-1991, West Publishing, 1991. p. 38.

³⁸ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Nueva edición ampliada y actualizada a 200-2001, Buenos Aires, Ediar, t. I-B, p. 80.

³⁹ Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark V., *Constitutional law*, 2ª ed., Little, Brown and Company, 1994, p. 553.

⁴⁰ Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2, p. 552.

ción del principio de igualdad sentado por el artículo 16 de nuestra Constitución”.⁴¹

Tradicionalmente, los sectores doctrinarios se han mostrado proclives a apoyar la línea jurisprudencial tradicional estadounidense, que ataba a la acción positiva con la discriminación histórica de un colectivo.⁴²

Sin embargo, su proyección supera esa hipótesis. Así, “la discriminación inversa parece hallar eventualmente justificación: a) para lograr una suerte de reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos, y b) como herramienta de construcción de una sociedad más justa e integrada”.⁴³

En esta orientación, en los pronunciamientos de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, la figura toma una nueva perspectiva, acentuando su objetivo de instrumento generador de tolerancia en una sociedad pluralista. Esta pauta, que se desprende de los precedentes que se analizarán en el presente apartado, aporta toda una nueva serie de posibilidades a la aplicación de la figura a supuestos de discriminación estructural en general.

4.2. Referencias normativas en el derecho constitucional argentino

Las acciones afirmativas o acciones positivas se han presentado tras la reforma constitucional argentina de 1994 como una de las nuevas posibilidades y perspectivas que se le presentan al operador constitucional argentino.

Reguladas normativamente en los artículos 75, inciso 23 y 37 del texto supremo argentino, la figura aparece como un invita-

⁴¹ Vítolo, Alfredo M., “Luces y sombras en la nueva constitución”, en *Estudios sobre la reforma constitucional*, Juan Carlos Cassagne (dir.), Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 390.

⁴² 438 U.S. 265 (1978).

⁴³ Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional, ...cit.*, p. 552.

do cauteloso, medurado en cuanto a su instrumentación práctica. Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos donde se ha forjado su gestación, su instrumentación ha tomado un rol protagónico, de especial impacto en la realidad social.

El artículo 75, inciso 23 realiza una referencia genérica a este tipo de medidas, al sostener la facultad del Congreso de sancionar leyes estableciendo acciones positivas a favor de los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados.

Esta norma ha sido especialmente receptada por reciente jurisprudencia del Tribunal cívico de la Nación. Así, se ha sostenido que “Del texto constitucional y la intención del constituyente surge que la reforma ha introducido nuevos conceptos en materia de educación que se incorporan como principios rectores: gratuidad y equidad, como así también solidaridad, igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna y educación de alta calidad”.⁴⁴

En el mismo sentido, en el voto del doctor Lorenzetti en la causa *Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios*, se ha expresamente señalado que “el art. 16 de la Constitución nacional establece la regla de la igualdad y justifica la distribución diferenciada a través de medidas de *acción positiva* destinadas a garantizar la igualdad real de oportunidades y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.⁴⁵

El artículo 37 de la Constitución nacional hace expresa mención a una modalidad de acción afirmativa, en materia de igualdad en el ejercicio de los derechos políticos. Así, consagra “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios [que] se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Finalmente, la disposición transitoria segunda aclara que las acciones positivas aludidas en dicha norma

⁴⁴ CSJN, fallos: 322:875.

⁴⁵ CSJN, fallos: 328:566.

no podrán ser inferiores a las vigentes al sancionarse la Constitución reformada, y durarán lo que la ley determine.

Señala Horacio Daniel Rosatti que las acciones afirmativas en materia electoral “deben ser complementadas con aquellas otras normas antidiscriminatorias que —en punto al derecho electoral pasivo— emergen de tratados internacionales invocados en el artículo 75, inciso 22, a los que se asigna “jerarquía constitucional”, tales serían el artículo 23, inciso 1, apartado c del Pacto de San José de Costa Rica, y el artículo 25, inciso C del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁶ A ellos también se suma la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁴⁷

La normativa infraconstitucional en dicho aspecto se encuentra constituida por la ley nacional 24.012, conocida como “ley del cupo”, la cual establece que un mínimo de 30% de mujeres deberán ser tenidas en los cargos a elegir con posibilidad de ser electas por las listas a oficializarse.⁴⁸ La finalidad de la norma consistía en lograr la integración efectiva de las mujeres en la actividad política evitando la postergación que conllevaba el excluir candidatas femeninas en las listas de candidatos con expectativa de resultar electos. En consecuencia, se dictó el decreto reglamentario 379/93 que establecía que en las listas partidarias se debe ubicar una mujer entre los tres primeros puestos, y así sucesivamente, y en caso de ser dos candidatos, una debe ser mujer.⁴⁹

⁴⁶ Rosatti, Horacio Daniel, “Derechos Electorales”, en *La reforma de la Constitución*, explicada por miembros de la Comisión de Redacción, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 55.

⁴⁷ Véase Gelli, María A., *op. cit.*, p. 330, con cita a Albanese, Susana, en *La Ley de cupos femeninos para los cargos electivos. Resarcimiento histórico*, El Derecho, 9 de diciembre de 1991, pp. 146-997.

⁴⁸ Expresamente, se incorporó en el art. 60 del Código Nacional Electoral, la siguiente fórmula: “las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos”.

⁴⁹ Véase Morales, Rubén, “Ejercicio pleno de los derechos políticos y partidos políticos”, en *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1994, t. I, p. 392.

Ahora bien, se verificó la existencia de diversos criterios generales en la aplicación de la norma citada, frente a lo cual se ponderó necesario unificar los mismos, a fin de que en todos los partidos políticos y alianzas se dé un tratamiento homogéneo al tema tratando de evitar posteriores impugnaciones partidarias o judiciales.

Así, el poder ejecutivo consideró que a pesar de la intención integradora de la normativa legal, el diferente criterio aplicado por los distintos partidos políticos y los fallos también discordantes de los respectivos tribunales, hicieron indispensable dictar una norma que tenga en cuenta las más claras y garantizadas interpretaciones judiciales. Al respecto, se sostuvo que uno de los criterios más divergentes corresponde a la ubicación de las candidatas mujeres en las listas, lo que había motivado en muchos casos que estas estén conformadas por varones en los lugares expectables, contrariando lo dispuesto por la referida ley 24.012, que claramente indica que las mujeres deben ocupar como mínimo el *treinta por ciento* —30%— de la lista en lugares con posibilidad de resultar electas.⁵⁰ La jurisprudencia, por

⁵⁰ Finalmente, se procedió al dictado del decreto 1246/2000 por medio del cual se procedió a la derogación del decreto reglamentario 379/93 y se resolvió:

- 1) Que el ámbito de aplicación del artículo 60 del Código Electoral Nacional abarcará la totalidad de los cargos electivos de Diputados, Senadores y Constituyentes Nacionales.
- 2) El treinta por ciento (30%) de los cargos a integrarse por mujeres, según lo prescripto por la Ley N° 24.012, es una cantidad mínima. En los casos en que la aplicación matemática de este porcentaje determinare fracciones menores a la unidad, el concepto de cantidad mínima será la unidad superior.
- 3) El porcentaje mínimo requerido por el artículo 60 del Código Electoral Nacional sustituido por la Ley N° 24.012 se aplicará a la totalidad de los candidatos de la lista respectiva que cada partido político, confederación o alianza transitoria nomine, pero solo se considerará cumplido cuando se aplique también al número de cargos que el partido político, confederación o alianza transitoria renueve en dicha elección.
- 4) Cuando algún partido político, confederación o alianza, se presentara por primera vez o no renovara ningún cargo o bien renovara uno (1) o dos (2) cargos, en uno (1) de los dos (2) primeros lugares de la lista deberá nominarse siempre, como mínimo, una mujer. No se considerará cumplido el artículo 6° del Código Electoral Nacional cuando, en

su parte, se ha mostrado amplia en la aplicación de las pautas citadas,^{51, 52}

Finalmente, los autores también consideran que la regulación de los pueblos indígenas argentinos, contemplada en el artículo 75, inciso 17, también puede ser considerada un ejemplo de discriminación inversa.⁵³

Un punto interesante de análisis se encuentra en la disposición transitoria segunda citada, puesto que la misma puede ser imputable de “cristalizar” la acción positiva, determinando la imposibilidad de la flexibilización de su aplicación, lo cual se encontraría en pugna con el espíritu transitorio y restrictivo de la institución. Explica María Angélica Gelli que “la cláusula transitoria está constitucionalizando —es decir, haciendo permanente, salvo reforma constitucional— una medida que por naturaleza debe ser transitoria”.⁵⁴ Conforme una lectura del tenor literal de la disposición transitoria segunda se desprendería que “la legislación, entonces, podrá aumentar pero no disminuir, (por un tiem-

el supuesto de que se renueven uno (1) o dos (2) cargos, se incluya una sola candidata mujer ocupando el tercer término de la lista. Cuando se renovaran más de dos (2) cargos, debe figurar una mujer como mínimo, en alguno de los tres (3) primeros lugares.

Cuando se renueve uno (1), dos (2) o más cargos, el cómputo siempre se hará a partir del primer lugar y la lista deberá tener por lo menos una (1) mujer cada dos (2) varones para que se cumpla el porcentaje mínimo que exige el artículo 60 del Código Electoral Nacional. En todos los casos se privilegiarán medidas de acción positiva a favor de la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos.

⁵¹ Así, puede citarse el ejemplo de la decisión del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, en la causa *Paz, Marta y otros c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ proceso de conocimiento*, se reconoció el derecho de las mujeres matriculadas a integrar las listas de candidatos a los órganos de gobierno de la institución citada. Aunque también debe ser aclarado que la Corte Suprema se ha pronunciado en torno a que la aplicación de la norma citada resulta, en principio, ajena a la instancia extraordinaria.

⁵² CSJN, Baroni, María C., (21/4/94), referente a la normativa en torno al tema de la Provincia de Chaco, cit., por Gelli, María A., *op. cit.*, p. 331.

⁵³ Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ Gelli, María A., *op. cit.*, p. 330.

po que ella misma determinará), lo que la ley 24.012 ha atribuido a la mujer en materia electoral”.⁵⁵

Sin embargo, señalan algunos autores una mayor flexibilidad de la norma, al sostener que “la ley 24.012 en nuestro criterio no integra la Constitución y en consecuencia, puede ser limitada en el tiempo por el legislador, e igualmente, cuando este considere que la mujer no precisa de una protección especial, la podrá modificar, limitar en el tiempo o derogar”.⁵⁶

4.3. Acciones afirmativas en el derecho internacional de los derechos humanos

Las medidas de discriminación inversa forman parte del sistema internacional de protección de derechos humanos, como una variable de las obligaciones asumidas por los Estados, especialmente a la luz de instrumentos internacionales orientados a la lucha contra la discriminación.

Ya desde 1958 el Convenio 111 de la OIT, relativo a discriminación en materia de empleo y ocupación, señala que “las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias”.⁵⁷

Así, ha expresado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, interpretando el PIDCP, que:

[...] el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que

⁵⁵ Morales, Rubén, *op. cit.*, p. 392.

⁵⁶ Lazzarini, José Luis; Mayón, Carlos A.; Ziulu, Adolfo G.; Cenicacelaya, María de las Nieves; Ramírez, Luis A. y Carrillo Bascari, Miguel, “Pautas en materia de derechos políticos, partidos políticos y sistema electoral”, en *Leyes Reglamentarias de la Reforma Constitucional, Pautas y Sugerencias fundamentales*, Capital Federal, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996, p. 133.

⁵⁷ Art. 5.1.

la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.⁵⁸

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia a la obligación de los Estados de adoptar medidas específicas, destinadas a la corrección de desigualdades.⁵⁹ Un antecedente determinante es la opinión consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, donde especialmente sostiene que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.⁶⁰

Los instrumentos internacionales enfocados en la tutela del derecho a la igualdad hacen especial referencia, a este tipo de medidas. Así, por ejemplo, la CEDAW establece en su artículo 4, inciso 1, que “la adopción por los Estados parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad

⁵⁸ Comité de Derechos Humanos de la ONU, observación general 18, párr. 10, 37º periodo de sesiones, 1989.

⁵⁹ Uprimny Yepes, Rodrigo y Sanchez Duque, Luz María, Art. 24, igualdad ante la ley, en Convención Americana sobre Derechos Humanos, fundación Konrad Adenauer Stiftung-Temis, 2014, p. 605.

⁶⁰ Corte IDH, OC 18/03, párr. 104.

y trato”. En segundo lugar, puntualiza que “la adopción por los Estados parte de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”.

Por su parte, el Comité CEDAW ha enfatizado la trascendencia de las medidas de discriminación inversa en la tutela de los derechos de la mujer. Así, ha señalado que:

Las medidas que se adopten en virtud del párrafo 1 del artículo 4 por los Estados parte deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. El Comité considera la aplicación de estas medidas no como excepción a la regla de no discriminación sino como forma de subrayar que las medidas especiales de carácter temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados parte para lograr la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien la aplicación de medidas especiales de carácter temporal a menudo repara las consecuencias de la discriminación sufrida por la mujer en el pasado, los Estados parte tienen la obligación, en virtud de la Convención, de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o *de facto* con el hombre, independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado. El Comité considera que los Estados parte que adoptan y aplican dichas medidas en virtud de la Convención no discriminan contra el hombre.⁶¹

Ahora bien, también ha puntualizado sus particularidades, sobre la base de delimitar que

Los Estados parte deben distinguir claramente entre las medidas especiales de carácter temporal adoptadas en virtud del párrafo 1 del artículo 4 para acelerar el logro de un objetivo concreto relacionado con la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer, y otras políticas sociales generales adoptadas para mejorar la situación de la mujer y la niña. No todas las medidas que puedan ser o que serán favorables a las mujeres son medidas especiales de carácter tem-

⁶¹ CEDAW, Medidas de carácter temporal, recomendación general núm. 25, 30º periodo de sesiones, 2004, párr. 18.

poral. El establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña y que tengan por objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal.⁶²

La discriminación inversa ha sido también reconocida por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que establece en su artículo 1.4 que:

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

5. LINEAMIENTOS DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL SISTEMA DE ESTADOS UNIDOS

5.1. Antecedentes

La Suprema Corte estadounidense ha elaborado parámetros o estándares para ponderar cuando una clasificación de los sectores sociales puede resultar aberrante e inconstitucional.⁶³ Así, ha establecido diversos niveles de escrutinio, cuya gravedad es proporcional a lo “sospechoso” del criterio utilizado en la selección del grupo. El estándar de menor rigurosidad es denominado “revisión de bases racionales”, bajo el cual la legislación social y económica se presume constitucional si está racionalmente ba-

⁶² *Ibidem*, párr. 19.

⁶³ Se sigue en este punto a Huskey, Libby, “Affirmative Action in Higher Education—Strict in Theory, Intermediate in Fact? *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003)”, en *Wyomin Law Review*, vol. 4, núm. 1, pp. 439-476.

sada en un interés legítimo del Estado.⁶⁴ Un nivel intermedio de gravedad del escrutinio se da cuando el Estado está diferenciado a sectores de manera “cuasisospechosa”. Ello se da cuando la característica distintiva del grupo social determinado no se basa en elementos sensibles para un tratamiento diferenciado. Como elemento no sensible, por ejemplo, se ha considerado al uso del género como patrón diferenciador, en determinadas materias.⁶⁵ Por último, para el caso de mayor activismo judicial revisor, se aplica el criterio de estricto escrutinio, cuando el gobierno intencionalmente discrimina a un sector utilizando categorías o pautas “sospechosas”. Por ejemplo, la raza es considerada un elemento cuya utilización torna automáticamente sospechosa la clasificación estatal.⁶⁶

Tras un profundo y conflictivo desarrollo jurisprudencial en torno a discriminación e integración social,⁶⁷ el criterio respecto a la revisión constitucional de las acciones afirmativas había sido vertido por la Corte en *Regents of University of California vs. Bakke*,⁶⁸ bajo la pluma del ministro Powell. En dicho caso se ventilaba la constitucionalidad de un programa designado para aumentar los candidatos pertenecientes a minorías que se enrolaban en la Escuela de Medicina de la Universidad de California, mediante la aplicación de cupos o cuotas benignas. En dicho programa, sesenta de cien puestos eran separados cada año para ser ocupados por los miembros de grupos minoritarios, conforme seleccionara un comité especial. El voto de la Corte fue sumamente dividido. Mientras que cuatro jueces se mostraron a favor de la convalidación del sistema gracias a la aplicación de un nivel de escrutinio intermedio, otros cuatro magistrados postularon la inconstitucionalidad del método en virtud de ser violatorio de la igualdad ante la ley. Finalmente, Powell, dirimiendo el conflicto con un voto que no coincide con ninguna de las dos propuestas, sostiene que “las clasificaciones basadas en la raza —incluso

⁶⁴ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S., 432, 440, 1985 U.S.

⁶⁵ *Cleburne*, 473 U.S. at 440.

⁶⁶ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216, 1944.

⁶⁷ En este sentido, puede consultarse, Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark V., *op. cit.*, capítulo V.

⁶⁸ 438 U.S. 265 (1978).

aquellas que supuestamente benefician una minoría racial— son sospechosas y deben ser sometidas al más riguroso control”.⁶⁹ Concluye que en la causa, el interés del Estado en redimir una discriminación pasada no se verificaba, en cuanto no se había demostrado el carácter histórico de la situación discriminatoria.⁷⁰

Las pautas son revisadas en dos fallos dictados en junio de 2003, en los que se analizan los planes de acciones positivas propuestas por la Universidad de Michigan. En primer término, la Suprema Corte utiliza un criterio estricto de revisión de las medidas. En segundo lugar, el Tribunal procura analizar la vinculatoriedad de sus precedentes, teniendo como pauta determinante el andamiaje de consenso y práctica social que los mismos han recibido. Así, no solo se resuelve un tema sensible para la sociedad americana, tal cual es la integración racial, lo cual se proyecta en la noción misma de acción positiva y su aplicación por los diversos países que adoptaron tales figuras, como Argentina, sino también se recibe a la sociedad y sus prácticas como colaboradora en la creación normativa del *common law*.

Los pronunciamientos en torno a la evaluación de la constitucionalidad de las acciones afirmativas, dictados en 2003 por la Suprema Corte estadounidense, pueden ser considerados como una amplia victoria de las acciones afirmativas estructuradas en torno al criterio de la búsqueda de “diversidad” como aspiración, tomando como base un patrón racial, entre otros aspectos. Asimismo, en *Grutter vs. Bollinger*⁷¹ se indican las pautas instrumentales que han superado el control de constitucionalidad para la obtención de dicho objetivo. Así, se establece que las mismas deben encontrarse “específicamente destinadas” a procurar dicha diversidad. En miras a circunscribir el espectro constitucional de los límites de objetivos y de instrumentación práctica de las acciones afirmativas, es necesario un análisis coordinado de ambos precedentes.

⁶⁹ Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark V., *op. cit.*, pp. 553 y ss.

⁷⁰ Véase el desarrollo del pronunciamiento explicado por Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark V., *op. cit.*, p. 554.

⁷¹ Núm. 02-241, junio 23 de 2003.

La vital diferencia entre *Grutter* y *Gratz vs. Bollinger*⁷² se refiere a los modos en que ambas escuelas pertenecientes a la Universidad procuraban la obtención de diversidad en sus claustros de alumnos.

- En *Grutter*,⁷³ la Escuela de Derecho otorgaba un significativo pero no automático ni definido “plus” a ciertos postulantes afroamericanos, latinos y nativos americanos, en miras a asegurarse que en sus claustros se conformara una “masa crítica” de alumnos tendentes a garantizar diversidad.

Básicamente, la Escuela de Derecho remite a una categorización flexible de cada candidato tendente a lograr su objetivo de la configuración de dicha “masa crítica”. Además de la ponderación de los resultados académicos, la Facultad valora variables “blandas”, tales como en entusiasmo de las referencias, la calidad de la educación anterior, la calidad del ensayo de aplicación, capacidad de liderazgo, experiencia laboral, talentos únicos, selección de cursos en la escuela inferior, etc. Dichas variables pueden compensar un bajo rendimiento académico. La pertenencia a un grupo minoritario es vista, justamente, como una variable blanda más.⁷⁴

- En el caso *Gratz*,⁷⁵ en cambio, la metodología es más automática. La escuela superior otorgaba automáticamente un sustancial y determinado número de bonos (20) a cada afroamericano, latino y nativoamericano que aplicara. Estos veinte puntos extra eran sumamente determinantes, más allá de que posteriormente la institución admitía una revisión individualizada de las solicitudes de admisión.

El debate de la constitucionalidad de las acciones afirmativas instrumentadas por la Universidad de Michigan en los casos *Grutter* y *Gratz* se realiza con base en los siguientes focos de razonamiento:⁷⁶

⁷² *Gratz v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2411, 2417 (2003).

⁷³ Núm. 02-241, junio 23 de 2003.

⁷⁴ Libby Huskey, *op. cit.*, p. 440.

⁷⁵ *Gratz vs. Bollinger*, 123 S. Ct. 2411, 2417 (2003).

⁷⁶ American Bar Association, Preview of United States Supreme Court Cases, 2002-2003 Term, núm. 8, 1 de agosto de 2003, 8 Preview 475, Subject: Equal Protection.

- a) ¿Es la diversidad racial del cuerpo de alumnado un interés relevante bajo el principio de la igualdad ante la ley (EPC) que puede justificar el uso de la raza como criterio para seleccionar los candidatos a ser admitidos en universidades públicas?
- b) Para el caso de una respuesta afirmativa, ¿superan ambas políticas mencionadas el test de usar el factor clasificatorio de la raza de manera específicamente dirigido⁷⁷ a procurar la diversidad, como para superar la revisión bajo la igualdad ante la ley (EPC)?

Las respuestas que otorgó la Suprema Corte fueron las siguientes:

- a) La diversidad educacional puede constituir un interés estatal que compele a los fines del escrutinio estricto de la constitucionalidad de las acciones afirmativas, bajo el principio de igualdad ante la ley.⁷⁸
- b) Solo un proceso de selección fluido y personalizado, teniendo en cuenta la totalidad de la formación y antecedentes de cada particular candidato puede ser considerado como “específicamente limitado”, y en consecuencia, un mecanismo constitucional de obtención de diversidad en el alumnado.

5.2. Razonamiento jurisdiccional realizado en los casos *Grutter* y *Gratz*

El criterio jurisprudencial se desarrolla primordialmente en *Grutter*, bajo la pluma de O'Connor, quien sigue la línea doctri-

⁷⁷ La Suprema Corte utiliza la fórmula *narrowly tailored*, cuya traducción podría ser “limitada o específicamente dirigido” a la búsqueda de la diversidad. Esa relación de medio-objetivo constituye una pauta fundamental en el análisis jurisprudencial realizado en ambos pronunciamientos.

⁷⁸ Debe recordarse que este tipo de escrutinio o test se aplica, bajo la igualdad ante la ley (EPC) a todas aquellas diferenciaciones o clasificaciones realizadas por el Estado que utilizan o tienen en consideración formalmente la raza de los individuos involucrados en la distribución de beneficios o costos.

naria instaurada por el juez Powell en *Regents of the University of California vs. Bakke*.⁷⁹

Como se ha señalado precedentemente, en aquel caso el juez Powell desarrolló una opinión que no fue seguida en su totalidad por los restantes miembros de la Corte. Powell consideraba que el procurar un cuerpo estudiantil diverso en distintas facetas puede ser un interés relevante para una Universidad pública de Medicina. Así, basándose en una tradición de libertad universitaria, Powell sostuvo que el futuro de la nación depende de líderes entrenados en una amplia exposición a las ideas y valores de estudiantes tan diversos como la nación.⁸⁰

Dentro de esta línea, sostiene que procurar la constitución de un cuerpo de alumnos diverso constituye un interés compelente, en cuanto la diversidad no se encuentra solo limitada a diversidad racial. Como una consecuencia, admitido el carácter de interés compelente que reviste la diversidad, se justifica la distinción basada en raza. Finalmente, dicho interés puede ser considerado como una decisión pedagógica que ha tomado la Universidad, teniendo en cuenta dicho aspecto de diversidad como un elemento necesario a fin de mejorar la educación de abogados y líderes políticos.⁸¹

Continuando el desarrollo en *Grutter*, el voto mayoritario redactado por O'Connor estima que el objetivo de la diversidad debe ser procurado a través de un sistema que permita la ponderación de cómo cada candidato en particular colaborará con dicha diversidad, teniendo en cuenta la totalidad de su formación y rasgos personales, entre los cuales puede ser también tenida en consideración su raza. Este principio, denominado “*persona toda*”, implica que todos los elementos de cada candidato deben ser ponderados. Entre ellos, también, pero no solamente, su raza.⁸²

⁷⁹ 438 U.S. 265 (1978).

⁸⁰ American Bar Association, *Preview...*, *cit.*

⁸¹ *Idem.*

⁸² Núm. 02'241, junio 23 de 2003.

Por último, se remarca el carácter transitorio de este tipo de instituciones, señalando que en 25 años estas preferencias raciales no serán necesarias.⁸³

Una vez determinado que la búsqueda de diversidad en el alumnado puede constituir un interés compelente del Estado, se abre el debate respecto de si las dos políticas instrumentales resultan constitucionales en su estructura.

5.2.1. Ponderación del sistema instrumentado por la Facultad de Derecho (Grutter)⁸⁴

La Corte sostiene que el interés en la diversidad justifica que la Facultad de Derecho procure tener entre sus alumnos una “masa crítica” de grupos minoritarios, en miras a estimular la discusión, el intercambio de ideas, el quiebre de estereotipos y el aumento de la diversidad racial en ambientes económicos, sociales y gubernamentales tras la graduación de los alumnos.⁸⁵

Al respecto, O’Connor tiene particularmente en cuenta el carácter político de la Universidad de Derecho. No debe perderse de vista que en diversos casos relativos a aspectos políticos, la Corte también venía procurando acentuar facetas tales como diversidad e inserción de grupos minoritariamente representados e históricamente discriminados.⁸⁶

O’Connor parte de sostener que no existe en el lenguaje del juez Powell en *Bakke* referencia a que un plus obtenido por el candidato en virtud de su raza necesariamente sea un obstáculo al programa. Por ejemplo, nada se dice respecto a que la raza pueda ser usada solo como un último criterio para resolver una decisión entre dos candidatos exactamente iguales que presenten iguales notas, resultados en test previos, formación anterior.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ Véase, por ejemplo, los casos referentes sistemas electorales, composición de los jurados, etcétera.

Bárbara Grutter alega, junto con el apoyo de *amicus curiae*, que en la práctica el factor raza no actúa como una mera pauta, sino que se ha transformado en un punto predominante que tira abajo todo el criterio y torna al programa inconstitucional, ya que establecería una “cuota”. Así, analiza la información estadística existente en torno a la evolución de los grupos minoritarios en el establecimiento educativo, llegando a la conclusión de que efectivamente así actúa. A ello se sumaría que el porcentaje de minorías se mantendría prácticamente regular a lo largo de los años.⁸⁷

Si bien el número de representantes de sectores minoritarios no varía notoriamente año tras año, conforme a la Suprema Corte, ello se considera justificado porque la Universidad debe asegurar esa “masa crítica” de alumnos minoritarios. A fin de evitar que el alumno minoritario se sienta aislado y solitario en el grupo, para asegurar la existencia de un amplio espectro de puntos de vista y para garantizar que en la mayoría de los grupos haya diversidad. Una sola persona, por sí, no puede aportar mucha diversidad, por eso es necesario que exista una masa crítica de alumnos que aporten diversidad. Esto no implica implementar un sistema de cuotas, sino tener un objetivo concreto: el garantizar la existencia de un grupo suficientemente amplio que permita garantizar la existencia de diversidad en términos de eficacia.⁸⁸ Es decir, sostiene que resulta razonable la necesidad de que dicho programa que procure generar una masa crítica contribuya a la selección de un número más o menos estable de estudiantes minoritarios, ya que la reducción del mismo podría acarrear la ineficacia del sistema por la influencia del factor aislamiento, la acotación de los puntos de vista disponibles y el sentimiento de soledad que se genere en los estudiantes minoritarios. Esto no significa el crear una cuota, pero permite que la institución educativa tenga en mente un objetivo tendente a garantizar la masa crítica procurada.⁸⁹

Por otra parte, la Facultad pondera otros tipos de diversidad, como son la social o la económica, haciendo que la raza sea solo

⁸⁷ American Bar Association, Preview..., *cit.*

⁸⁸ Núm. 02'241, junio 23 de 2003.

⁸⁹ *Idem.*

uno de los temas a tener en cuenta. Diversidad racial es solo una de las formas de diversidad procuradas por la Universidad. La vital prueba aportada por la Universidad, que da sostén a la postura mayoritaria, se basa en considerar que la política de admisión universitaria se estructura en un análisis personalizado, donde otros factores más allá de la raza, tales como manejo de lenguas extranjeras, títulos de posgrado, realización de estudios en otros campos, etcétera.⁹⁰

Como el sistema usado en la Facultad de Derecho implica esta ponderación individual de cada alumno en particular, es considerado, en consecuencia, un método constitucional que procura el interés de la diversidad del alumnado y, por tanto, un sistema constitucional.⁹¹

5.2.2. Ponderación del sistema instrumentado por la escuela superior (*Gratz*)⁹²

En primer lugar, cabe señalar que en *Gratz* la Corte hace uso de una facultad extraordinaria e inusual al otorgar *certiorari* previo al dictado de la sentencia de la Cámara de Apelaciones. La necesidad de otorgar una respuesta coherente en ambos precedentes más la presión de los medios de comunicación, pudieron llevar a este raro fenómeno procesal en Estados Unidos.

La Suprema Corte culmina concluyendo que el sistema implementado por la Escuela Superior, al contrario, no comparte las características señaladas en el punto anterior respecto al caso *Grutter*.⁹³

El núcleo del razonamiento radica en que otorgar 20 puntos⁹⁴ automática, pura y exclusivamente por cuestión de raza no cons-

⁹⁰ American Bar Association, Preview..., *op. cit.*

⁹¹ Núm. 02-241, junio 23 de 2003.

⁹² *Gratz vs. Bollinger*, núm. 02-516, debates orales llevados a cabo el 1 de abril del 2003.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ Teniendo en cuenta los restantes puntajes respecto a promedios, etc., estos 20 puntos prácticamente garantizaban la admisión del candidato.

tituye un sistema específicamente dirigido a obtener un alumnado diverso. La crítica se centra en que este sistema es mecánico, menos fluido e individualizado y no refleja el principio de la “persona toda” mencionado *supra*.

5.2.3. Evaluación del sistema consagrado por la Corte

Los autores coinciden en reputar de “confuso” el criterio sentado en *Grutter*.⁹⁵ El temor se basa en que elementos concomitantes, tales como la nota política de la educación en la escuela de Derecho, contribuyen a la ponderación de la constitucionalidad del plan de acciones afirmativas impuesto, lo cual conlleva a un casuismo peligroso debido a la falta de patrones unificados.⁹⁶

En concreto, se considera que la referencia a la necesidad de que el plan se encuentre “específicamente destinado” a crear diversidad —el *narrowly tailored* estándar—, constituye una pauta insuficiente, dado que la remisión a patrones particulares lo convierte en demasiado flexible, ambiguo y confuso.⁹⁷ Lo que se critica es que se ha evitado otorgar un estándar objetivo de delimitación de la constitucionalidad de las acciones afirmativas, de tal manera que los sistemas instrumentados en las diversas instituciones educativas respondan a patrones certeros. El problema radica en que el test de la necesidad de verificar que el método se encuentre “específicamente dirigido” a lograr la diversidad recae en apreciaciones casuísticas que tienen en cuenta los otros aspectos que se ponderan en el otorgamiento del privilegio, así como las características propias de la institución que instrumenta la acción.

Algunos autores críticos presentan voces disidentes con miras a soluciones alternativas. Así, por ejemplo, se sostiene que hubiese sido conveniente admitir el sistema de cuotas, puesto que el mismo resulta más transparente y controlable que el sistema de creación de una “masa crítica” con base en una selección

⁹⁵ Véase Pauline T. Kim, “The Colorblind Lottery”, en *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 1, 2003, pp. 9-39.

⁹⁶ Libby Huskey, *op. cit.*

⁹⁷ *Idem.*

personalizada que evalúe a la “persona toda”. En otro extremo, Libby Huskey, entre otros, propone la utilización de un estándar más limitado para estas hipótesis, en lugar de la referencia a la condición particular del establecimiento educativo.⁹⁸

Cabe aclarar que en el caso *Parents Involved in Community Schools vs. Seattle School District No. 1*, dictado en 2007, la Suprema Corte de Estados Unidos adopta una posición de retroceso en la temática, al criticar un método de aplicación de acciones afirmativas que tiene en cuenta directa y automáticamente la raza como factor determinante, sobre la base de sostener que los sistemas de las escuelas públicas no pueden procurar o mantener la integración a través de medidas que tengan en cuenta expresamente la raza de un estudiante.

5.3. El análisis sociológico en la revisión judicial de las acciones afirmativas y la tutela de las minorías

Numerosa evidencia sociológica fue presentada en los casos en comento, ya sea para acreditar la conveniencia educativa de la creación de la masa crítica estudiantil, también como para demostrar que el sistema en la práctica funcionaba de manera similar a las cuotas.⁹⁹

No es la primera vez que la evidencia sociológica golpea las puertas de la Suprema Corte de Estados Unidos. De hecho, el primer antecedente que se caracteriza por la incorporación de abundante evidencia de las ciencias sociales constituye *Brown vs. Board of education*.¹⁰⁰ En dicho fallo, la Suprema Corte refirió al uso de evidencia psicológica y social, a través de informes, cuasiexperimentos, etc., cuya certeza y exactitud fue duramente controvertida, con miras a sostener su criterio de que la segregación es inherentemente desigualitaria, especialmente a la luz de la impopularidad de la decisión y su cuestionable fundamento legal.¹⁰¹

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ *Grutter*, 123 S. Ct. at 2341., conforme Timothy Zick, *op. cit.*

¹⁰⁰ 347 U.S. 483, 74 St. Ct. 686, 98. L.Ed. 873 (1954).

¹⁰¹ High Court Case Summaries, Constitutional Law, West Group, 2001, p. 84.

Esta referencia al dato sociológico encuentra su basamento en la naturaleza del conflicto sobre el que se aboca la medida. Efectivamente, el enfoque de la desigualdad estructural “considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad”.¹⁰²

Por su parte, la interacción entre sociología y derecho no es un fenómeno nuevo. Ya desde 1912, Roscoe Pound explica que “el jurista sociológico procura un estudio comparativo de los sistemas, doctrinas e instituciones legales como fenómeno social, y critica a ellos con respecto a su relación con las condiciones y progreso social”.¹⁰³ Sin embargo, el estimar como función jurisdiccional la comprensión y respuesta a la realidad social reviste una especial consideración.

En torno a la incorporación del análisis sociológico en el discurso jurisdiccional en Estados Unidos, se puede encontrar como originariamente se cuestionó la postura clásica con respecto a que la lógica puede determinar una respuesta individual correcta para un caso judicial, para dar lugar a la posición de que “la correcta respuesta a los problemas legales varía de acuerdo con el contexto social”.¹⁰⁴ Así, desde la perspectiva histórica, la incorporación del dato sociológico en el discurso jurisdiccional posee una reciente partida de nacimiento, y debe su generación a la denominada “jurisprudencia realista”.¹⁰⁵

En general, se procura una atenuación de la brecha realidad/norma, mediante una “jurisprudencia realista” que tenga en cuenta las circunstancias sociales y, desde ese dato empírico, se construya de manera progresiva.¹⁰⁶ Así, se habría producido, en

¹⁰² Saba, Roberto, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰³ Pound, Roscoe, “The scope and purpose of sociological jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, vol. 25, núm. 6, 1912, pp. 489-512, trad. por la autora.

¹⁰⁴ Monahan, John y Walker, Laurens, *Social Science in Law*, 5ª ed., Nueva York, Foundation Press, 2002, p. 2.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 11.

¹⁰⁶ En torno a estos temas, puede consultarse a Holmes, Oliver Wendell Jr., *The Common Law*, Pound, 2013; Roscoe, *op. cit.*, y White, Edward, “From sociological jurisprudence to realism: Jurisprudence and social change in

la década de los treinta, el nacimiento de dicha corriente jurisprudencial, que parte de la base de que el derecho se encuentra en permanente movimiento y formación, en servicio de los fines sociales, por lo que las reglas normativas —que generalmente responden a una descripción de la situación actual tal cual es— resultan insuficientes, y las Cortes deben tomar un rol más activo, evaluando particularmente los efectos de las decisiones jurisdiccionales sobre la sociedad.¹⁰⁷

La jurisprudencia realista repercutió en la búsqueda de “principios neutrales” del proceso legal que permitan al juez construir su discurso jurídico. Así, se incorporó al accionar judicial el estudio del Derecho, Economía y Sociología en la ley.¹⁰⁸ En la actualidad, nuevas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales se hacen eco de la necesidad de compenetrar el análisis jurídico constitucional con la realidad social. Así, el empirismo constitucional constituye un “método de adjudicación constitucional y construcción que se vuelca a los datos empíricos, métodos científicos, convenciones científicas, con miras a buscar una mayor objetividad y veracidad en las decisiones”.¹⁰⁹

Conforme a la doctrina moderna, existe una triple tipología del dato sociológico, es decir, una primera clasificación respecto a qué tipo de información social puede llegar a ser usada en la función jurisdiccional: en primer lugar, los datos sociales adjudicativos, los datos de autoridad social o datos sociales legislativos y, finalmente, el dato del entorno social.¹¹⁰

La primera categoría de datos sociales refiere a aquellos que constituyen hechos —de carácter social— que son base de las

early twentieth century in América”, en *Virginia Law Review*, vol. 58, 1972, p. 999.

¹⁰⁷ Llewellyn, Karl N., “Some realism about realism—responding to Dean Pound”, en *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1931, pp. 1222-1264.

¹⁰⁸ Monahan, John y Walker, Laurens, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

¹⁰⁹ Zick, Timothy, “Constitutional Empiricism: Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths”, en *The North Carolina Law Review*, vol. 82, 2003, p. 115.

¹¹⁰ Se sigue en este sentido la terminología usada por Monahan, John y Walker, Laurens, *op. cit.*

pretensiones o defensas de las partes en un caso. Si bien es información de la realidad social, son hechos que se invocan como base particular de los argumentos presentados por una de las partes en un proceso en concreto, por ello, reciben el nombre de *datos sociales adjudicativos*.¹¹¹

Kenneth Culp Davis explica que en algunas circunstancias los jueces actúan como órganos legislativos “produciendo normas” que van más allá de la mera resolución de la controversia del caso concreto.¹¹² Se denomina a tal incorporación datos con *autoridad social*,¹¹³ porque constituyen evidencia sociológica que justifica el cambio en la política legislativa, mediante la actuación del Tribunal. También son calificados como *datos sociales legislativos*.

Este tipo de información, por ejemplo, fue utilizada en la causa *Brown vs. Board of Education*,¹¹⁴ a fin de acreditar el efecto psicológico de la segregación compulsiva en niños de color.¹¹⁵ Nótese cómo aquí no se utiliza la información a fin de fundamentar que la segregación perjudica al actor en concreto o a los estudiantes de una escuela en particular —particularidad que sí se invocaba en el dato adjudicativo—, sino el carácter pernicioso de este tipo de política segregatoria.¹¹⁶

La solución aportada por estos autores sostiene que:

[...] cuando los hechos usados en la producción legal son acotados y específicos, centrales o críticos, no mezclados con el juicio o política, acreditables, y en cierta manera sobre las partes o conocidos mayormente por ellos, las partes claramente deben tener una posibilidad de debatirlos, y ello debe ser requerido en miras al debido proceso. Pero cuando los hechos son amplios y generales,

¹¹¹ Davis, Kenneth Culp, “An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process”, en *Harvard Law Review*, vol. 55, núm. 3, 1942, p. 402.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ “Social authority”, Davis, *op. cit.*

¹¹⁴ Supreme Court of the United States, 1954, 347 U.S., 74 S.Ct. 86, 98 L.Ed. 873.

¹¹⁵ Véase Deutscher, Max y Chein, Isidor, *The Journal of Psychology*, vol. 26, p. 259 (1948), cit. por Monahan, John y Walker, Laurens, *op. cit.*, p. 188.

¹¹⁶ *Idem*.

circunstanciales o periféricos, no controvertidos, y mezclados con elementos de juicio o política, no fácilmente acreditables y lejanos a las partes, una Corte o agencia del poder ejecutivo puede usarlos sin siquiera advertir cualquier posible problema de procedimiento. Si estos ítem se encuentran mezclados, las dos preguntas de cuánto apoyo los hechos deben recibir y cuánta protección procesal hay que otorgar a las partes puede ser dificultosa.¹¹⁷

Finalmente, se indica cómo se ha desarrollado una tercera tipología de dato sociológico que no es articulado por las partes como un hecho adjudicativo de la causa propiamente, ni como un elemento determinante de un cambio de política en concreto, sino que se refiere a aspectos de ambos. Estos constituyen *datos del entorno social*, ponderaciones generales de las ciencias sociales que son invocadas a los jueces de una causa para determinar hechos en el caso concreto.¹¹⁸

En *Grutter y Gratz*, a pesar de que la Suprema Corte citó alguna evidencia sociológica para dar base a su conclusión, fundamenta su postura directamente en la aserción de la Universidad de que la diversidad fue un interés relevante en el contexto educacional,¹¹⁹ obviando, a través de dicho extremo, el análisis de los datos empíricos que sí había sido realizado por el Tribunal de Alzada.

En la Corte inferior se había analizado, en primer lugar, si la evidencia sociológica sostenía el reclamo de que la diversidad era un interés relevante y, en segundo lugar, si la Universidad había implementado un sistema que en la práctica no era otro que el de cuotas; todo ello a través de evidencia sociológica.¹²⁰ En dicho Tribunal de Alzada, la postura mayoritaria se basó en tal estudio, y el juez Clay, en su voto concurrente, calificó al informe sociológico como un estudio de suma importancia que acompaña una amplia escala de análisis en torno a una extensa categoría de efec-

¹¹⁷ Monahan, John y Walker, Laurens, *op. cit.*, p. 184.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 361.

¹¹⁹ *Grutter*, 123 S. Ct. at 2341, conforme Timothy Zick, *op. cit.*

¹²⁰ Patricia Gurin, reporte presentado en favor de la Universidad de Michigan, *Michigan Journal Race & Law*, vol. 5, 1999, p. 363, conforme Zick, Timothy, *op. cit.*

tos de un ambiente de estudio diversificado. Así, para dicho magistrado, los datos empíricos fueron suficientes para proclamar los beneficios de la diversidad educativa desde el punto de vista estadístico.¹²¹ Este análisis no se realiza en la postura mayoritaria de la Suprema Corte.

Sin embargo, la referencia a la base sociológica sí es acentuada por la Suprema Corte en *Grutter* al ponderar la aplicación al caso del criterio del juez Powell en *Bakke*. Así, al referir a las prácticas sociales de las universidades públicas y privadas en la instrumentación de acciones afirmativas, la Corte parece remitir a datos sociales de “autoridad social”, para dar fundamento a la vinculatoriedad de criterios jurisprudenciales anteriores, como se analizará en los siguientes puntos.

Finalmente, cabe señalar un detalle relativo a la vinculatoriedad del precedente utilizado por la Suprema Corte en estos pronunciamientos.

El *stare decisis* vigente en el *common law* contribuyó a la consolidación del rol de intérprete constitucional de la Suprema Corte de Justicia y a la profundización de su papel como Tribunal Constitucional concentrado en la práctica.¹²²

El sistema se consolida a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte, de manera evolutiva. Una vez determinada la revisión de constitucionalidad con base en un control difuso a través del caso *Marbury vs. Madison*,¹²³ donde la Suprema Corte consagra para sí la facultad de “decir qué es lo que la Constitución y otras leyes dicen, así como invalidar aquellos actos de otras ramas del poder que entren en conflicto con la Constitución”,¹²⁴ el segundo

¹²¹ *Grutter*, 288 F.3d at 759-60, conforme Zick, Timothy, *op. cit.*

¹²² Véase Sagüés, María Sofía, “Perfil actual de la Suprema Corte estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de «Lawrence vs. Texas»”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, núm. 1, 2004, pp. 201 y ss.

¹²³ 51 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Posteriormente, en *Martin vs. Hunter's Lessee*, (14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816), la Corte amplía su ámbito de control de constitucionalidad a casos decididos por Cortes estatales.

¹²⁴ 51 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), traducción de la autora.

gran salto cualitativo en dicho sentido puede encontrarse en el caso *Cooper vs. Aarón*,¹²⁵ donde el Tribunal se perfila a sí mismo como una jurisdicción constitucional de acción concentrada al resolver su monopolio en la interpretación constitucional.¹²⁶

El sistema del *stare decisis* y la vinculatoriedad de los precedentes de la Suprema Corte toma un nuevo giro en la postura mayoritaria en los casos contra la Universidad de Michigan en estudio.

En los casos *Grutter* y *Gratz*, como se ha comentado, un tema que resultaba sumamente importante era la vinculatoriedad o no de la doctrina sentada por el ministro Powell en *Bakke*, pero que no fue adoptada por los restantes signatarios de la mayoría. Es decir, se cuestionaba si aspectos del voto Powell en *Bakke* eran o no vinculantes, ya que no configuraban la decisión mayoritaria. La problemática de la vinculatoriedad de los precedentes de la Corte toma un protagonismo de relevancia interesante. Así, David G. Savage sostiene que el tema crucial en dichos casos era “derogar o no derogar” los precedentes.¹²⁷

Ahora bien, la innovación en *Grutter* está dada en que O'Connor, al redactar el voto mayoritario de la Corte, parece aportar una nueva dimensión en torno a la vinculatoriedad del precedente, dándole eficacia vinculante a aquella doctrina que la sociedad adquiere como propia e incorpora a sus prácticas. El consenso social actuaría, entonces, como fuente de vinculatoriedad de políticas jurisdiccionales.

O'Connor realiza en *Grutter* una particular ponderación de lo que debe ser considerado precedente de la Suprema Corte y su vinculatoriedad respecto a actuales pronunciamientos. Como se ha mencionado, el tema que se planteaba era si la Corte debía seguir o no los criterios enunciados por Powell en *Regents of the University of California vs. Bakke*. Al referir su vinculatoriedad, la ministro sostiene que la clave que marca que el precedente debe ser mantenido se halla en el hecho de que numerosas insti-

¹²⁵ 358 U.S. 1 (1958).

¹²⁶ Sagüés, María Sofía, “Perfil...”, *cit.*, pp. 201 y ss.

¹²⁷ Savage, David G., *Precedential Veto: Overruling May No Longer Rule as Court Takes On Affirmative Action*, Gay Rights, 89 A.B.A.J. 26.

tuciones del sistema educativo se han basado en él con el fin de estructurar sus acciones afirmativas.

Ello introduce una idea de precedente como “precedente social” y no solo “precedente judicial”. Es decir, el reconocimiento y práctica social del precedente hace a su vinculatoriedad más allá de si dicho criterio ha sido dictado por la Corte en sí.

En primer lugar, O'Connor pretender ponerse a un lado de la necesidad de referir a la vinculatoriedad del voto introducido por Powell en *Bakke*, mediante la fórmula “nosotros no encontramos necesario el decidir la cuestión porque hoy nosotros compartimos el punto de vista de Powell en torno a que la diversidad del cuerpo estudiantil es un interés relevante”.¹²⁸ Así, hace propia, y mayoritaria, la postura referenciada, y de manera directa refiere a ella para delimitar las pautas de su decisión.

Ahora bien, explica O'Connor que uno de los argumentos que sostienen esa intención de continuar con la postura de Powell, es encontrado en el hecho de que “desde que la Corte dictó su decisión en *Bakke*, la opinión de Powell anunciando la decisión del Tribunal ha servido como la piedra fundamental para el análisis constitucional de las políticas de admisión que toman en cuenta la raza. Tanto las universidades públicas como privadas de la nación han moldeado sus propios programas de admisión basados en las consideraciones de Powell, en consecuencia, —señala O'Connor— analizaremos la opinión del Ministro Powell en mayor detalle”.¹²⁹

La ABA sostiene que ese “en consecuencia” carece de sentido salvo en lo que refiere a la referencia del contexto social como soporte de la vinculatoriedad del criterio mencionado. Conforme a dicha asociación, lo que O'Connor quiere demostrar es que no reviste tanta importancia llamar a *Bakke* precedente vinculante o no. Lo que sí contaría es que la sociedad ha conocido y aceptado la visión dada por Powell. Así, se ha unido la perspectiva del mundo legal al mundo de la gente real.¹³⁰

¹²⁸ American Bar Association, “Preview...”, *op. cit.*

¹²⁹ 123 S.Ct. at 2336.

¹³⁰ American Bar Association, Preview... *op. cit.*

O'Connor ha referido al consenso social en otros pronunciamientos. Así, en *Planned Parenthood vs. Casey*,¹³¹ ella votó para mantener lo que consideraba era la esencia de *Roe vs. Wade*,¹³² más allá del hecho de que había sido sumamente crítica de la decisión de *Roe* y su resultado en anteriores comentarios. Sin embargo, la ministro manifiesta en *Casey* que mantiene *Roe*, en gran parte porque una generación ha contado con él y “por dos décadas de desarrollo económico y social, la gente ha organizado relaciones íntimas y ha hecho elecciones que definen sus percepciones de sí mismos y su posición en la sociedad, teniendo en consideración la posibilidad de realizar un aborto en casos en que falle la contracepción”.¹³³

Asimismo, ABA considera que la opción efectuada por O'Connor de apoyar la fuerza vinculante del criterio de Powell en *Bakke* en el consenso social, tiene un límite al referir que las acciones afirmativas admitidas se esperan no sean necesarias en 25 años.¹³⁴ Conforme a dicha asociación, el mensaje sería el siguiente. No se confíen en esta autorización para siempre, puesto que dicha confianza en 25 años será irrazonable y no recibirá la protección actual”.¹³⁵

Nótese que este análisis práctico y efectivo de la vinculatoriedad de un precedente es también realizado por Kennedy en *Lawrence vs. Texas*.¹³⁶ Allí, Kennedy pondera si el precedente *Bowers vs. Hardwick*¹³⁷ se encontraba acertado o no, y concluye que el mismo se encontraba equivocado al momento de haber sido dictado; y también sería equivocado mantenerlo en la actualidad, por lo que lo deja de lado. Resulta interesante el análisis que realiza Kennedy respecto a si la ponderación efectuada por la Corte en el precedente resultaba acorde a los criterios existentes en esa época y en la actualidad en los diversos estados nortea-

¹³¹ 505 U.S. 833 (1992).

¹³² 410 U.S. 113 (1973).

¹³³ *Casey*, 505 U.S. at 856.

¹³⁴ 123 S.Ct. at 2347.

¹³⁵ American Bar Association, “Preview...”, *op. cit.*

¹³⁶ 539 U.S. (2003).

¹³⁷ 478 U.S. 186 (1986).

americanos, así como en el derecho comparado, especialmente en la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos (ello así atento a que la Corte en *Bowers* se había referido al criterio imperante en las civilizaciones occidentales).¹³⁸

El procurar otorgar al análisis constitucional de las medidas afirmativas un tinte práctico, también se plasmó en el debate oral frente a la Corte durante las audiencias del caso *Gratz*.¹³⁹ Allí los ministros, en particular Scalía y Ginsburg, se refirieron especialmente a la eficacia de medidas de esta índole en otros países en los cuestionamientos efectuados a Olson. Por ejemplo, es remarcable el particular interés de Scalía respecto a la eficacia de medidas afirmativas en otros países. Sus preguntas llaman especialmente la atención si se tiene en consideración la general postura desconfiada que Scalía muestra hacia el derecho comparado como elemento de construcción del discurso judicial de la Suprema Corte estadounidense.¹⁴⁰ Sin embargo, este tipo de cuestionamientos también reflejan, aunque desde una óptica distinta, el interés por la visión práctica de las decisiones jurisdiccionales.¹⁴¹

En consecuencia, en el voto mayoritario de *Grutter* se perfila la idea de que un criterio jurisdiccional aceptado y respetado por la sociedad, e incorporado a sus prácticas, reviste vinculatoriedad, independientemente de si era o no precedente con la autoridad conforme al *stare decisis* clásico.

6. LA ACTUALIDAD DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS. EL CASO *FISCHER* (2016)

Recientemente, en 2016, la Suprema Corte de Estados Unidos convalidó los criterios anteriores, rechazando un planteamiento

¹³⁸ Véase Sagüés, María Sofía, “Perfil...”, *op. cit.*, pp. 199.

¹³⁹ *Gratz vs. Bollinger*, núm. 02-516, debates orales llevados a cabo el 1 de abril del 2003.

¹⁴⁰ Véase Sagüés, María Sofía, “Perfil...”, *op. cit.*

¹⁴¹ *Gratz vs. Bollinger*, núm. 02-516, debates orales llevados a cabo el 1 de abril del 2003.

to de inconstitucionalidad contra un programa de admisión de la Universidad de Texas, en Austin, que tomaba a la raza como un elemento determinante, en el fallo *Fisher vs. University of Texas*.

Bajo el programa de admisiones de la Universidad de Texas se garantiza la admisión a los mejores estudiantes en cada escuela secundaria en el estado. Si bien el porcentaje de corte puede variar según el año, a menudo se denomina el programa *Top 10 percent*. Este mecanismo ha producido una importante diversidad racial y étnica.¹⁴²

En la segunda parte del programa, los estudiantes restantes de Texas y otros lugares se consideran bajo estándares que toman en cuenta el logro académico y otros factores, incluyendo raza y etnicidad. Este aspecto fue la base del cuestionamiento a la constitucionalidad del sistema, introducido por Abigail Fisher, una mujer blanca que dijo que la Universidad había negado su admisión basándose en su raza. Ella se ha graduado en la Universidad Estatal de Luisiana.

El planteamiento fue rechazado por la Corte, que dejó el criterio del precedente *Grutter* intacto. El mensaje nuclear del pronunciamiento del Tribunal es que los funcionarios de admisiones pueden seguir considerando la raza como un factor entre muchos con miras a asegurar un cuerpo estudiantil diverso. La Corte reafirmó muy convincentemente la importancia de la diversidad, si bien cabe aclarar que el caso se refería a un programa inusual y contenía una advertencia para las otras universidades, en el sentido de que no todos los programas de acción afirmativa se reputan constitucionales.

Los partidarios de la acción afirmativa elogiaron la decisión como un hito. Incluso recibió, en su momento, elogios del entonces presidente Obama, quien sostuvo: “Me complace que la Corte Suprema haya confirmado la noción básica de que la diversidad es un valor importante en nuestra sociedad [...] No somos un

¹⁴² En 2011, por ejemplo, 26% de los estudiantes de primer año que se inscribieron en el programa eran hispanos y 6% eran negros. La población de Texas es de alrededor de 38% de hispanos y 12% de negros.

país que garantice resultados iguales, pero nos esforzamos por proporcionar un tiro igual a todos”.¹⁴³

La decisión fue reñida, por un voto de 4 a 3.¹⁴⁴ El juez Anthony M. Kennedy fue autor de la opinión mayoritaria, en la que señaló que los tribunales deben reconocer a las universidades un margen sustancial, pero no total, en el diseño de sus programas de admisión. Así, expresó que “Se debe una deferencia considerable a la Universidad al definir aquellas características intangibles, como la diversidad de los estudiantes, que son fundamentales para su identidad y misión educativa”. De hecho, puntualizó que “Una Universidad se define en gran parte por esas cualidades intangibles que son incapaces de medir objetivamente pero que hacen para la grandeza”.

El juez Kennedy rechazó los argumentos de la señora Fischer. Expresó que los objetivos de diversidad de la universidad no eran amorfos, sino “concretos y precisos”, satisfaciendo el requisito constitucional de que las clasificaciones raciales gubernamentales adelanten un interés convincente.

Seguidamente, señaló que la Universidad estaba justificada al afirmar que el plan de los diez primeros no solo producía suficiente diversidad, agregando que la parte holística del programa de admisiones “tuvo un efecto significativo, aunque limitado, sobre la diversidad de la clase de primer año de la Universidad”.

Si bien el sistema de *Top Ten Percent* tenía límites incorporados, “una política de admisión que se basa exclusivamente en el rango de la clase crea incentivos perversos para los solicitantes”. Expresó que “Los planes de porcentaje «alientan a los padres a mantener a sus hijos en escuelas segregadas de bajo desempeño y desalientan a los estudiantes a tomar clases desafiantes que podrían reducir sus promedios de calificaciones»”. Concluyó que “Dondequiera que el equilibrio entre los planes de porcentaje y la revisión holística debe descansar, una política de admisiones

¹⁴³ Disponible en https://www.nytimes.com/2016/06/24/us/politics/supreme-court-affirmative-action-university-of-texas.html?_r=0

¹⁴⁴ La jueza Elena Kagan no participó de la decisión por haber intervenido en el caso como abogada general.

eficaz no puede prescribir, de manera realista, el uso exclusivo de un plan de porcentaje”, escribió el juez Kennedy.

Ruth Bader Ginsburg, Stephen G. Breyer y Sonia Sotomayor enfatizaron el valor de la diversidad, señalando que “sigue siendo un desafío duradero para que el sistema educativo de nuestra nación concilie la búsqueda de la diversidad con la promesa constitucional de igualdad de trato y dignidad”.

El juez Alito, junto con el juez John G. Roberts Jr. y el juez Clarence Thomas se pronunciaron en una enfática disidencia. El juez Samuel A. Alito Jr. sostuvo que la Universidad no había demostrado la necesidad de admisiones por motivos raciales y que el programa de Texas benefició a las personas más favorecidas sobre los empobrecidos.

Expresó que los objetivos de “la destrucción de estereotipos”, promover “la comprensión racial” y preparar a los estudiantes “para una fuerza de trabajo y una sociedad cada vez más diversa” eran resbaladizos e impermeables al escrutinio judicial.

7. LITIGIO ESTRUCTURAL Y ACCIONES AFIRMATIVAS

Delimitados entonces los conceptos de discriminación estructural, y las acciones afirmativas como herramientas de transformación en miras a una sociedad que respeta la diversidad como valor o interés constitucionalmente tutelable, es necesario analizar los mecanismos procedimentales que permiten la concretización de tales postulados.

Como se ha señalado en los puntos anteriores, es el Estado quien adopta este tipo de medidas, a través de instrumentos constitucionales o legislativos. Sin embargo, la experiencia comparada nos plantea frente a la necesidad de ponderación de la viabilidad, en su caso, de la aplicación de instrumentos de control de inconstitucionalidad por omisión en aquellos supuestos en los que, frente a la existencia de discriminación estructural, los Estados omiten la adopción de medidas de discriminación inversa con vocación reformadora de tal realidad.

Existen antecedentes específicos que permiten vislumbrar el tema. Por ejemplo, en Argentina, en el caso *Sisnero*, una mujer sostuvo que fue discriminada en virtud de haberse postulado en reiteradas oportunidades para ocupar un cargo de chofer en una línea de transporte público de pasajeros, no habiendo sido nunca contratada. Los legitimados activos, la víctima y una OSC, acumularon dos pretensiones, una de naturaleza individual, cuyo objeto mediato era la contratación de la mujer, y una de naturaleza colectiva, que tenía como objeto que se instrumente una acción afirmativa en virtud de la cual las empresas de transporte público demandadas se vean obligadas a contratar personal femenino hasta alcanzar 30% de la planta de choferes.¹⁴⁵

También puede recordarse el caso *Ana Cristina Paz Gil vs. Alcaldía Mayor de Bogotá y Empresa Transmilenio, S.A.*, resuelto el 1 de abril de 2014 por la Corte Constitucional de la Repúbli-

¹⁴⁵ CSJN, 337:611, sentencia de fecha 20 de mayo de 2014. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo que corresponde dejar sin efecto la sentencia que al revocar la admisión de la acción de amparo que ordenó el cese de la discriminación por razones de género, dispuso que las empresas de transporte público demandadas contraten personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes, concluyó que no se había acreditado un acto discriminatorio toda vez que el tribunal no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni respetó los criterios del Tribunal en materia de cargas probatorias, de modo que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable para destruir la presunción de que se incurrió en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular. Señaló que para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia. Se recomienda sobre el tema a Puga, Mariela y Otero, Romina, “Igualdad, género y acciones afirmativas, la justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 341 y ss.

ca de Colombia,¹⁴⁶ en el que el Tribunal, frente a una acción de tutela incoada por una persona con discapacidad que no podía utilizar el servicio público de transporte, ya que este no disponía de las adaptaciones necesarias, resuelve tutelar los derechos fundamentales al trabajo, a la dignidad humana, a la igualdad y a la libertad de locomoción de la actora, y en consecuencia, ordenar al Distrito Capital y a Transmilenio, S.A., que en el término máximo de dos años a partir de la notificación de la presente providencia, diseñe y ponga en ejecución un plan orientado a garantizar el acceso de personas en condición de discapacidad, como la actora, al Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas. El diseño de dicho plan de acción debe llevarse a cabo dentro de los primeros seis meses del término mencionado y, deberá atender las necesidades reales de esa población. Efectivamente, este no es un caso de acción afirmativa a través de un cupo, sino una perspectiva más genérica, que implica un trato diferenciado a un sector excluido en el goce de sus derechos, con miras a procurar su acceso.

Estos antecedentes nos llevan necesariamente a preguntarnos si es viable la creación pretoriana de una acción positiva frente a supuestos de discriminación estructural. La respuesta procedimental estará condicionada por los aspectos relativos a los elementos propios de la discriminación estructural, así como de la herramienta tendente a paliarla, la acción afirmativa.

Al respecto, debe recordarse que las medidas de acción afirmativa consistentes en discriminación inversa parten de un supuesto fáctico fundamental de *naturaleza colectiva*: actúa frente a supuestos de naturaleza grupal, un colectivo sistemáticamente excluido, sometido o marginado, que puede, aunque no siempre, ser históricamente discriminado —afroamericanos, mujeres, discapacitados, etc.—.

La naturaleza colectiva de la discriminación estructural requiere que la medida de acción afirmativa que instrumente mecanismos de discriminación inversa con vocación reformadora de tal situación también reciba elementos colectivos. Ello contri-

¹⁴⁶ Sentencia T-192/14.

buye a determinar un primer elemento característico del proceso tendente a concretarla, que es su idoneidad para producir un pronunciamiento con efectos expansivos sobre la totalidad del grupo o colectivo que requiere tutela.

En este marco se plantean dos opciones viables. En primer lugar, resulta acorde un proceso constitucional objetivo de control de inconstitucionalidad por omisión que tenga por objeto el dictado de la norma que consagre la acción afirmativa, con carácter general.¹⁴⁷

Ahora bien, cabe preguntarse si es posible la adopción de un mecanismo de tal naturaleza a través de procesos subjetivos. La pregunta reviste un particular interés en sistemas de control difuso como el argentino, donde no se prevén expresamente procesos objetivos de control de las omisiones constitucionales, sino que su canalización procesal exige su articulación en procesos en los que se verifique la exigencia de “caso” o controversia.

Ahora bien, el marco procesal del litigio individual parece insuficiente para la canalización de una situación que, al encontrarse intrínsecamente dirigida a la vocación de transformación de una situación colectiva de discriminación estructural, exige la articulación de un proceso colectivo que, a su vez, presente particularidades procesales específicas acordes a la naturaleza del conflicto subyacente.

Así, por ejemplo, es necesario que dicho proceso canalice el diálogo institucional necesario para brindar de legitimación a una medida de la naturaleza de las analizadas que, como se ha señalado, exige un tratamiento prudente a fin de no proyectar apreciaciones limitadas que procuren otorgarle el lugar de “privilegio”.

Este diálogo no debe limitarse a los diversos departamentos del Estado, sino que debe enlazar a la sociedad en general, a través de mecanismos tales como el *amicus curie*, o la incorporación del dato sociológico a que se ha hecho referencia con anteriori-

¹⁴⁷ Me remito en torno a este punto a Sagüés, María Sofía, *Las garantías del control de la inconstitucionalidad por omisión. Garantías y procesos constitucionales*, María G. Ávalos (coord.), Ed. Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 389-425.

dad, y cuya ponderación es fundamental debido a la necesidad de análisis de la dimensión estructural de la discriminación en estudio.

En síntesis, a fin de lograr una adecuada tutela jurisdiccional de la desigualdad estructural mediante la instrumentación de acciones afirmativas de discriminación inversa, es necesario un litigio complejo estructural a través de procesos constitucionales objetivos —de inconstitucionalidad por omisión— o bien subjetivos de naturaleza colectiva, acorde con las características que exige la ponderación de las acciones positivas.

8. PONDERACIÓN

El derecho a la igualdad ha recibido una relectura, abandonando su fórmula de “igualdad ante la ley”, por la de “igualdad de oportunidades”. Ahora bien, situaciones colectivas de discriminación estructural plantean también la necesidad de proyectar las medidas adoptadas por los Estados con miras a su transformación.

Las acciones afirmativas constituyen mecanismos de apuntalamiento de la tolerancia en una sociedad pluralista que puede contribuir a la vocación de superación de la discriminación estructural.

En este sentido, coincide con la doctrina en aplaudir la decisión de la Suprema Corte estadounidense de procurar la búsqueda de la diversidad como interés no solo admitido, sino también requerido con miras a la generación de una sociedad tolerante. Así, las medidas en estudio dejan de ser vistas solamente como un instrumento de saneamiento de la discriminación histórica, para pasar a constituir herramientas de consolidación del espíritu democrático de la sociedad.

Estos lineamientos brindados en los fallos estudiados resultan acordes al orden internacional de derechos humanos y al techo ideológico constitucional argentino, en cuanto procuran apuntalar valores tales como la diversidad educativa y la diversidad cultural, los cuales, conforme señala Bidart Campos y Gelli, en el ordenamiento argentino “resultan emergentes de la coordina-

ción entre los párrafos tercero y cuarto del inciso 19 del artículo 75”.¹⁴⁸ Asimismo, se refieren en concreto al espíritu de tolerancia democrática que se desprende de los artículos 37 y 38 de la Constitución nacional.

Ahora bien, la tutela jurisdiccional de las situaciones colectivas de discriminación estructural en miras a la articulación de acciones afirmativas de discriminación inversa requiere la previsión de procesos constitucionales idóneos para canalizar su protección. A tal efecto, resultan recomendables los procesos constitucionales objetivos de control de inconstitucionalidad por omisión o, en caso de no preverse tal poción, un proceso subjetivo de naturaleza colectiva, que permita garantizar el diálogo institucional y la incorporación de los datos de naturaleza sociológica necesarios para solventar un instrumento como nuestro objeto de estudio.

¹⁴⁸ Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 76, con cita a Gelli, María A., “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994”, en *La Ley*, 5 jul 1995.

PARTE II
Desarrollo de los derechos económicos,
sociales, culturales y ambientales
en el Sistema Interamericano
de Derechos Humanos

La justiciabilidad de los derechos económicos,
sociales y culturales en el Sistema Interamericano
a la luz del artículo 26 de la Convención
Americana. El sentido y la promesa
del caso *Lagos del Campo*¹

Óscar Parra Vera²

1. INTRODUCCIÓN

En un bello texto sobre cierta forma de entender la función judicial, Ronald Dworkin planteó diversas ideas sobre “Cómo el derecho se parece a la literatura”.³ Para Dworkin, los jueces deben ubicarse en una novela que se viene escribiendo, en la que deben de alguna manera honrar la historia que se viene narrando. Ello implica que la libertad interpretativa no pueda ser de excesiva

¹ En este texto retomo y actualizo algunas ideas desarrolladas en Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Agradezco a Daniela Parra y Jhon Mejía su apoyo como asistentes de investigación.

² Abogado y maestro en Teoría del Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Maestro en Criminología y Justicia Penal por la Universidad de Oxford. Se desempeñó como abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como becario “Rómulo Gallegos” y consultor sobre indicadores en derechos sociales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³ Dworkin, Ronald, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Uniandes, 1997.

discrecionalidad, sino que corresponde encajarla en la estructura de historia que se venía narrando, sin caer en la tentación de escribir una novela completamente nueva aunque el respectivo autor la considere mejor.

La jurisprudencia interamericana, en algunos temas, puede leerse como una “novela en cadena” que dependió de diversas composiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte), de cierto tipo de votos de jueces en diversos temas y de diversos momentos políticos del Sistema Interamericano. Esta metáfora me resulta ilustrativa para analizar la forma en que se fue conformando una mayoría de jueces interamericanos proclive a la justiciabilidad directa del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención o Convención Americana), ubicado en el capítulo III de dicho tratado, titulado “Derechos económicos, sociales y culturales”.

En la historia de la conformación de esta mayoría, tiene un papel protagónico el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien desde su llegada en 2013 como juez titular de la Corte Interamericana, asumió como una bandera la necesidad de reconstruir y redefinir la “novela” del artículo 26 de la Convención Americana. Ello fue proyectado inicialmente en su voto en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, en el cual delinea los argumentos principales de lo que sería su defensa de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Este voto, emitido en 2013, reunía la doctrina más relevante sobre la interpretación del artículo 26 y efectuaba también una reconstrucción del derecho constitucional comparado en materia de justiciabilidad directa de los derechos sociales. A partir de ello se defendía la fuerza normativa plena de dicho artículo como una armonización de las mejores interpretaciones a nivel internacional y a nivel nacional comparado sobre la justiciabilidad de los DESC. Lo que hizo el juez Ferrer Mac-Gregor fue despertar una discusión que estaba muerta desde 2009, cuando la composición de la Corte IDH en ese momento consideró —en el caso *Acevedo Buendía*— que era posible derivar algunos caminos de justiciabilidad del artículo 26. Con todo, este paso en 2009 fue particularmente tímido y moderado en el camino argumentativo desarrollado, lo cual explica que haya tenido un impacto

mínimo en la actuación de la Comisión y de la Corte respecto al procesamiento de casos.

Ferrer Mac-Gregor reavivó una discusión que estaba dominada por el pesimismo en torno al camino posible a seguir para impulsar la justiciabilidad directa. El voto removía las zonas de confort que habían generado un seguimiento acrítico de la práctica de proteger los derechos sociales en forma indirecta. La virtud de despertar una discusión residió también en impulsar el cambio en la perspectiva de algunos jueces y empezar a sumar apoyos hacia una visión sobre el rol que debía cumplir la Convención Americana en materia de derechos sociales. Es de especial valor resaltar que, en 2015, dos jueces —Manuel Ventura y Roberto Caldas— que se habían sumado a mayorías de la Corte que abogaban por la justiciabilidad indirecta a través del derecho a la vida o la integridad, o que habían expresado sus dudas respecto del paso que correspondía para lograr la justiciabilidad directa del artículo 26,⁴ se sumaron al voto del juez Ferrer Mac-Gregor sobre justiciabilidad directa. El juez Caldas se sumó en el caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú*, relacionado con el derecho al trabajo, y a partir de allí el juez Caldas empezó a desarrollar votos específicos en esta materia (véase *infra*).

En efecto, los jueces Ventura y Caldas se sumaron a la postura de Ferrer Mac-Gregor en el caso *Gonzales Lluy y familiares vs. Ecuador*, donde la Corte IDH emitió la primera de sus sentencias en un caso por discriminación contra las personas con VIH. Asimismo, fue el primer caso en el que se declarara la violación

⁴ En 2012 el juez Ventura manifestó dudas sobre las posibilidades de justiciabilidad directa del art. 26. Ventura Robles, Manuel E., “Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, núm. 56, 2012, pp. 139-156. Señaló el juez Ventura que “nos enfrentamos a la pregunta de si en un futuro, cercano o lejano, el Tribunal podrá determinar violaciones directas a estos derechos [económicos y sociales], sin necesidad de hacerlo a través de los civiles y políticos. [...] Podemos considerar que lo anterior no depende exclusivamente del Tribunal o de su voluntad para hacer justiciables tales derechos, sino que además implicaría cierto cambio en la normativa existente, así como la voluntad y gestión de los demás actores del Sistema Interamericano”.

del derecho a la educación, lo cual implicó la primera ocasión en la que se determinara la violación del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”).⁵ El Tribunal reiteró el encuadre de estos problemas como violación del derecho a la vida —por el riesgo que corrió la vida de la niña ante una enfermedad tan grave— y del derecho a la integridad personal. Esto condujo a la emisión de tres votos concurrentes respecto a si el caso debía encuadrarse como una violación directa del derecho a la salud, a través del artículo 26 de la Convención Americana, o si correspondía a una violación indirecta de la vida y la integridad personal, tal como lo ha hecho la jurisprudencia constante de la Corte.

El 31 de agosto de 2017, 38 años después de la inauguración de la Corte IDH en 1979, ocho años después del caso *Acevedo Buendía*, cuatro años después del voto emitido por el juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Suárez Peralta*, y dos años después de los tres votos particulares que generara el caso *Gonzales Lluy*, una mayoría de jueces de la Corte IDH declaró por primera vez la violación del artículo 26. El caso concreto se relacionaba con el despido irregular del puesto de trabajo de la víctima y se declaró la vulneración del derecho a la estabilidad laboral, que en el caso concreto se había proyectado también en relación con la libertad de expresión y la libertad de asociación (art. 26 en relación con los arts. 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención).

El presente trabajo describe algunos hitos que enmarcaron este camino de 38 años, con especial énfasis en el rol que tuvieron algunos votos particulares de los jueces interamericanos en los últimos cinco años. La visibilización de argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad directa de los DESC permite arti-

⁵ La víctima, Talía Gonzales Lluy, fue infectada con VIH durante una transfusión de sangre en 1998, cuando tenía tres años de edad, proveniente de un banco de sangre de la Cruz Roja y efectuado en una clínica privada. A los cinco años de edad, la menor acudió a una escuela por dos meses hasta que el director del centro educativo le impidió ir más a clases debido a que era portadora del VIH. La Corte reiteró sus precedentes sobre responsabilidad del Estado cuando no se regula adecuadamente la prestación de servicios de salud y los problemas de inspección, vigilancia y control sobre dichos servicios.

cular el análisis jurídico-normativo con el sociológico-político, dado que algunas posturas han señalado que, ante el difícil y limitado acceso al Sistema Interamericano, el uso indiscriminado del litigio internacional, sin consideración de los factores no legales que influyen en estos derechos, tiene el potencial de generar efectos negativos. Además, se ha señalado que el litigio tiene un rol relevante más allá de estos debates técnico jurídicos, cuando se usa como un mecanismo más dentro de otras estrategias de incidencia que involucran a los movimientos sociales, los medios de comunicación y otras formas de presión.⁶

A continuación, inicio el relato con una breve mención a los referentes doctrinales más relevantes en la materia, para luego valorar cómo en algunos casos contenciosos y votos se proyectaron las diversas aristas del debate sobre el alcance del artículo 26.

⁶ Entre los diversos debates cabe resaltar el generado por el artículo de Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en *Hastings Law Journal*, núm. 56, 2004; la crítica de Melish, Tara J., “Rethinking the «Less as More» Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006; la réplica de Cavallaro, James y Schaffer, Emily, “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006; y la réplica de Melish, Tara J., “Counter-Rejoinder: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006. Una continuación de este debate se encuentra en Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, “La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008, pp. 85-99. En este último artículo los autores analizan la forma en que el litigio con énfasis en derechos civiles y políticos permitió: (i) impulsar el debate sobre la reforma agraria a partir del caso *Corumbiara vs. Brasil* (sobre la expulsión de más de 500 familias de una hacienda por parte de la policía militar con uso excesivo de la fuerza que generó muertos y heridos), y (ii) lograr apoyo para la lucha contra desalojos forzados y por la redistribución de la tierra liderada por el Movimiento de los Sin Tierra, en Brasil, a partir del caso *Masacre de Eldorado dos Carajás vs. Brasil* (ataque policial a un grupo de ocupantes ilegales sin tierra que hacían presión para lograr expropiaciones).

2. EL DEBATE SOBRE LOS ALCANCES
DEL ARTÍCULO 26 EN LA DOCTRINA

La Convención Americana está conformada por un preámbulo y tres partes. La primera parte se titula “Deberes de los Estados y derechos protegidos” y se divide en cinco capítulos: el primero enuncia los deberes de los Estados y el segundo se refiere a derechos civiles y políticos. El tercer capítulo se titula “Derechos económicos, sociales y culturales” y contiene solo un artículo, el 26, al que se le tituló “Desarrollo progresivo”.

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

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

La determinación del alcance del artículo 26 ha generado diversos debates doctrinales. El más importante de ellos es si la Convención Americana permite la justiciabilidad directa de los derechos sociales.

Algunas posiciones consideran que el énfasis en el desarrollo progresivo de estos derechos les priva de justiciabilidad, de tal forma que habría que entenderlos exclusivamente como objetivos programáticos. A ello contribuye una interpretación que considera que “los derechos” consagrados por la Carta de la OEA no serían “derechos en estricto sentido”. En línea con esta postura, Héctor Gros Espiell critica la no inclusión expresa de cada uno de los DESC en la Convención Americana, al señalar que “[e]l error consistió en no comprender que las normas económicas, sociales y culturales del Protocolo de Buenos Aires, aunque enumeraban derechos económicos, sociales y culturales no te-

nían como objetivo aclarar y garantizar derechos humanos, sino fijar pautas de conducta de los Estados en materia económica, social y cultural”.⁷

Posiciones 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—⁸ y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como “estándar de no justiciabilidad”.⁹

Es posible rechazar estos argumentos al señalar que todos los derechos, sean civiles y políticos o sociales, son prestacionales, en el sentido de que involucran obligaciones de hacer —obligaciones positivas— y que todos son programáticos —dependen de políticas públicas que los desarrollan— por ejemplo, las políticas relacionadas con administración de justicia —hacer tribunales, etc., en cuanto a debido proceso—. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia¹⁰ ha precisado que “la condición de «prestacional» no se predica de la categoría «derecho», sino de la «faceta de un derecho». Es un error categorial hablar de «derechos prestacionales», pues, [...] todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales”. Al respecto, dicho Tribunal Constitucional señaló que:

3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento *inmediato*, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos —por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los

⁷ Gros Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Asociación Libro Libre, 1986, p. 114.

⁸ Craven, Matthew, “Economic, Social and Cultural Rights”, en Harris, David y Livingstone, Stephen, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, 1998, pp. 297-306.

⁹ Cavallaro, James y Schaffer, Emily, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Ibidem*, pp. 225-227 y 267-269.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-760 de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico—, o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida —art. 50, CP—). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. [...]

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

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

La obligación de desarrollo progresivo es entonces aplicable tanto a derechos civiles como a derechos sociales y, tal como lo han señalado Cass Sunstein y Stephen Holmes, todos los derechos y libertades generan importantes costos presupuestarios.¹¹ El debate surge por las complejidades de las dimensiones presenciales de los derechos sociales. Con todo, respecto a todos los derechos, sean civiles o sociales, la justiciabilidad de sus di-

¹¹ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI-Igualitaria, 2011.

menciones prestacionales progresivas se relacionan con: (i) la existencia de una política pública; (ii) que no sea simbólica, es decir, que esté dirigida a garantizar el goce efectivo del derecho a través de acciones concretas, y (iii) participación y rendición de cuentas.

En línea con esta visión es posible defender la consagración de derechos directamente exigibles en el artículo 26 de la Convención Americana. En cuanto al debate sobre los antecedentes históricos de la norma, en las actas de la Conferencia Especializada Interamericana se registran tres posturas distintas:¹² a) no alusión a los DESC; b) enumeración prolija y expresa de los mismos, y c) referencia a los DESC en forma muy general y con referencia a compromisos de progresividad. Cabe anotar que la delegación colombiana hizo una propuesta expresa por la inclusión detallada de los DESC. Esta iniciativa fue rechazada y se propuso una fórmula intermedia de remisión al Protocolo de Buenos Aires, en la que se incluyen los derechos sociales que adicionan la Carta de la OEA.¹³ Teniendo en cuenta dichas actas y el preámbulo de la Convención, según el cual compete a este instrumento la determinación de competencias de los órganos del sistema en materia de DESC,¹⁴ es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su consentimiento respecto al reconocimiento de los DESC en la CADH.¹⁵

¹² Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, núms. 30-31, San José, IIDH, 2000.

¹³ OEA, Secretaría General, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, actas y documentos, Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, 1969.

¹⁴ En el preámbulo de la Convención se afirma que los Estados parte en la Convención Americana la aprueban “[c]onsiderando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”.

¹⁵ Un exhaustivo análisis de los trabajos preparatorios y del recorrido de los DESC en la Conferencia Especializada Interamericana, a fin de defender la

Por su parte, Abramovich y Rossi resaltan que el artículo 26 alude claramente a la “adopción de medidas” para dar “plena efectividad” a “derechos”. En este sentido, su interpretación literal permite concluir que no enuncia meros objetivos programáticos.¹⁶ Estos derechos, de acuerdo con las palabras de la norma, deben inferirse a partir de las normas económicas, sociales y culturales de la Carta de la OEA. Asimismo, cabe anotar que el juez Sergio García Ramírez también ha señalado que el artículo 26 contempla derechos y que “[t]odos los derechos [...] contenidos en el Pacto de San José y aceptados por los Estados [...] se hallan sujetos al régimen general de supervisión y decisión, o dicho de otra manera, a los «medios de protección».”¹⁷

Si se aceptan estos puntos de partida —que la Convención Americana consagra derechos sociales—, la tarea posterior recae en la interpretación del artículo 26 para determinar: (i) cuáles son los derechos que es posible inferir a la luz de dicha remisión a la Carta de la OEA; (ii) cuáles son los alcances de la cláusula de desarrollo progresivo, y (iii) cómo operan las obligaciones estatales en relación con estos derechos.¹⁸

tesis del consentimiento de los Estados respecto a la protección de los derechos sociales a través de la CADH, puede verse en Melish, Tara, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*, Nueva York, Center for Human Rights and Global Justice, 2006, pp. 49-56.

¹⁶ Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martín, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José A. (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2004.

¹⁷ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, jul-dic, 2003, pp. 139 y 141.

¹⁸ La doctrina ha evaluado exhaustivamente estos temas. Véase en particular, Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, CDES-Yale Law School, 2003, pp. 379-392; Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, *op. cit.*, pp. 457-478; Faúndez Ledesma, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en AA.VV., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, San José,

Al resolver estos problemas jurídicos, si existen posiciones en conflicto o dudas, la Corte IDH ha señalado que al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.¹⁹ Por otra parte, es imprescindible reconocer la jurisprudencia constante de la Corte IDH, siguiendo en este punto a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de considerar a las convenciones de derechos humanos como “instrumentos vivos” que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales y que la interpretación de los derechos debe hacerse “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”.²⁰ La tarea del intérprete es entonces actualizar el sentido normativo de la Convención. Además, como lo resalta Héctor Faúndez, el artículo 29.d de la CADH señala que ninguna de sus disposiciones se puede interpretar en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza.²¹ Cabe resaltar que esta Declaración consagra expresamente diversos derechos sociales.

Ahora bien, entre las posturas sobre los derechos sociales que se derivan del artículo 26 se encuentran interpretaciones que en-

IIDH, 2004, pp. 98-102 y 113-120; Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Courtis, Christian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 1-66.

¹⁹ Entre otros, véase Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr. 106.

²⁰ Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 114, y Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 120.

²¹ Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 100.

tienden como derechos incluidos en la norma solo aquellos que puedan derivarse de la Carta de la OEA, sin que pueda utilizarse la Declaración Americana o el principio pro persona para su determinación. Según esta postura, el principio de interpretación más favorable solo debe ser utilizado para fijar el alcance de la respectiva norma, lo cual genera limitaciones para derivar una competencia.²²

Sin embargo, la Corte ha señalado que la interpretación de la Convención debe ser integral, de tal forma que armonice los métodos literal, teleológico, sistemático e histórico.²³ El rol del método sistemático podría apoyar posturas que mediante la aplicación del principio de interpretación más favorable determinan los derechos armonizando la Carta de la OEA, la Declaración Americana²⁴ y el Protocolo de San Salvador,²⁵ así como otros instrumentos internacionales pertinentes a la materia (PIDESC, Convenios de la OIT, etc.).²⁶

Otros elementos interpretativos pueden ser de utilidad al enfrentar estos problemas. En este punto, respecto a los derechos

²² Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, *op. cit.*, pp. 470-478.

²³ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

²⁴ Entre las opciones de litigio defendidas por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) se encuentra la utilización del estándar definido por la Corte IDH en su opinión consultiva sobre la Declaración Americana, según el cual, "la Declaración Americana determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA". CEJIL considera que "los derechos protegidos por la Carta, a que se refiere el art. 26, serían aquellos contenidos en la Declaración Americana". CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el Sistema Interamericano*, San José, CEJIL, 2005, p. 75.

²⁵ Melish, Tara, "Enfoque según el artículo 26: Invocando los DESC que se derivan de la Carta de la OEA", en *cit.*, pp. 383-388.

²⁶ Courtis, Christian, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26", ... *cit.*, pp. 8-29; CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, pp. 76-78 y Krsticevic, Viviana, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano", en CEJIL, *Construyendo una agenda para la justicia de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004, pp. 167-173.

consagrados en el artículo 26, es importante tener presente que la remisión efectuada por este artículo involucra varias normas de la Carta de la OEA. El conjunto de derechos que es posible inferir puede ser relativamente amplio, pero todo depende de la técnica argumentativa que se utilice para ello.²⁷ Más aún si se tiene en cuenta la dificultad de derivar derechos a partir de normas que establecen objetivos y medidas de políticas públicas. Coincido con Christian Courtis, quien señala que “[l]a validez de la inferencia es susceptible de grado: cuanto más clara y abundante sea la base normativa —los «índices»— a partir de la cual se realiza la inferencia, mayor certeza habrá al respecto de su validez. Por el contrario, si las referencias normativas a partir de las cuales se realiza la inferencia son oscuras, vagas o aisladas, la validez de la inferencia se verá debilitada”.²⁸

Finalmente, es relevante el debate sobre las obligaciones que se derivan del artículo 26. Al respecto, la CADH enuncia en sus dos primeros artículos obligaciones generales (“respetar”, “garantizar” y, en función de este último deber, “adoptar medidas”). Luego, en su segundo capítulo, refiere a los derechos civiles y políticos sin enunciar deberes de tal carácter. Posteriormente, en

²⁷ En forma meramente explorativa, y bajo la prevención de que siempre es necesaria una construcción argumentativa que justifique la inferencia concreta de derechos, es posible aludir, *inter alia*, a estos derechos sociales en el artículo 26 de la CADH: derechos laborales (derecho al trabajo y conexos) tales como el derecho a salarios justos, condiciones seguras para la vida y la salud en el trabajo, nivel de vida decoroso, jubilación, pensiones por incapacidad, sindicalización, libertad sindical, negociación colectiva y huelga (arts. 26 CADH, y 34 g), 45 b), 45 c), 45 d), 45 g) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la seguridad social (art. 26 CADH, y 45 b) y h) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la educación (art. 26 CADH, y 34 h), 47, 48, 49, 50 y 52 de la Carta de la OEA), derecho a los beneficios de la cultura (arts. 26 CADH, y 47, 48, 50, 51 y 52 de la Carta de la OEA), derecho al bienestar material o a un nivel de vida adecuado (arts. 26 CADH, y 34, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la salud (arts. 26 CADH, y 34 i, 34.l de la Carta de la OEA), derecho a la alimentación (arts. 26 CADH, y 34 j), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la vivienda (arts. 26 CADH, y 34 k), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA) y derecho a un ambiente sano (arts. 26 CADH, y 34 l, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA).

²⁸ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”, *op. cit.*, pp. 8 a 9.

el único artículo perteneciente a su tercer capítulo, que versa sobre DESC, la CADH se refiere a obligaciones generales relativas a estos derechos (“adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos”). Surge la duda, entonces, de si las obligaciones expresadas en los artículos 1 y 2 del Pacto de San José son o no aplicables a los DESC reconocidos en el Tratado.

García Ramírez señala que “[l]as obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos abarcados por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”.²⁹ La misma postura es avalada por Courtis, aduciendo que si estos artículos no distinguen a qué derechos refieren, tampoco debe hacerlo el intérprete.³⁰ Por su parte, Medina Quiroga acepta esta razón y agrega que a la misma puede adicionarse el principio de interpretación más favorable. No obstante, Medina expresa sus reparos, aduciendo que, dado que los artículos 2 y 26 se superponen, en el sentido de que ambos establecen el deber de adoptar medidas, parecería que se han querido establecer obligaciones distintas. Además, agrega, si los artículos 1 y 2 se aplican al artículo 26, tampoco estaría claro qué deben respetar y garantizar los Estados. Una solución, según esta autora, sería sostener que debe garantizarse y respetarse el desarrollo progresivo, aunque señala que “la aplicación de [esos deberes generales de la CADH] no parece ayudar al progreso de los [DESC] si el objeto del respeto y garantía es la progresividad de estos”.³¹

Sin embargo, comparto la respuesta de Courtis a este argumento en el sentido de que el objeto de las obligaciones de respeto y garantía son los derechos sociales consagrados en el artículo

²⁹ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales* núm. 9, jul-dic, 2003, p. 139.

³⁰ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ... cit., pp. 2-29.

³¹ Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005, pp. 227-228.

26. En palabras de este autor, “lo que agrega el artículo 26 —y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2— es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos —es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad— en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles”, salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato.³²

Cabe resaltar que la obligación de desarrollo progresivo niega la justiciabilidad de estos derechos e, incluso, abre algunas esferas de control judicial del deber de no regresividad.³³ Con todo, autoras como Tara Melish consideran que el éxito del litigio internacional ante el SIDH que invoque directamente DESC estará asociado a que se analicen los casos con base en los deberes de respeto y garantía y no con base en la obligación de desarrollo progresivo —lo cual lleva a diferenciar entre “obligaciones de conducta” y “obligaciones de resultado”—. Para Melish, la progresividad es un estándar de monitoreo, no utilizable en el litigio. La autora explica que el deber de respeto es una obligación negativa e inmediata, que no depende de los recursos, mientras que el deber de garantía involucra obligaciones positivas que en cierto modo dependen de los recursos de los Estados, tanto frente a derechos civiles como frente a derechos sociales. Resalta entonces, que los deberes de respeto y garantía se relacionan con obligaciones de conducta. Por el contrario, la obligación de desarrollo progresivo se evaluaría ponderando los resultados alcanzados en la satisfacción de los derechos de la población, lo cual iría más

³² Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ponencia presentada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, San José, IIDH, 2007, p. 23.

³³ Véanse los artículos de Christian Courtis y Tara Melish citados, así como Melish, Tara, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2007. Véase Melish, Tara, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, ... cit., pp. 213 y ss.

allá de un análisis que se concentre en la conducta del Estado respectivo e involucra dimensiones colectivas no justiciables. Ello dificultaría construir un alegato sobre imputación de responsabilidad internacional en esta materia, dado que bajo la Convención Americana, el litigio solo podría ser en relación con obligaciones de conducta frente a dimensiones individuales de estos derechos.

3. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 26 EN CASOS
CONTENCIOSOS EMITIDOS POR LA CORTE
INTERAMERICANA. EL EQUÍVOCO PUNTO DE PARTIDA
EN EL CASO *CINCO PENSIONISTAS*³⁴

En el caso *Cinco Pensionistas*, la CIDH alegó que el retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social constituía una violación del artículo 26. La Corte declaró violado el derecho a la propiedad (art. 21 de la Convención), pero no el derecho a la seguridad social, considerando que “el desarrollo progresivo” de los derechos sociales se debe medir “en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de

³⁴ Antes del caso *Cinco Pensionistas* la Comisión Interamericana había defendido la exigibilidad de algunos derechos sociales a través del artículo 26 en el marco de casos individuales. En el caso *Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, relacionado, *inter alia*, con un despido arbitrario posterior al desarrollo de una huelga, la CIDH consideró que “los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los [DESC] tutelados por la Convención Americana en su artículo 26” y que en dicho caso, “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”. Asimismo, en el caso *Odir Miranda vs. El Salvador*, la Comisión admitió la petición respecto al derecho a la salud, en el marco del art. 26, pero en el informe de fondo respectivo consideró que no existió violación de este derecho. En dicho informe la Comisión consideró que no existió violación del derecho a la salud al considerar que se habían adoptado medidas para ofrecer el tratamiento médico respectivo a personas con VIH.

pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente” (párr. 147), razón por la cual desestimó “la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de [dicho] caso” (párr. 148).

Diversas críticas han surgido en relación con este fallo. Melish considera que “la diferenciación entre «tipos» de obligaciones aplicada a los derechos del Capítulo II y del Capítulo III [de la CADH], respectivamente —uno enfocado en la apropiada conducta estatal, el otro en los niveles globales de disfrute de los derechos más allá de la conducta de los Estados— es la mayor debilidad de la [Corte IDH] en términos de la adecuada protección de los derechos socioeconómicos”. Melish resalta que la Corte tampoco aplicó a los hechos un análisis sobre las restricciones legítimas respecto al derecho a la propiedad.³⁵

Courtis criticó la utilización inconsistente de la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en la que precisamente se señala que la progresividad no niega la justiciabilidad de estos derechos. Además, Courtis señaló que la Corte confundiría la dimensión colectiva de los derechos sociales con su alcance nacional y manifestaría un temor respecto a analizar la totalidad de una política pública en un caso contencioso. Además, crearía una carga adicional para los litigantes relacionada con demostrar la implicación colectiva de la demanda.³⁶ Muchas críticas resaltan el tipo de auto-restricción desarrollado por la Corte en relación con el análisis de políticas sociales, lo cual se considera problemático, dado que la Comisión Interamericana es la competente para efectuar análisis globales sobre la situación de un determinado país a través de sus informes y sus visitas.³⁷

³⁵ Melish, Tara, “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL*, núm. 1, 2006.

³⁶ Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad: Apuntes introductorios”, en Courtis, Christian, (coord.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

³⁷ Véase al respecto el voto razonado del juez Carlos Vicente de Roux en relación con el caso *Cinco Pensionistas*, según el cual la Corte no tiene competencia para monitorear la situación general de derechos humanos de un

Con posterioridad al caso *Cinco Pensionistas*, la Comisión Interamericana, en una primera etapa, reprodujo la visión del desarrollo progresivo de los derechos como un aspecto que solo podía analizarse a la luz de la situación general de la población en un determinado país. Al respecto, en el caso *Cuscul Piraval y otros*, se señaló la imposibilidad de efectuar un análisis global sobre la regresividad a partir de un grupo reducido de personas. Sin embargo, la Comisión indicó que, independientemente de lo señalado respecto al carácter progresivo del derecho a la salud, existía una situación de exigibilidad inmediata de este derecho en relación con el principio de no discriminación, en el sentido de que el Estado no puede garantizar el derecho a la salud de manera discriminatoria. La Comisión consideró que en el caso no había sido sustentada una práctica discriminatoria en este ámbito, porque no había sido probado que a las presuntas víctimas se les hubiese negado la atención médica o los medicamentos que a otras personas que se encuentran en la misma situación se les haya dado. Tampoco aportaron argumentos o pruebas para sustentar que los pacientes de VIH/SIDA reciben un tratamiento diferenciado, sin una justificación racional, frente a personas que padecen otro tipo de enfermedades. Se declaró entonces la inadmisibilidad del derecho a la salud y del derecho a la igualdad.³⁸

En un caso posterior, la Comisión declaró la admisibilidad de un caso sobre el derecho a la seguridad social, indicando que el incumplimiento de los fallos judiciales dictados en el orden interno tutelando el derecho a la seguridad social, del cual afirmaban su titularidad las presuntas víctimas, podría tender a caracterizar una violación del artículo 26 de la Convención.³⁹ Uno de los co-

país, sino para examinar la violación concreta de personas determinadas. Para otras críticas, véase Mejía R., Joaquín A., “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, núm. 49.

³⁸ CIDH, *Luis Rolando Cuscul Piraval y otras personas afectadas por el VIH/SIDA*, informe 32/05, petición 642-03, admisibilidad, Guatemala, 7 de marzo de 2005.

³⁹ CIDH, *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación VIASA)*, informe 70/04, petición 667/01, admisibilidad, Venezuela, 13 de octubre de 2004.

misionados emitió un voto razonado señalando que no existía *prima facie* una presunción razonable de violación al derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta el mencionado precedente en el caso *Cinco Pensionistas*.⁴⁰

Estos problemas y críticas a la aplicación del artículo 26 por la Comisión y la Corte explican que los órganos interamericanos, a través de decisiones adoptadas a partir de 2009, hayan intentado precisar con más detalle los alcances de dicho artículo. A continuación se analizan estas decisiones recientes y la forma en que podrían contribuir con una reformulación del debate y de la doctrina establecida en el caso *Cinco Pensionistas*.

4. LOS AVANCES DERIVADOS DEL CASO *ACEVEDO BUENDÍA* (2009)

En primer lugar, a través del caso *Acevedo Buendía vs. Perú*,⁴¹ la Corte IDH precisó que el artículo 26 consagra derechos económicos, sociales y culturales exigibles a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía —prevención, protección y cumplimiento—. Este es un primer paso para superar gran parte de las dudas del pasado. El énfasis en las obligaciones que se derivan de los derechos sociales será fundamental para analizar la responsabilidad internacional específica respecto a este tipo de derechos. Como punto de partida, la Corte interpretó los trabajos preparatorios de la Convención Americana a partir de las intervenciones efectuadas en 1968 por parte de las delegaciones de Guatemala, Brasil, Uruguay y Chile. Se señaló entonces lo siguiente:

[...] el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de esta, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales

⁴⁰ Voto del comisionado Clare Roberts.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

y culturales; “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación”; así como “los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección”, ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, solo “recog[ían] en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires”. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales esta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales”.

Por otra parte, la Corte señaló que “si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos económicos, sociales y culturales”, se ubica también en la parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los estados y derechos protegidos”. En consecuencia, el artículo 26 está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos civiles y políticos”).

Respecto a las obligaciones de progresividad y no regresividad, la Corte se refirió a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Si bien la prohibición de regresividad como estándar de protección judicial ha sido objeto de innumerables discusiones,⁴² la Corte, en similar sentido a lo reseñado previamente sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, precisó que la obligación de adoptar medidas para impulsar la progresividad puede ser objeto de rendición de cuentas y aludió a los siguientes estándares:

⁴² Análisis doctrinal exhaustivo en relación con esta figura puede verse en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CELS-CEDAL, 2006.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que “[c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son «adecuadas» o «razonables», el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo”.⁴³

Como correlato de lo anterior, la Corte precisó criterios para analizar las medidas regresivas, atendiendo a la doctrina del mencionado Comité. Se señaló 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” sociales “en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles”. Se indicó además que:

[e]n caso de que un Estado parte aduzca “limitaciones de recursos” para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad

⁴³ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el «máximo de los recursos de que disponga» de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º periodo de sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [I]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un periodo de recesión económica; d) [I]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) [s]i el Estado parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y f) [s]i el Estado parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”.⁴⁴

La Corte Interamericana reconoció, asimismo, también en 2009 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”. Este trascendente pronunciamiento de la CIDH, en el caso de la *Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú*⁴⁵ analizó el cambio, a través de una reforma constitucional y legal, en la manera como las presuntas víctimas venían ejerciendo su derecho a la pensión de jubilación. Si bien no se declaró violación de ningún derecho humano, sí se estableció una metodología para el análisis de estos casos.

La CIDH analizó bajo el artículo 21 la incorporación de los efectos patrimoniales de un régimen de seguridad social en la propiedad —las pensiones y su nivelación entraron en su patrimonio—. Y analizó a la luz del artículo 26 las obligaciones de progresividad de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA. Respecto a la restricción del derecho a la propiedad, la CIDH señaló que se cumplieron con estos requisitos:

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 10.

⁴⁵ Informe de admisibilidad y Fondo 38/09, caso 12.670, *Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de marzo de 2009, párrs. 140-147.

- a) legalidad de la restricción;
- b) finalidad legítima de la restricción —alcanzar estabilidad financiera y eliminar inequidades—, y
- c) proporcionalidad: la medida es razonable para alcanzar los objetivos sin afectar excesivamente los derechos en conflicto, dado que:
 - se puede generar ahorro;
 - no hubo prueba sobre los porcentajes de reducción;
 - no se afecta la esencia del derecho —se continúa percibiendo pensión y no hubo expropiación—, y
 - no se había hecho contribución especial para obtener los beneficios de nivelación.

Respecto a la prohibición de regresividad se analizó la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida, teniendo en cuenta razones de suficiente peso. Esto significa asumir que la prohibición de regresividad es un principio —es decir, un mandato de optimización que se puede ponderar con otros principios— y no una regla —es decir, una norma que se aplica bajo las reglas todo/nada, es decir, que no toda regresión es prohibida—. ⁴⁶ La Comisión concluyó que no existía regresividad porque la medida restrictiva:

- tenía una *finalidad* compatible con la Convención: se buscaba garantizar la viabilidad de un sistema pensionario a futuro y eliminar sus inequidades. En este punto, la Comisión resaltó que la pensión más alta era 26 veces mayor a la pensión más baja, mientras que con la reforma se podría reducir esta diferencia a siete. Asimismo, se consideró que establecer topes máximos a pensiones no resulta regresivo en sí mismo mientras que la medida no sea incompatible con el contenido esencial del derecho;

⁴⁶ Para un mayor desarrollo sobre el rol de la distinción entre reglas y principios para una mejor aplicación judicial de la prohibición de regresividad, véase Uprimny, Rodrigo y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, 2008.

- afectó un número reducido de pensionistas con la finalidad de mejorar el ejercicio del derecho a la pensión de los demás beneficiarios;
- no se probó que una medida de reajuste de pensión no fuera idónea para mantener el valor adquisitivo de la misma, y
- el Tribunal Constitucional interno determinó que revisaría si un criterio de sostenibilidad financiera para efectuar reajustes de pensiones de adultos mayores podía llegar a impedir que dicho reajuste se realice, lo cual fue tomado en cuenta por la Comisión, atendiendo al principio de subsidiariedad que gobierna la actuación de los órganos del Sistema Interamericano.⁴⁷

En un caso relativamente similar contra Brasil, la Comisión declaró inadmisibile la petición porque consideró que una regresión frente al goce de la pensión era proporcionada en las circunstancias del caso concreto.⁴⁸ El caso se relacionaba con una reforma constitucional que dispuso que los funcionarios públicos jubilados y pensionistas, quienes anteriormente estaban exentos del pago del impuesto llamado “contribuição previdenciária”, pasaron a estar obligados a pagarlo, al igual que todos los demás funcionarios públicos activos. La Comisión Interamericana cons-

⁴⁷ Cabe anotar que el comisionado Paolo Carozza hizo un voto concurrente razonado rechazando el test propuesto para el análisis de la regresividad de los derechos sociales. Al respecto, señaló que el test propuesto era confuso y que: “al tratar de equilibrar y reconciliar la amplia gama de intereses sociales, recursos y necesidades inherentes al cumplimiento progresivo de los DESC, los Estados pueden adoptar razonablemente un gran número de soluciones compatibles con la protección de los derechos humanos. En este contexto, es importante que los tribunales internacionales eviten extralimitarse en su competencia y reemplazar sus decisiones por las de actores políticos internos, quienes estarían en mejores condiciones de tomar tales decisiones y que por lo general —en sistemas democráticos— tienen que rendir cuentas a sus representados. Al reconocer el principio de subsidiariedad, una entidad internacional como la Comisión debería ser considerada singularmente inidónea para hacer un análisis y revisión detallados de tales decisiones sociales”.

⁴⁸ CIDH, contribución a la seguridad social de funcionarios públicos jubilados y pensionistas-MOSAP y otros, informe 132/09, inadmisibilidad, Brasil, 12 de noviembre de 2009.

tató que no existía el derecho subjetivo a ser eximido de pagar dicha contribución social, relacionada con el principio de solidaridad en el que se enmarca el sistema brasileño de seguridad social. Además, la Comisión aludió a un caso de la Corte Europea declarado inadmisibile respecto a Polonia, bajo el argumento de que “el pago de premios en el marco de un esquema de seguridad social” si bien “genera el derecho de derivar beneficios del esquema”, “no puede ser interpretado como otorgando a un individuo el derecho de recibir una pensión de un determinado monto”.⁴⁹

La Comisión constató que la reforma no tuvo por fin reducir el monto de los salarios y pensiones recibidas por las presuntas víctimas jubiladas y pensionistas, sino que se justificó con el objeto de asegurar a todos los demás actuales y futuros jubilados y pensionistas el derecho a recibir una pensión, en el marco de un sistema contributivo y solidario, en que todos los participantes, sean funcionarios activos, jubilados o pensionistas, deban contribuir. Por otra parte, la Comisión tomó nota de que la decisión del Supremo Tribunal Federal mantuvo la integralidad de los salarios de los funcionarios públicos jubilados y pensionistas, de tal forma que el impuesto no incidía sobre ese monto. En ese sentido, la decisión del Supremo Tribunal Federal habría respetado el concepto de “capacidad contributiva” y tomado en cuenta la realidad de los jubilados y pensionistas más vulnerables. Al declarar inadmisibile el artículo 26, la Comisión señaló que:

[L]a eliminación de la exención del pago de la *contribuição previdenciária* fue razonable una vez que asegura a los actuales jubilados y pensionistas el mantenimiento de las jubilaciones y pensiones, en las condiciones en que fueran otorgadas; [...] tomó en cuenta la realidad de los jubilados y pensionistas más vulnerables; y [...] tuvo como objeto garantizar el derecho de todos a recibir una pensión,

⁴⁹ En ese caso, el peticionario “mantuvo todos los derechos relativos a su pensión ordinaria, originados de las contribuciones que él había pagado en el marco de su esquema de pensión, por tanto, la pérdida de su «status de veterano» no resultó en un perjuicio a la esencia de su derecho a la pensión. [...] Consecuentemente, los medios empleados tuvieron una justificación objetiva y razonable en la experiencia histórica de Polonia y buscaron un fin legítimo, es decir, reglamentar la operación del existente sistema de privilegios excepcionales”.

en el marco de un sistema de solidaridad. Es decir, fue una reforma constitucional dirigida a fortalecer el sistema de seguridad social, y consecuentemente garantizar el derecho de todos a la seguridad social. En ese sentido, no se desprende de esta petición que la Enmienda Constitucional No. 41/2003 haya significado una regresión o una restricción al derecho a la seguridad social y a la pensión.

Por otra parte, en diversos informes entre 2009 y 2010, la Comisión Interamericana ha ratificado esta interpretación en relación con el artículo 26, remitiendo a las consideraciones emitidas en el informe 38 de 2009. Al respecto, en un informe de admisibilidad de 2009,⁵⁰ la Comisión indicó que:

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

Por otra parte, en un informe de admisibilidad sobre la alegada precaria situación de protección en seguridad social y riesgos profesionales para los buzos miskitos,⁵¹ la Comisión señaló que:

[...] los hechos descritos por los peticionarios podrían caracterizar una presunta violación al artículo 26 [...], el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que los Estados dedicarán sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: b) El trabajo es un derecho y

⁵⁰ CIDH, Pensionados del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola-Bandesá, informe 102/09, admisibilidad, Guatemala, 29 de octubre de 2009.

⁵¹ CIDH, Opario Lemote Morris y otros (Buzos Miskitos), informe 121/09, admisibilidad, 12 de noviembre de 2009.

un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar. Además, la misma Carta establece en su artículo 50 que los Estados “fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo”. La Comisión observa que, de acuerdo con los hechos alegados, las condiciones laborales de los buzos miskitos no reunirían, siquiera, las mínimas condiciones para asegurar su vida e integridad personal. Por lo anterior, la Comisión considera que de ser probados los hechos reclamados, podrían caracterizar una violación del artículo 26 de la Convención Americana.

Asimismo, en un informe de 2010,⁵² si bien se declaró inadmisibile un reclamo por el derecho a la vivienda porque el caso específico se relacionaba fundamentalmente con alegadas ejecuciones extrajudiciales, la Comisión señaló que:

[e]l derecho a una vivienda adecuada, [...] es uno de los derechos incluidos en las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales consagradas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y enmendada por el artículo 34.K del Protocolo de Buenos Aires. Por lo tanto, [...] la Comisión Interamericana reitera que es competente *ratione materiae* para examinar las supuestas violaciones de todos los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, incluidos aquellos contenidos en el artículo 26. [...]La obligación derivada del artículo 26 de la Convención Americana, significa un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención. A pesar de lo anterior, el peticionario no ha presentado información o argumentos que demuestren que la falta de vivienda de las supuestas víctimas en el momento en que ocurrieron los ataques, el 19 y 22 de octubre, constituyó una regresión o restricción del derecho de toda la población de contar con una vivienda adecuada, y tampoco ha presentado el peticionario información o ha respaldado de

⁵² CIDH, *Ivanildo Amaro Da Silva y otros*, informe 38/10, admisibilidad, Brasil, 17 de marzo de 2010.

alguna manera, cómo los ataques contra las 13 supuestas víctimas tenderían a caracterizar una violación de su derecho individual a una vivienda adecuada.

Como se observa, las interpretaciones efectuadas en el caso *Acevedo Buendía* y en el informe 38 de 2009, emitido por la Comisión han tenido un impacto en las decisiones sobre casos posteriores en la materia. A continuación haré referencia a otros desarrollos que intentaron complementar, consolidar o rechazar lo señalado en el caso *Acevedo Buendía*.

5. EL VOTO DE LA JUEZA MACAULAY EN EL CASO *FURLÁN* (2012)

En 2012, en el marco del caso *Furlán y familiares vs. Argentina*,⁵³ la jueza Margarette May Macaulay consideró que dicho caso podría haberse resuelto de mejor forma si se utilizaba una dogmática específica sobre derechos sociales a la luz de su justiciabilidad directa en el marco del artículo 26 de la Convención Americana. En dicho caso se analizó la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes incurrieron en una demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico del niño Sebastián Furlán, posteriormente adulto con discapacidad.

La jueza Macaulay retomó en su voto concurrente lo señalado previamente en el caso *Acevedo Buendía* e introdujo algunos argumentos complementarios en relación con los alcances del mencionado artículo. Señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”. Al respecto, resaltó que:

[...] al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención

⁵³ Corte IDH. *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C, núm. 246.

de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.⁵⁴

La jueza Macaulay precisó además que correspondía a la Corte actualizar el sentido normativo del artículo 26 y señaló que:

[...] lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.

⁵⁴ Únicamente 15 Estados han ratificado el Protocolo de San Salvador, disponible en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>

6. EL VOTO DEL JUEZ FERRER MAC-GREGOR
EN EL CASO *SUÁREZ PERALTA* (2013)
—REITERADO Y COMPLEMENTADO
EN LOS CASOS *GONZALES LLUY* (2015)
Y *CHINCHILLA SANDOVAL* (2016),
ENTRE OTROS—

En 2013, Eduardo Ferrer Mac-Gregor se incorporó como juez de la Corte Interamericana. El caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*⁵⁵ fue la primera sentencia que adoptó la nueva composición y en ella se decidió un caso de mala praxis médica contra Ecuador. Tal como lo he mencionado en la introducción, el mencionado juez utilizó un voto concurrente a esta sentencia como una oportunidad para hacer una detallada reconstrucción del debate doctrinal y jurisprudencial en relación con la justiciabilidad directa de los DESC a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El juez Ferrer Mac-Gregor otorgó especial valor a un diálogo con el derecho comparado en la materia, lo cual le permitió armonizar los debates interamericanos con los debates del derecho constitucional comparado sobre la justiciabilidad de estos derechos. De ahí que este voto constituya un punto de inflexión en la historia regional de este debate. En términos generales, este voto fue reiterado en casos posteriores, como *Canales Huapaya* y *Gonzales Lluy*, ambos de 2015.

El juez Ferrer Mac-Gregor tomó como punto de partida la idea según la cual el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, incluyendo los relativos al artículo 26,⁵⁶ entre los cuales se encuentra el derecho al de-

⁵⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

⁵⁶ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 16: “el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones”, y así decide entrar al fondo del asunto al desestimar la excepción preliminar planteada por el Estado, precisamente sobre la supues-

sarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Dicha competencia se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo progresivo) del Pacto de San José, a través de distintas vías interpretativas, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando los artículos 34.i) y 45.h) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el art. 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances a los derechos sociales.

El juez Ferrer Mac-Gregor precisó que lo anterior no es incompatible con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que se refiere solo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad. En efecto, este artículo prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino que en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación, de conformidad con las particularidades de cada Estado.

En el marco de una interpretación evolutiva, el juez Ferrer Mac-Gregor resaltó que es necesario considerar los avances del derecho comparado —especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Estados parte, incluso de la tendencia en otros países del mundo—, así como una interpretación que analice el *corpus juris* interamericano en su conjunto, especialmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

ta incompetencia de la Corte IDH respecto del art. 26 de la Convención Americana.

Dicho juez justifica este razonamiento teniendo en cuenta que el enfoque de la “vía indirecta” no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos*.

Por otra parte, luego de retomar la justificación de la justicia-bilidad directa en el marco de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, el juez Ferrer Mac-Gregor resaltó que en el caso *Acevedo Buendía*, la Corte rechazó una excepción preliminar en razón de la materia, presentada por el Estado peruano, respecto a la falta de competencia de la Corte para decidir sobre un derecho no justiciable en los términos del Protocolo de San Salvador. En este punto, el Tribunal argumentó que tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia —*compétence de la compétence*—; y, por otra parte, que “la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (art. 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver *cualquier controversia relativa a su jurisdicción*. Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una *jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*”. El juez Ferrer consideró que el Tribunal Interamericano, al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para conocer y resolver —incluso poder declarar violado— el artículo 26 del Pacto de San José.

Por otra parte, al interpretar sistemáticamente la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, el juez Ferrer Mac-Gregor resaltó que en ningún precepto del Protocolo de San Salvador se hace referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación.

Si mediante el Protocolo de San Salvador se pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH. En este punto, al aplicar el principio de interpretación más favorable no solo en relación con aspectos sustantivos de la Convención, sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, corresponde señalar que si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana. Por el contrario, una de las normas del Protocolo señala que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana. Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.

En el voto concurrente se señala que no es posible declarar la violación del derecho a la salud —o del derecho al trabajo en el caso *Canales Huapaya*— en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance de estos derechos sociales que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía con relación a este derecho, es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

Cabe resaltar que este voto emitido por el juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Suárez Peralta* fue reiterado en el caso *Canales Huapaya* (2015). En esta ocasión, el voto fue emitido conjuntamente con el juez Caldas. Un agregado en la argumentación sobre el tema

se hizo en el sentido de precisar respuestas contra argumentos, según los cuales la Convención Americana no consagraría derechos sociales, aduciendo que si estos derechos ya se encontraban en dicho tratado, los Estados parte hubieran preferido efectuar una enmienda del mismo para complementar o expandir el alcance de esos derechos —y no un protocolo—. En el voto conjunto concurrente a la sentencia en el caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú*, el juez Caldas y el juez Ferrer Mac-Gregor precisaron que era posible una interpretación distinta sobre la relación entre “tratados” y sus “protocolos” en el derecho internacional de los derechos humanos, tal como se puede observar en varios protocolos adicionales a tratados que establecen regulación complementaria a la materia desarrollada en el tratado respectivo, es decir que los protocolos no están restringidos a la consagración de derechos nuevos.⁵⁷ Y lo anterior lo consideraron válido a la luz de una interpretación sistemática de los artículos 26, 31 y 77 del Pacto de San José.

Similarmente, en el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (2016),⁵⁸ el juez estableció que el análisis de la Corte debió haberse concentrado en la violación del derecho a la salud de las personas que, además de estar en condición de discapacidad, están privadas de la libertad. Para llegar a dicha conclusión, el juez partió de la necesidad de adoptar un enfoque de derechos que considerara especialmente la situación de los sujetos en condición de discapacidad que, además, están privados de la libertad⁵⁹ —especialmente en relación con el derecho a la salud y a los deberes específicos derivados del mismo—, además de estudiar el deber de prevención en cabeza del Estado respecto de las condiciones carcelarias y su relación con el goce de derechos.

⁵⁷ Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015, especialmente párrs. 26-29. En dicho voto aludimos a ejemplos relacionados con Protocolos Adicionales al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁸ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 6.

Así pues, aun cuando reconoce que es la primera vez que la Corte IDH se refiere al concepto de accesibilidad como deber del Estado en relación con las personas con discapacidad, del estudio de los hechos, resulta claro para Ferrer Mac-Gregor que la intersección entre las calidades de persona en condición de discapacidad y persona privada de la libertad configuraron una serie de tratos discriminatorios que, además, dieron lugar al nacimiento de obligaciones específicas relacionadas con los deberes del Estado de garantizar el pleno goce del derecho a la salud.⁶⁰

Así, en el caso concreto, el incumplimiento del deber del Estado de garantizar el acceso a las herramientas y medidas necesarias para proteger su vida y bienestar, aunado a la existencia de barreras físicas en el centro carcelario en el que se encontraba recluida la víctima y la omisión de atención por parte de los agentes de seguridad ante los padecimientos de la señora Chinchilla, determinaron la clara violación de su derecho a la salud, derecho que, a su vez, debió ser protegido como derecho autónomo por la Corte IDH, en lugar de haberlo sujetado a la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal.⁶¹

7. VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ
ALBERTO PÉREZ PÉREZ EN EL CASO
GONZALES LLUY (2015)

Desde 2013, el juez Pérez Pérez había anunciado su postura en contra de la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana. En particular, en el caso *Suárez Peralta*, el juez Pérez hizo un voto concurrente solo para resaltar 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”.

Esta perspectiva es reforzada en la postura desarrollada por este juez en el marco del caso *Gonzales Lluy*. En su voto concu-

⁶⁰ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312, párr. 5.

⁶¹ *Idem*.

rente, el juez Pérez se refiere inicialmente a la falta de reconocimiento de los DESC en la Convención Americana. Para ello, diferencia entre “reconocimiento de derechos” y “régimen de protección”. Respecto al primer concepto, señala que “*la Convención Americana reconoce [...] derechos civiles y políticos, [...] derechos y libertades incluidos en el régimen de protección de esta Convención*”.⁶² El juez ata su análisis del régimen de protección con las competencias de la Comisión Interamericana (CIDH) y la Corte, de este modo señala las competencias de admitir y conocer comunicaciones en las que se aleguen presuntas violaciones de cualquier derecho reconocido por la CADH, así como la inadmisión de aquellas comunicaciones que no se refieran a derechos reconocidos. Sin embargo, a renglón seguido, el artículo 31 permite el reconocimiento de otros derechos y la inclusión de estos en el régimen de protección, bajo los procedimientos de los artículos 76 y 77 —enmiendas y protocolos—. Es por ello que el juez concluye que en el artículo 26 de la CADH “*no se reconocen o consagran los derechos económicos, sociales y culturales, sino que establece algo muy distinto: el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales*”.⁶³

Por otra parte, el juez Pérez utiliza los métodos de interpretación literal y complementan por medio de los trabajos preparatorios del Tratado y sus circunstancias de celebración. De esta manera, señala que el Protocolo de San Salvador proclama que “*las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble*”, además de que este protocolo “*reconoce numerosos derechos económicos, sociales y culturales*”, pero “*solo incluye en el régimen de protección de la Convención Americana a dos de ellos (en un caso solo parcialmente)*”.⁶⁴ De igual forma, el juez usa los trabajos preparatorios, señalando que “*la caracterización de esos antecedentes*” hecha en el caso *Acevedo Buendía* “*no es correcta*”. En particular, señaló que se citaron fragmentos de la intervención de

⁶² Voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez a la sentencia del *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 3.

⁶³ *Ibidem*, párr. 9.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 13.c.

cuatro Estados sobre un total de 23, para señalar la intención de mencionar expresamente el carácter de *derechos* de los DESC, así como incluir disposiciones que establezcan su obligatoriedad, y mecanismos de promoción y protección. Para el juez Pérez, tras transcribir apartados de la intervención de Uruguay, Chile, Argentina, México, Guatemala y Brasil, “*en ningún momento se propuso la inclusión de los derechos económicos sociales y culturales en el régimen de protección previsto por la Convención*”.⁶⁵

Por otra parte, el juez Pérez se opone al uso de la interpretación progresiva, considerando que este método de interpretación solo es posible para aclarar el alcance de un derecho u obligación estatal ya existente e incluida en el régimen de protección. En similar sentido, considera que no es posible utilizar la competencia de la competencia para añadir derechos, lo cual le compete a los Estados: “La competencia de decidir en cada caso concreto si tiene o no competencia no significa que la Corte pueda modificar el alcance y el sentido de la competencia que le asignan las disposiciones de la Convención”.⁶⁶

8. VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ SIERRA PORTO EN EL CASO *GONZALES LLUY* (2015)⁶⁷

Luego de tres años como juez interamericano, el juez Humberto Antonio Sierra Porto emitió su primer voto particular en 2015 al decidirse el caso *Gonzales Llyu*. En ese momento, dicho juez también se desempeñaba como presidente del Tribunal. Su postura se concentró en el análisis del alcance del artículo 26 de la Con-

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 21.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 8.

⁶⁷ Los votos de los jueces Sierra Porto y Pérez Pérez reúnen la gran mayoría de argumentos en contra de la justiciabilidad de los DESC a la luz del art. 26. A nivel doctrinal, el mejor artículo que desarrolla críticas contra el caso *Acevedo Buendía* y que rechaza una interpretación amplia del art. 26 para permitir la mencionada justiciabilidad es el siguiente: Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 156-183.

vención. Existía mucha expectativa en esta materia, teniendo en cuenta que el juez Sierra también se había desempeñado como magistrado y presidente de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se había manifestado activamente a favor de la justicia-bilidad directa de los derechos sociales, a pesar de los desafíos normativos que en esta materia generaban las disposiciones normativas de la Constitución colombiana. El voto del juez Sierra no solo analiza el debate interpretativo en torno a los alcances del artículo 26, sino que también ofrece argumentos sobre la “política judicial” que debería seguir la Corte IDH en relación con las tensiones entre el consentimiento de los Estados y la creatividad judicial en la interpretación evolutiva de la Convención. Esta es una tensión presente durante toda la historia de los órganos de protección del Sistema Interamericano.

En primer lugar, el juez Sierra señala que el artículo 26 de la CADH no consagra derechos, sino que establece la obligación de desarrollo progresivo de los DESC, así como el deber de no regresividad, además de que este artículo remite a *las normas económicas, sociales [...] contenidas en la Carta de la OEA*, Carta que tampoco reconoce derechos, sino que se constituye como “*un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región*”.⁶⁸

Asimismo, el juez se pronuncia en contra del argumento según el cual la Corte ya había reconocido que el artículo 26 consagra un catálogo de derechos, en la sentencia del caso *Acevedo Buendía*. Al respecto, alegó que en dicho caso no se declaró la violación del artículo 26 y su estudio fue exclusivo a la obligación de desarrollo progresivo. Por otra parte, la Corte no definió cuál fue el derecho vulnerado. En tercer lugar, el juez señala que, además, “*si se quisiera derivar algún tipo de justiciabilidad directa de la afirmación de que las obligaciones de respeto y garantía son aplicables al artículo 26 de la Convención, cabe recalcar que estas afirmaciones son un ‘obiter dictum’ de la sentencia*”.⁶⁹ Después de seis años de la adopción del fallo no se había hecho reiteración de este precedente jurisprudencial y, para Sierra, constituye una

⁶⁸ Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto a la sentencia del *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 7.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 10.

sentencia problemática, al no mencionar el Protocolo de San Salvador, Protocolo que es determinante en la competencia de la Corte.

En este punto, sobre el Protocolo de San Salvador, el juez señaló que los Estados decidieron restringir la competencia respecto a la justiciabilidad de los DESC, lo cual no es contradictorio con el artículo 26 de la CADH, ya que la Corte podría conocer casos contenciosos sobre violaciones a la obligación de desarrollo progresivo. Agregó que la utilización de los métodos histórico, sistemático, teleológico, etc, tienen como requisito la ambigüedad de la norma, lo cual no ocurre con la norma del Protocolo (art. 19) que expresamente limita la competencia de la Corte en materia de DESC.

Por otro lado, el juez Sierra señaló que el uso del derecho comparado para fortalecer la interpretación evolutiva a partir de la realidad jurídica de varias constituciones nacionales de la región que reconocen la justiciabilidad directa de los DESC no es suficiente, ya que son “los mismos Estados los que tomaron la decisión de no garantizar una justiciabilidad directa en este artículo y, por el contrario, cuando crearon el catálogo de derechos mediante el Protocolo resolvieron limitar la competencia de la Corte”.⁷⁰ Para ello, los artículos 31, 76 y 77 de la CADH señalan que el reconocimiento de otros derechos “es posible mediante enmiendas o protocolos”.

Finalmente, el juez Sierra señala que el principio *pro homine* (o *pro personae*) tampoco favorece la decisión, debido a que este es aplicable únicamente cuando hay dos o más interpretaciones válidas y ciertas, y la justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 no es una interpretación válida, ya que se está intentando derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma.

Desde otro punto de vista distinto al estrictamente técnico-jurídico, el juez Sierra señala que no se ha demostrado la importancia de la justiciabilidad directa de los DESC, al no haberse probado que la justiciabilidad indirecta mediante la conexidad

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 28.

sea menos garantista.⁷¹ En segundo lugar, el juez señala que expandir la competencia de la Corte en materia de DESC, desconociendo la voluntad de los Estados, deslegitima la labor de la Corte y de sus líneas jurisprudenciales.⁷² Por último, el juez afirma que los tribunales de derechos humanos no pueden entrar a suplir las deficiencias democráticas de los países, sino que estos deben actuar en el marco de sus competencias.⁷³

Debe señalarse que esta opción donde se adelanta protección judicial de los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos por medio del principio de interdependencia ha sido criticada por autores que consideran que puede constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos.⁷⁴ En este sentido, podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos —que empiezan a abarcarlo todo— como de derechos sociales —que no logran proyectar sus especificidades—.

Un ejemplo relevante al respecto puede verse cuando los jueces Ferrer Mac-Gregor, Ventura y Caldas valoraron los problemas del uso de derechos civiles para analizar el caso *Gonzales Lluy*. Consideraron que, en el caso particular, el análisis del derecho a la salud como derecho autónomo hubiera permitido evaluar con mayor profundidad temáticas asociadas a la disponibilidad de antirretrovirales en determinadas épocas de política sanitaria en Ecuador, los problemas de accesibilidad geográfica por la necesidad de trasladarse de una ciudad a otra para lograr

⁷¹ *Ibidem*, párr. 31.

⁷² *Ibidem*, párr. 32.

⁷³ *Ibidem*, párr. 33.

⁷⁴ Sobre este punto, véase Melish, Tara, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 215-217, y “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2008.

una mejor atención, entre otros aspectos. Los jueces concluyeron que en relación con este tipo de temas, su análisis a la luz del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, puede resultar limitado, dado que estos derechos no incorporan directamente cierto tipo de obligaciones asociadas específicamente al derecho a la salud. Por el entendimiento de la relación entre el derecho a la salud y los sistemas de salud, es importante para aplicar adecuadamente un enfoque de derechos respecto a estas temáticas de especial relevancia y sensibilidad para la región.⁷⁵

9. VOTO RAZONADO DEL JUEZ ROBERTO F. CALDAS EN EL CASO *CHINCHILLA SANDOVAL* (2016)

En 2013, al decidirse el caso *Suárez Peralta*, el juez Caldas no hizo manifestación alguna en relación con la justiciabilidad del artículo 26, manteniéndose con la mayoría, que consideraba pertinente el enfoque sobre el derecho a la salud basado en el derecho a la vida y a la integridad personal. Posteriormente, en el caso *Canales Huapaya y otros* emitido en 2015, el juez Caldas se adhirió al voto del juez Ferrer Mac-Gregor sobre la justiciabilidad directa del artículo 26. De ahí en adelante, lo que correspondía a estos dos jueces era encontrar al menos otros dos jueces que les permitieran consolidar una mayoría proclive a los derechos sociales en el marco de los tratados interamericanos.

Caldas se adhiere a las conclusiones alcanzadas en el fallo *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*,⁷⁶ pero considera que era necesario que la Corte IDH declarara la vulneración del derecho a la

⁷⁵ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor a la sentencia en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, al cual se adhirieron los jueces Ventura y Caldas. Sobre los desafíos que involucra el análisis entre derecho a la salud y sistemas de salud, se recomienda la consulta del informe que sobre el tema emitiera el Relator de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, Paul Hunt, así como el reciente libro de Yamin, Alicia Ely, *Suffering and the Struggle for Dignity: Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press; 2016.

⁷⁶ Voto razonado del juez Roberto F. Caldas. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312. CIAR

salud a la luz de lo dispuesto en los artículos 26 de la Convención Americana y el 10.1 del Protocolo de San José.

Así, para Caldas, la referencia indirecta al derecho a la salud que se hace en el fallo desvirtúa y desnaturaliza dicho derecho, en la medida en que lo concibe como un supuesto fáctico esencial para la determinación de la vulneración del derecho a la vida o la integridad personal —enfoque característico de la protección de derechos sociales a través de la conexidad con otros derechos—: en lugar de identificar la vulneración del mismo como derecho autónomo e independiente, la ubica como paso o etapa necesaria para la configuración de la vulneración de otros derechos ya mencionados.⁷⁷

Así las cosas, Caldas establece que el derecho a la salud, en su calidad de autónomo, debe ser protegido de forma directa, evitando sujetar su garantía a otros derechos comúnmente reconocidos como principales e independientes. Bajo esa órbita, del estudio de los antecedentes históricos de lo que denomina como la “división de los derechos humanos en Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁷⁸ permite evidenciar la forma en que aspectos contextuales determinaron el grado de justiciabilidad asignado a cada tipo y dejan claras las dudas existentes sobre la verdadera interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.⁷⁹

10. EL CASO *LAGOS DEL CAMPO* Y LOS VOTOS DE LOS JUECES FERRER MAC-GREGOR, CALDAS, SIERRA Y VIO

Tal como se ha descrito en este artículo, después de 38 años de existencia de la Corte IDH, se emite el caso *Lagos del Campo*. La víctima había sido despedida el 1 de julio de 1989 como consecuencia de las declaraciones realizadas durante una entrevista para una revista. La entrevista fue realizada cuando era presidente electo por la Asamblea General del Comité Electoral de la Co-

⁷⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 5.

munidad Industrial de la empresa, donde había laborado como obrero por más de 13 años. En dicha entrevista denunció, *inter alia*, que el Directorio de la empresa presuntamente habría empleado el “chantaje y la coerción” para llevar a cabo “fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral”. Las mencionadas elecciones fueron posteriormente anuladas.

La empresa formuló cargos en contra de la víctima por falta grave de palabra en agravio del empleador. Posteriormente comunicó la decisión de despido, alegando que no se había logrado desvirtuar los cargos. La víctima demandó ante la jurisdicción laboral, pero le fueron denegados sus reclamos y se vio imposibilitada para acceder a los beneficios de seguridad social que dependían de su empleo.

La víctima tuvo que esperar 27 años para obtener justicia en su caso. La Corte IDH analizó la violación de la libertad de expresión en contextos laborales, especialmente respecto de quienes ejercen un cargo de representación. Se precisó el nivel reforzado de estas declaraciones por su carácter de interés público y la forma como la sanción impuesta resultaba innecesaria en el caso concreto. En relación con la vulneración a la libertad de asociación, la Corte sostuvo que la protección de este derecho en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores.

En relación con la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana respecto de los derechos laborales protegidos por la misma, la Corte observó que los términos de este artículo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. El Tribunal Interamericano derivó de la Carta y de la Declaración Americana el derecho al trabajo y su necesidad, y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”.

Como se observa, uno de los más importantes aportes de esta decisión lo constituyó el darle fuerza normativa actual a un docu-

mento internacional adoptado en 1948: la Declaración Americana. Ya en 1989, la Corte Interamericana había señalado que esta Declaración era fundamental para concretizar el contenido de la Carta de la OEA. Solo en 2017 esta precisión adquiere la importancia que merecía, el lugar que la historia le había concedido en 1969. En efecto, al adoptar la Convención Americana, los Estados parte de dicho tratado hicieron una remisión a la Carta de la OEA para destrabar la falta de consenso respecto a la forma de abordar los derechos sociales. En cierta medida, es posible inferir que este tipo de soluciones que buscan destrabar discusiones tienen como principal objetivo abrir la ruta para un camino que no es claro cuándo podrá definirse.

Ciertamente, y ello es donde los votos del juez Ferrer Mac-Gregor adquieren relevancia, ese camino podría abrirse teniendo en cuenta los desarrollos alcanzados por varios de los más altos tribunales de los Estados parte. Es aquí donde considero que la continuación de la “novela en cadena” impulsada por el juez Ferrer Mac-Gregor tiene un rol muy importante. Porque lo que faltaba era que esa trama abierta en los sesenta, y continuada en los ochenta con la opinión consultiva sobre la naturaleza de la Declaración Americana, fuera continuada en su justa medida con lo que las prácticas de los tribunales de los Estados parte vienen haciendo para hacer realidad el rol que los jueces deben tener para tratar de enfrentar la injusticia radical derivada de la pobreza extrema.

En otras palabras, en 1969 se estableció un camino para construir una narrativa sobre los DESC en el Sistema Interamericano. Y solo en 2017 se toma en serio la existencia de una puerta para abrir la discusión y para construir la presencia del Sistema Interamericano en esta particular forma de impulsar la construcción de la democracia a partir de la justicia social.

Por otra parte, la decisión en el caso *Lagos* implica tomar en serio y con todas sus implicaciones lo previsto en el artículo 29.d de la Convención Americana, cuando se señala que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”.

La Corte también mencionó que el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto *corpus iuris* internacional. Ello fue verificado en el caso peruano, a través de una constatación sobre lo dispuesto a nivel constitucional y legal sobre estabilidad laboral. Queda abierta la discusión respecto a qué pasaría en aquellos casos donde el Estado parte demandado no tenga previsiones constitucionales y legales sobre el derecho social involucrado. ¿Puede ello obstaculizar la proyección del artículo 26 en todas sus dimensiones? Una interpretación integral de lo decidido por la Corte permite inferir que la interpretación respectiva no está anclada al desarrollo legal nacional sobre el tema, dado que de lo que se trata es del cumplimiento de la obligación convencional. Sin embargo, y particularmente en el tema de derechos sociales, adquiere especial relevancia la situación nacional en relación con el derecho social respectivo, razón por la cual este es un tema que ameritará especial desarrollo posterior.

La Corte precisó los alcances del derecho al trabajo en el marco del artículo 26 de la Convención Americana. En particular, determinó que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traducen, en principio, en los siguientes deberes: *a)* adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; *b)* proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado, *c)* en caso de despido injustificado, remediar la situación —ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional—, y, por ende, *d)* el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos. La Corte precisó también que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador, a fin de que, en caso de despido, este se realice bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello, el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades

internas, quienes verificarán que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

En el caso concreto, el Tribunal Interamericano constató que el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros. Por ende, no se le reinstaló en su puesto de trabajo, ni recibió ninguna indemnización ni los beneficios correspondientes. Con motivo de ello, el señor Lagos del Campo perdió su empleo, la posibilidad de acceder a una pensión por jubilación, así como la de ejercer sus derechos como representante de los trabajadores. Tal incidente tuvo como consecuencia ciertas repercusiones en su vida profesional, personal y familiar. A partir de ello se derivó la violación del derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

Cabe resaltar que como consecuencia del despido, el señor Lagos del Campo no pudo continuar con sus labores de representación de los trabajadores, no pudiendo acudir a la reunión que él mismo, en ejercicio de sus funciones, había citado antes de ser despedido, y que tampoco pudo continuar perteneciendo a la Comunidad Industrial, al ya no formar parte de la empresa como trabajador.

La Corte también declaró que, en el marco de la libertad de asociación, los derechos derivados de la representación de los intereses de un grupo tiene una naturaleza dual, pues recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación, como en el derecho de la colectividad de ser representada, por lo que la violación del derecho del primero —el representante— repercute en la vulneración del derecho del otro —el representado—. Se reconoció como violación el haber privado a los trabajadores de la Comunidad Industrial de la representación de uno de sus líderes, en especial en la elección que habría tenido lugar bajo su supervisión como presidente del Comité Electoral. De igual forma, la Corte advirtió que el despido del señor Lagos del Campo, al haber sido realizado en represalia por sus labores de representación, pudo tener un efecto amedrentador e intimidante en los demás miembros de la Comunidad Industrial. En vista de lo anterior, concluyó que el Estado es responsable por la

violación de los artículos 16.1 y 26 en relación con los artículos 1.1, 13 y 8 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

Los jueces Ferrer Mac-Gregor y Caldas emitieron votos respaldando el avance jurisprudencial hacia la justiciabilidad directa de los DESC. Asimismo, desarrollaron argumentos para defender la relación existente entre el derecho de asociación del artículo 16 de la Convención Americana y el derecho de asociación en materia laboral, consagrado en artículo 26 del mismo texto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 45.c de la Carta de la OEA.

En particular, el juez Ferrer Mac-Gregor reiteró que la interpretación evolutiva del artículo 26 abre paso a la “justiciabilidad plena y directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”,⁸⁰ y a la protección de derechos no establecidos expresamente en la Convención —consagrados en el artículo 19.6—, además de que se refiere —por primera vez— a la protección de la libertad de asociación en materia laboral —sin ligarla obligatoriamente a los derechos y protecciones existentes en materia sindical—, en la medida en que se aborda, por primera vez, el estudio de la violación del ya mencionado artículo 26 bajo el marco del artículo 29, dando lugar al nacimiento de una obligación en cabeza del Tribunal de remitirse a la Carta de la OEA para alcanzar la efectividad plena de todos los DESC. El juez Caldas precisó el alcance que el principio *iura novit curia* tiene en estos casos controvertidos donde ciertos derechos no se involucraron en la litis desde el informe de admisibilidad emitido por la Comisión Interamericana.

Ahora bien, para el caso concreto, Ferrer Mac-Gregor concuerda con que los derechos incluidos en el artículo 16 no solo reconocen a los sindicatos y a sus representantes y miembros, sino además a las asociaciones de trabajadores. Así, aun cuando no se pueda encuadrar el caso *Lagos del Campo* en el supuesto de los artículos 8.1 y 19.6 de la Convención, dado que no se trata de un líder o miembro de un sindicato, sino de una asociación de trabajadores, protegida expresamente en el artículo 45.c de la Carta de la OEA, la decisión de proteger el derecho de defensa y

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 1.

promoción de intereses de los trabajadores mediante asociación a través del artículo 26 del Pacto de San José evita que dicho derecho se quede sin protección.

En conclusión, el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor demuestra que no en todos los casos, las vulneraciones de los derechos sociales suponen obligatoriamente evaluaciones de progresividad o no regresividad, sino que, por el contrario, deben considerarse las obligaciones estatales que emanan de los deberes de respeto de dichos derechos como principales y autónomos.⁸¹

Las disidencias al caso *Lagos del Campo* fueron desarrolladas en un voto del juez Sierra (que complementa sus argumentos contra el art. 26, expuestos en el caso *Gonzales Lluy*) y un voto del juez Vio.

Es interesante analizar el punto de partida del juez Sierra, dada su particular condición de haber sido previamente juez de un Tribunal Constitucional y, en la actualidad, juez de un Tribunal Internacional de Derechos Humanos. El juez Sierra señaló que había defendido plenamente la justiciabilidad directa de los DESC en el marco de los campos de acción de la Corte Constitucional de Colombia. Cabe recordar que él fue el magistrado ponente de la primera sentencia de dicha Corte Constitucional en la que se argumentó a favor de superar la doctrina según la cual el derecho a la salud solo era exigible por vía de tutela por su conexidad con el derecho a la vida y a la integridad.⁸² Esta es una discusión muy parecida a la de la justiciabilidad indirecta de los DESC en el Sistema Interamericano, a través del desarrollo de un concepto amplio de vida digna.⁸³

Sin embargo, el juez Sierra precisó que una cosa es el compromiso con los derechos sociales en el derecho constitucional comparado, y otra diferente el alcance que se le quiera dar a la

⁸¹ *Ibidem*, párr. 51.

⁸² Sentencia T-1079 de 2007 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, relacionada con la transmutación de derechos sociales en derechos subjetivos directamente exigibles.

⁸³ El alcance del derecho a la vida digna en la jurisprudencia interamericana puede verse en Parra Vera, Óscar, *op. cit.*

interpretación y aplicación de un tratado como lo es la Convención Americana. Desde su punto de vista, el artículo 26 de la CADH no contiene un catálogo de derechos, sino, al contrario, la obligación de la Corte IDH de supervisar el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo en cabeza de los Estados.⁸⁴ La lectura de derechos que se está haciendo en la sentencia emitida en el caso *Lagos* supondría un fuerte ejercicio interpretativo pues, aun cuando la Convención hace referencias al derecho al trabajo, no sucede aquello en el caso de la estabilidad laboral.

Así, la Convención en sí misma no desarrolla ni remite a instrumentos internacionales diferentes a la Convención, por cuanto no puede hablarse de un catálogo de derechos de los que fácilmente pueda derivarse la determinación de responsabilidad del Estado en la vulneración de los mismos. Es este punto el que preocupa al juez Sierra Porto, en el sentido de que la argumentación aplicada abre paso a la modificación del sistema de determinación de competencia de la Corte, así como del nacimiento de la posibilidad de que se establezcan nuevos catálogos de derechos protegidos a la luz de la CADH, en el caso concreto, de los DESC, en contravía de la voluntad de los Estados de rechazar u omitir la justiciabilidad de los mismos en los términos de lo dispuesto en el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de DESC (“Protocolo de San Salvador”).⁸⁵

Por otro lado, el juez Sierra indicó que la sentencia omite motivar claramente las razones que llevan al cambio de precedente jurisprudencial, desconociendo la seguridad jurídica y la aplicación del principio de igualdad, amenazando la legitimidad y autoridad de la Corte IDH frente a los Estados.⁸⁶

La otra disidencia fue impulsada por el juez Eduardo Vio Grossi. Este juez resaltó que no compete a la Corte IDH modificar la Convención, sino más bien, su función es aplicar e interpretar la Convención aplicando los criterios de interpretación a la luz de la voluntad de los Estados expresada en la adopción de dicho instrumento y de las necesidades que nacen de nuevos escena-

⁸⁴ *Ibidem*, párrs. 7 y 8.

⁸⁵ *Ibidem*, párrs. 13-14, 18.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 37.

rios fácticos y jurídicos.⁸⁷ Por esta vía, argumenta que, aun cuando los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales están reconocidos en la Carta de la OEA y las leyes nacionales de los Estados, el hecho de que no se deriven de la Convención y no exista un Protocolo que contemple su inclusión en el texto convencional o la posibilidad de que puedan ser alegados ante la Corte IDH supone que no forman parte de la misma y no podrían ser protegidos o judicializados a través de dicho órgano.⁸⁸

Seguidamente, el juez Vio Grossi revisó las disposiciones de la Carta de la OEA evocadas en la sentencia de la Corte para concluir que las mismas no establecen derechos judicializables internacionalmente, sino principios establecidos para lograr metas o alcanzar objetivos en materia de desarrollo económico y social que, a su vez, dan lugar al nacimiento de obligaciones de comportamiento estatal en relación con los individuos bajo su jurisdicción.⁸⁹ En ese sentido, indicó, resulta evidente que a través del artículo 26 la Convención otorga un trato diferenciado a los DESCA, distinguiéndolos del régimen de protección del que gozan los Derechos Civiles y Políticos,⁹⁰ en lo cual Vio se enmarca en los argumentos de rechazo expuestos previamente por el juez Alberto Pérez en el caso *Gonzales Lluy*.

11. CONCLUSIONES

Tuvieron que pasar más de 37 años de funcionamiento de la Corte Interamericana para que en un caso contencioso decidido en 2017 se diera el paso hacia darle plena fuerza normativa a la Convención Americana y se declarara la justiciabilidad directa de su artículo 26, no solo en su faceta de progresividad, sino también en sus componentes asociados a las obligaciones de respecto y garantía de los DESCA. Sorprende que se haya necesitado tanto tiempo para que se desarrollara un avance judicial en esta materia tan importante, debido a la grave crisis de pobreza, extrema

⁸⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 15.

pobreza, inequidad y exclusión social en la región. En el presente texto, a través de la reconstrucción de la postura de diversos jueces interamericanos en los últimos siete años, he querido resaltar que el paso dado en el caso *Lagos del Campo* está relacionado con la necesidad de hacer visibles los argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad del artículo 26, razón por la cual es de especial valor el camino trazado por diversos votos del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor a partir de su contribución inicial en el caso *Suárez Peralta*, emitido en 2013.

El aporte del juez Ferrer Mac-Gregor estuvo anclado en reconstruir y redefinir la “novela en cadena” en torno a la justiciabilidad directa del artículo 26. Ello permitió sumar fuerzas a esta causa, inicialmente a través de los jueces Ventura y Caldas y, finalmente, a través de la mayoría de cinco jueces que en el caso *Lagos del Campo* permitió dar este histórico paso: Caldas, Ferrer Mac-Gregor, Odio, Zaffaroni y Pazmiño. Lo que esta mayoría ha hecho es honrar la metáfora de la novela en cadena que plantea Dworkin y que reseñé al comienzo de este escrito: los jueces pueden y deben contar una historia en la que retomen una narración que otros jueces han ido construyendo. Ello incluye la posibilidad de volver a vacíos de la historia, explorar espacios no desarrollados a profundidad y atar cabos sueltos que estaban pendientes.

Esa es la mayor virtud del caso *Lagos del Campo*. En 1969, al adoptarse la Convención Americana, se presentó un debate entre Estados que resulta relevante entender y reinterpretar una y otra vez a la luz de las circunstancias actuales. Aun hoy los derechos sociales son una deuda pendiente del Sistema Interamericano y lo que corresponde, en el marco de la novela en cadena, es impulsar la interpretación más ambiciosa en términos normativos para hacer frente a los niveles extremos de injusticia social que los Estados de las Américas están enfrentando.

En este trabajo no desconozco que existan buenos argumentos tanto a favor como en contra de la justiciabilidad del 26, tal como lo demuestran los votos emitidos por Pérez, Vio y Sierra. Como lo he expuesto con detalle, el hecho de que no se haya aceptado la justiciabilidad directa obedece, en últimas, a visiones sobre los alcances de la interpretación jurídica en el derecho in-

ternacional. En efecto, aquellas visiones que enfatizan el carácter expreso e inequívoco del tipo de consentimiento estatal al momento de firmar un tratado, otorgaran especial valor a la no justiciabilidad directa. Asimismo, es cierto que el Protocolo de San Salvador, que estaba llamado a resolver los problemas derivados de la ambigüedad de la Convención Americana en la materia, terminó siendo el principal obstáculo para dar un paso firme hacia la justiciabilidad directa. Lo que hace el caso *Lagos del Campo* es defender la postura en la cual el Protocolo de San Salvador no está llamado a restarle fuerza normativa a lo ya previsto en la Convención Americana.

El aporte más relevante del caso *Lagos del Campo*, y en ese sentido la promesa que este caso involucra, se relaciona con la forma como debe redefinirse el litigio ante la Corte Interamericana y, en particular, el trabajo de la Comisión Interamericana en esta materia. No es un asunto menor que el caso *Lagos del Campo* haya surgido precisamente en el año en el que ha sido creada una Relatoría Especial de la Comisión Interamericana en Materia de DESC. En cierta medida, la institucionalidad interamericana está intentando, por vías interpretativas y de diseño institucional, ofrecer el mejor piso para repensar integralmente el entendimiento que tenemos de los DESC y la necesidad de construir toda una dogmática específica respecto a estos derechos, aún inexistente en el Sistema Interamericano.

Es tarea de la Comisión Interamericana seguir remitiendo casos a la Corte que permitan mayores y mejores debates posteriores en esta materia. En todo caso, en mi opinión, existen las bases para impulsar fallos que no reproduzcan los falsos supuestos respecto a las diferencias entre derechos civiles y políticos y DESC. Entre los principales problemas a superar se encuentra el no analizar cada derecho social a la luz de conductas estatales específicas en las que se debe concretar la obligación de respeto y garantía respecto a estos derechos. En lugar de analizar si una respectiva situación se enmarca en el derecho a una vida digna o el derecho a la integridad personal, lo que corresponde ahora es valorar a profundidad la relación de un derecho social con la política social y el sistema institucional que permite su realización. En este punto, lo que corresponde es analizar los componentes de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los

derechos sociales, los debates específicos de progresividad que ameritan algunos casos y, en otros escenarios, incluso los debates de obligaciones mínimas y contenido esencial en derechos sociales. Será necesario involucrar, tanto en el litigio como en la jurisprudencia, estándares basados en juicios de proporcionalidad y razonabilidad sobre medidas arbitrarias que vulneran los derechos sociales.

No desconozco que existe un conflicto genuino respecto a cómo interpretar el artículo 26 de la Convención. Sin embargo, considero que debería ser prevalente una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo de las relaciones entre los artículos 1.1 y 2 con el artículo 26, asumiendo que el Protocolo de San Salvador no puede restar valor normativo a dicho artículo 26 si expresamente no se planteó tal objetivo. La interpretación evolutiva que proyecta el caso *Lagos del Campo* busca entonces otorgar eficacia real a la protección interamericana en esta materia, que luego de 29 años del Protocolo de San Salvador es mínima y requiere de una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto.

Otra esperanza está depositada en que el caso *Lagos del Campo* se consolide. Ello implica su reiteración en jurisprudencia posterior y la construcción de argumentos más detallados sobre lo que implica el enfoque de la justiciabilidad directa en derechos sociales. *Lagos del Campo* es apenas un primer paso, mínimo, pero inmensamente necesario y difícil, lo cual se evidencia en los casi 40 años que tomó el asumir en su integridad el camino necesario para tomar en serio los derechos sociales.

Los votos emitidos entre 2009 y 2017 por varios jueces interamericanos demuestran que en cada una de las posturas que desarrolla cada juez —y cada doctrinante— sobre el tema, lo que se devela es una visión sobre el rol de la Corte Interamericana como Tribunal regional de derechos humanos. Por ello, considero que la interpretación más amplia posible del artículo 26, que involucre el mayor rol para que el Tribunal Interamericano efectúe razonamientos exclusivamente basados en las obligaciones específicas asociadas a los derechos sociales, es un paso necesario para que el Sistema Interamericano se tome más en serio la

catástrofe social que vive América Latina. Esta catástrofe social exige la mayor creatividad y rigurosidad posible en las interpretaciones judiciales, a fin de que estas sean idóneas, proporcionadas y estratégicas para revertir la inequidad social, la extrema pobreza y la exclusión que empeoran cada día. *Lagos del Campo* es, entonces, una esperanza dirigida a que el análisis de derechos sociales entre con especial fuerza para dirigir a las autoridades nacionales hacia una toma en serio de tales derechos, como un camino decisivo para el fortalecimiento democrático.

El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Leiry Cornejo Chávez**

1. INTRODUCCIÓN

El acceso a la educación es un derecho desatendido a nivel global. Evidencia de ello es su inclusión tanto en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000),¹ como en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015).² Precisamente el último reporte sobre el progreso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible da cuenta de que en el mundo, 61 millones de niños y niñas en edad escolar primaria estaban fuera de las escuelas.³ De esa cifra, Latinoamé-

* Investigadora doctoral en el Instituto Europeo Universitario (EUI) en Florencia, Italia. La autora agradece los comentarios del profesor Martin Scheinin sobre versiones anteriores de este capítulo, y las conversaciones con los jueces de la Corte IDH Humberto Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Este trabajo fue realizado durante su estancia como investigadora visitante al Centro de Excelencia PluriCourts, en Oslo, Noruega. Cualquier error presente es de exclusiva responsabilidad de la autora.

¹ Objetivos de Desarrollo del Milenio, objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal.

² Objetivos de Desarrollo Sostenible, objetivo 4: Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.

³ Reporte “Progreso hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible”, presentado por el secretario general de la ONU a la Asamblea General, E/2017/66, 11 de mayo de 2017, p. 7.

rica y el Caribe constituyen el 6%.⁴ Los números incrementan radicalmente respecto a la deserción escolar en educación secundaria.

Sin embargo, la educación parece no ser un tema que preocupe a la mayor parte de la población en Latinoamérica, donde problemáticas como la violencia, el desempleo y la economía en general ocupan mayores espacios en el debate público.⁵ Es más, según datos proporcionados por el Banco Mundial, el gasto en educación constituye entre 16 y 18% del gasto general de los gobiernos de América Latina y el Caribe, y entre 4.6 y 5.3% del producto interno bruto (PIB) de la región, cifras que, comparadas a nivel global, colocan a Latinoamérica en un lugar similar al de regiones más ricas como la Unión Europea o los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).⁶ Sin embargo, la cantidad de recursos invertida en educación parece no trasladarse inmediatamente en mejores cifras de alfabetización.

Cabe entonces preguntar cuál es el papel —si es que tiene alguno— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la protección del acceso y la calidad de la educación. A pesar de que la Corte IDH es reconocida como una gran contribuidora al derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en temas de protección del derecho a la vida y la integridad (*i.e.*, desapariciones forzadas) y derechos indígenas y tribales (*i.e.*, derecho a la propiedad colectiva), la experiencia de la Corte IDH ha sido limitada en relación con la protección de los derechos tradicionalmente clasificados como económicos, sociales y culturales, debido a la falta de jurisdicción sobre estos, sal-

⁴ Leaving no one behind: How far on the way to universal primary and secondary education, Policy paper 27 / Fact Sheet 37, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization; UNESCO-Institute for Statistics, and Global Education Monitoring Report, 2016, p. 3.

⁵ Informe Latinobarómetro 2016, p. 53. Ciertamente, este informe indica que solo el 4% de la población señala a la falta de educación como uno de los principales problemas de la región.

⁶ El cálculo de los datos proporcionados incluye información obtenida hasta 2013, disponible en <http://data.worldbank.org/indicator/SE.XPD.TOTL.GD.ZS?locations=ZJ>

vo pocas excepciones.⁷ Sin embargo, en 2015 la Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse, por primera vez, sobre el derecho a la educación en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*.⁸ Tomando una perspectiva integral, la Corte IDH halló responsable al Estado por restringir injustificadamente el derecho a la educación y, por ende, discriminar a una persona por su condición de niña, portadora de VIH, mujer y viviendo en condición de pobreza.⁹ La niña, principal víctima en este caso, fue excluida del sistema educativo ordinario por autoridades estatales que consideraban que su presencia en las escuelas constituía un peligro para la integridad de los demás alumnos. El análisis de este caso nos permite ver el modo en que la Corte IDH enfrenta una situación que si bien es cierto es muy particular, refleja una realidad bastante común en Latinoamérica, donde el conjunto de factores que afecta a personas vulnerables hace que estas sufran discriminación de manera única y compleja.

Luego de esta breve introducción, este capítulo empieza presentando un reporte actualizado del derecho a la educación, tanto a nivel global como latinoamericano, incluyendo el desarrollo del contenido de este derecho con respecto a temas de exclusión, discriminación y género. Seguidamente, se ofrece un análisis completo del avance jurisprudencial de la Corte IDH en la materia, enfocándose principalmente en la sentencia del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* y sus tres principales contribuciones: la responsabilidad del Estado con respecto al derecho a la educa-

⁷ El art. 19.6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo De San Salvador”, adoptado en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, y con entrada en vigor el 16 de noviembre 1999, solo otorga jurisdicción a la Corte IDH para evaluar posibles violaciones del derecho a la educación, amparado en el art. 13 del Protocolo de San Salvador, y en el caso de los derechos sindicales, también protegidos por el art. 8.a de este instrumento.

⁸ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

⁹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*, párr. 291. Además, se hallaron violaciones al derecho a la vida y la integridad física, y a las garantías judiciales y protección judicial.

ción de personas sufriendo algún tipo de discapacidad; el análisis de proporcionalidad de las limitaciones impuestas por los Estados al derecho a la educación, y el enfoque de interseccionalidad. En tercer lugar, este capítulo presenta la práctica de reparaciones de la Corte IDH con respecto al derecho a la educación, enfocándose en el concepto de “proyecto de vida”, el contenido de las órdenes, la educación sobre derechos humanos y los desafíos remanentes de dicha práctica. Antes de presentar algunas conclusiones, se discuten posibles temas de atención en la futura práctica de la Corte IDH.

2. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación está reconocido en el instrumento fundamental de los derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. El artículo 26 de esta Declaración reconoce que la educación es un derecho universal, gratuito y obligatorio a nivel primario, y accesible en niveles superiores. Además, reconoce como objetivos de la educación el pleno desarrollo de la personalidad humana y el reforzamiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Igualmente, esta declaración pone énfasis en que la educación debe ser un instrumento para alcanzar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promover el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. A pesar de que este instrumento no es *per se* vinculante, es generalmente reconocido como una codificación del derecho consuetudinario e, indudablemente, provee de contenido normativo a la interpretación de los derechos humanos reconocidos en diferentes tratados.¹⁰ Asimismo, el preámbulo de dicha declaración exige a los Estados implementar medidas progresivas para la protección de los derechos reconocidos en ella.

Si bien es cierto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) no hace referencia específica al derecho

¹⁰ Schabas, William, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3ª ed., Cambridge University Press, 2002, p. 23.

a la educación, este protege en forma general el disfrute de cualquier derecho sin discriminación.¹¹ Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha declarado que al momento de distribuir recursos a las escuelas, el Estado debe hacerlo siguiendo criterios razonables y objetivos.¹² Contrariamente al caso del PIDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce el derecho a la educación de manera específica y detallada.¹³ Así, altamente influenciado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, este instrumento ratifica la obligatoriedad y gratuidad de la educación primaria y el deber de los Estados parte de fomentar el pleno disfrute del derecho general a la educación en todos los niveles. Además, este Pacto añade importantes aportes al alcance del derecho a la educación, reconociendo que los Estados tienen la obligación, en la medida de lo posible, de fomentar que personas que no hayan recibido o terminado el nivel primario puedan completarlo, y, asimismo, subraya la importancia del desarrollo progresivo del sistema de acceso a la educación a través de becas escolares y la permanente mejora del sistema educativo en general y las condiciones materiales del personal docente.¹⁴

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU reconoce los derechos ya designados en los instrumentos anteriormente mencionados y además añade que los niños —y niñas— tienen derecho a acceder a la educación sin discriminación, siendo un deber del Estado fomentar la asistencia regular a las escuelas y disminuir las tasas de deserción escolar.¹⁵ Además,

¹¹ Arts. 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

¹² *Arieh Hollis Waldman vs. Canadá*, adopción de vistas, comunicación 694/1996, CCPR/C/67/D/694/1996, 5 de noviembre de 1999, párr. 10.6.

¹³ Arts. 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

¹⁴ Art. 13.2.d y e del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁵ Arts. 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989.

el derecho a la educación sin discriminación está garantizado por la Convención contra la Discriminación en la Educación, de la cual 14 países latinoamericanos son parte.¹⁶ Este instrumento aspira a la eliminación de discriminación contra grupos vulnerables como minorías, refugiados, personas con discapacidad, etc. La igualdad de oportunidades en el acceso a la educación también se fomenta en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.¹⁷

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) también hace hincapié en la obligación de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso y disfrute de la educación.¹⁸ Debido a que las niñas y mujeres están más expuestas a la falta de apoyo en su educación, el Comité CEDAW ha llamado a invertir más en programas educativos que cambien las actitudes sobre los roles tradicionales de las mujeres.¹⁹

A nivel regional, tanto el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo De San Salvador”, como el Protocolo I de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea de Derechos Humanos) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconocen el derecho a la educación.²⁰

¹⁶ Honduras, Uruguay, Guatemala, Nicaragua, Ecuador, República Dominicana, Chile, Venezuela, Brasil, Panamá, Perú, Argentina, Costa Rica y Cuba.

¹⁷ Art. 8.1 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobado el 4 diciembre 1986, A/RES/41/128, 97ª sesión plenaria de la ONU.

¹⁸ Art. 10 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, GA res 34/180, UN Doc A/34/46, vigente desde 3 de septiembre 1981.

¹⁹ Comité CEDAW, recomendación general 19: Violencia contra la Mujer, 11º periodo de sesiones, 1992.

²⁰ Art. 13 del “Protocolo de San Salvador”; art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953, en conjunción con el art. 2 del Protocolo I de esta Convención; arts. 2 y 17 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, con entrada en vigor el 21 de octubre de 1986. Véase también el art. 11.3 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño. Además, el art. 17.2 de la Carta Social Europea revisada

A nivel comparado, podemos observar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre ciertos aspectos de este derecho. Este tribunal tiene jurisdicción para conocer casos sobre la posible violación de este derecho gracias a su inclusión en el Protocolo I del Convenio, artículo 2. Por ejemplo, en 1968, en la sentencia del *Caso Relativo a Ciertos Aspectos del Régimen Lingüístico en Bélgica*, ese Tribunal señaló que existen tres aspectos en el derecho a la educación: el derecho al acceso a instituciones educativas existentes, el derecho al reconocimiento de los estudios y el derecho a una educación efectiva, es decir, a que los individuos tengan la posibilidad de sacar provecho de ella.²¹ Sin embargo, esta sentencia reconoció que los Estados parte no están obligados a establecer algún tipo de sistema educativo en particular o de crear centros de enseñanza especializados, sino que tienen el deber de no discriminar en el acceso a los centros ya existentes.²²

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), en *Murat Er vs. Dinamarca*,²³ halló que la práctica de una escuela danesa de solo seleccionar estudiantes étnicamente daneses para ciertos programas de entrenamiento constituía una contravención al artículo 5.e.v de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.²⁴ De la misma manera, este Comité se ha pronunciado sobre la obligación de algunos Estados latinoamericanos para acomodar e integrar a minorías raciales en escuelas, y tomar las medi-

de 1996, que entró en vigor en 1999, reconoce el derecho a la educación gratuita a nivel primario y secundario, aunque no la reconoce como obligatoria.

²¹ Caso Relativo a Ciertos Aspectos del Régimen Lingüístico en Bélgica [Traducción al español], casos 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64. Sentencia de fondo, 23 de julio de 1968, Series A, núm. 6.

²² Lundy, Laura; Mckeefeer, Gráinne y Treacy, Viviane, "Education Rights", en Dickson, Brice y Gormally, Brian (eds.), *Human Rights in Northern Ireland: The CAJ Handbook*, Bloomsbury Collection, 2015, pp. 483-516.

²³ *Murat Er vs. Dinamarca*, comunicación 40/2007, UN Doc CERD/C/71/D/40/2007, 8 de agosto 2007.

²⁴ Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, UN GA res 2106(XX), 21 diciembre 1965, entrada en vigor el 4 enero 1969.

das necesarias, como la especialización de maestros en lenguas aborígenes.²⁵

El contenido y alcance del derecho a la educación también ha sido ampliamente explicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR),²⁶ el cual ha declarado que los Estados están igualmente obligados fomentar la educación secundaria, sin diferencias de clase o posibilidades económicas de los estudiantes.²⁷ Es más, en el caso de países con economías sólidas, el CESCR ha sugerido que la educación secundaria sea también gratuita.²⁸ Si bien es cierto que el derecho a la educación no requiere la disponibilidad de educación superior por parte del Estado, los instrumentos relevantes proveen que el acceso a ella debe ser general. Esto no significa que los Estados no puedan poner restricciones para inscribirse en los programas de educación superior, pues los costos de especialización a invertir por cada alumno requieren que solo los más aptos puedan acceder a ello.²⁹ Pero es precisamente en atención a esos costos que se recomienda que los Estados desarrollen un sistema de créditos y becas escolares, a fin de suplir la falta de recursos personales o familiares.³⁰

La observación general 13 del CESCR identifica cuatro características importantes en el derecho a la educación: disponi-

²⁵ Observaciones finales sobre Argentina del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial CERD/C/65/CO/1, 10 de diciembre de 2004. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Informe sobre el cuadragésimo séptimo periodo de sesiones, suplemento núm. 18, A/47/18, 1993, Observaciones sobre Costa Rica.

²⁶ El CESCR fue establecido en virtud de la resolución 1985/17, 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc) para desempeñar las funciones de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

²⁷ CESCR, observación general 13, párr. 13.

²⁸ CESCR, observaciones concluyentes: República de Corea, UN Doc E/C.12/1995/3, 7 de junio 1995, párr. 13.

²⁹ Véase Manisuli Ssenyonjo citando varias decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, 2ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 590.

³⁰ Véase Ssenyonjo, Manisuli, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, 2ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 593-594.

bilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.³¹ La primera característica implica que exista oferta educativa por parte del Estado en la medida suficiente, a fin de que la población pueda hacer uso de ella. Accesibilidad se refiere a la posibilidad de disfrutar de este derecho sin discriminación, así como también al hecho de que sea posible acceder a ella geográficamente o, si es necesario, por medios tecnológicos, e independientemente de la capacidad económica del individuo. La característica de aceptabilidad busca asegurar que tanto el contenido como la metodología de la enseñanza sean de naturaleza adecuada para los estudiantes y sus padres, respetando, por ejemplo, las diferencias culturales existentes. Por último, la característica de adaptabilidad se refiere al deber de los Estados de adaptarse a las necesidades de los estudiantes en situaciones culturales y sociales variadas, y a la necesidad de la sociedad en general en situaciones de transformación.

2.1. Exclusión y discriminación

La examinación precedente de las normas que gobiernan el derecho a la educación y de la jurisprudencia que desarrolla su contenido, aun cuando se trata de decisiones y opiniones de naturaleza no vinculante, revela que un aspecto fundamental de ese derecho es su utilización como instrumento contra la exclusión. El concepto del derecho a la educación garantiza, intrínsecamente y desde su origen, su accesibilidad gracias a, en primer lugar, la obligatoriedad de gratuidad de la enseñanza primaria y, en segundo lugar, a su ejercicio sin discriminación. La preocupación de que el derecho a la educación se pueda limitar debido a la condición económica de los estudiantes ha provocado no solo asegurar la mencionada gratuidad, sino que además se ha llegado a recomendar que los Estados implementen sistemas de becas escolares que remedien, de cierta manera, la falta de recursos de estudiantes menos favorecidos económicamente.

Es claro entonces que el derecho a la educación y su acceso sin discriminación es una herramienta ideal para la inclusión al

³¹ CESCR, observación general 13, párr. 6.

sistema educativo de personas de escasos recursos económicos, creando así condiciones para una sociedad con menos desigualdad. El vínculo entre pobreza y el acceso a la educación ya ha sido reconocido, por ejemplo, por la Carta Social Europea —revisada—, instrumento en el cual se garantiza el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, y que pone gran énfasis en el acceso a la enseñanza y la cultura, entre otros derechos, como instrumento para alcanzar esa meta.³²

A pesar de que existe una garantía global de la gratuidad de la educación primaria, entendida como responsabilidad de los Estados, el hecho de que solo ella sea gratuita, sin incluir a la educación secundaria, ha llamado la atención de la academia en cuanto al peligro de discriminación por razón de pobreza relacionada con los costos que implica la educación secundaria. Al respecto se argumenta que debido a estos costos, cuya cobertura es inaccesible para muchas familias, situaciones de pobreza se van transmitiendo generacionalmente, perpetuando la vulnerabilidad de ciertos grupos sociales.³³ Esto es aún más preocupante si se observa que algunos estudios señalan que la educación secundaria juega un papel más determinante en la lucha contra la pobreza que la educación primaria.³⁴

Sin duda, teniendo en cuenta estas sinergias, es fundamental apreciar el alcance de, por ejemplo, el Protocolo de San Salvador, el cual provee que la enseñanza secundaria puede ser inclusive técnica o profesional, además de estar disponible para la población en general.³⁵ Así se materializa el objetivo del derecho a la

³² Art. 30 de la Carta Social Europea revisada: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen: a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias”.

³³ Ssenyonjo, Manisuli, *op. cit.*, p. 587.

³⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Equidad, desarrollo y ciudadanía*, ONU, 2000.

³⁵ Art. 13.3.b. del Protocolo de San Salvador.

educación, proveyendo a las personas de herramientas necesarias para mejorar su situación personal, familiar y comunitaria. El círculo de pobreza además puede romperse gracias al acceso de becas y otro tipo de financiamiento recomendado tanto por tratados internacionales como por las opiniones de sus órganos interpretativos.³⁶

Los efectos de la falta de acceso a la educación son devastadores. Investigadores han documentado que aun pequeñas disminuciones en el acceso a la educación pueden tener graves consecuencias respecto a la calidad educativa, de salud y oportunidades de trabajo.³⁷ El último informe de la Corporación Latino-barómetro conecta la falta de educación con el bajo ejercicio de crítica en las sociedades latinoamericanas y también con la falta de conciencia sobre los efectos negativos del predominio de la violencia.³⁸

El acceso a la educación esta tradicionalmente enfocado en la matrícula escolar, es decir, en la cantidad de niños, niñas y adolescentes registrados en centros educativos. Sin embargo, por mucho tiempo este enfoque no ha podido capturar la complejidad de la implementación del derecho a la educación debido a que no consideraba, por ejemplo, la deserción escolar o la falta de asistencia regular —y efectiva— a las escuelas. Otro tema importante a considerar es la calidad educativa, la cual es de suma importancia una vez que se aprecia el cambio fundamental que el sistema educativo debe experimentar ante la necesidad de generar pensamiento crítico y creativo en los nuevos ciudadanos.³⁹

³⁶ E.g., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.2.e; CESCR, observación general 13.

³⁷ Justino, Patricia, “How Does Violent Conflict Impact on Individual Educational Outcomes? The Evidence So Far”, trabajo preparado para el Education for All Global Monitoring Report 2011, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001907/190710e.pdf>

³⁸ Informe Latino-barómetro 2016, pp. 29 y 62. Este informe resalta que las protestas sociales observadas en los últimos años se han dado gracias a que los ciudadanos se encuentran protegidos por un velo de anonimato.

³⁹ Leadbeater, Charles, *Innovation in Education: Lessons from Pioneers around the World*, Bloomsbury Collections, 2012, pp. 146-153. Véase también UNESCO, “La educación encierra un tesoro”, UNESCO Publishing, 1996.

El acceso a la educación no solo se debe tratar de la habilitación de más y mejor estructura educativa, o de la inauguración de centros escolares y la contratación de más personal educativo, sino también de la calidad de la enseñanza. Esta última requiere, entonces, un examen exhaustivo de los factores que la influyen, por ejemplo, el debido entrenamiento de maestros y la revisión del contenido educativo distribuido. Además, es necesario considerar factores externos como la alimentación, condiciones de vivienda y bienestar de los receptores educativos.

Otro de los retos existentes respecto al derecho a la educación es su asociación exclusiva con la meta de productividad. Es decir, la responsabilidad de los Estados de educar a los ciudadanos parece estar legitimada por el objetivo de crear individuos capaces de generar recursos. La educación, entonces, se toma como una inversión social. El enfoque de derechos humanos permite garantizar este derecho a todas las personas, independientemente de factores asociados a la productividad.⁴⁰ La educación, enfocada como derecho, no es un medio para llegar a un fin asociado al desarrollo económico de la sociedad, sino un medio en sí mismo.⁴¹ Al respecto, Ssenyonjo advierte que el actual enfoque en la educación como un producto de consumo, sujeto a las reglas de mercado, pone en duda su materialización como derecho humano.⁴² Las personas, por el solo hecho de serlo, son titulares del derecho a recibir educación; este derecho humano es incondicional.⁴³ Siguiendo este enfoque es posible asegurar la educación de personas que tradicional y erróneamente son consideradas no productivas. En efecto, este es el caso de personas viviendo con algún tipo de discapacidad severa o simplemente personas que pertenecen a grupos sociales considerados inferiores (e.g., indígenas).

⁴⁰ McCowan, Tristan, *Education as a Human Right: Principles for a Universal Entitlement to Learning*, Londres, Bloomsbury Academic, 2013, p. 12.

⁴¹ *Idem.* Este es también un argumento desarrollado por Dhar, Debatri, “Education and Gender: An Introduction”, en Dhar, Debatri (ed.), *Education and Gender. Education as a Humanitarian Response* Bloomsbury Academic, 2014, pp. 1-18.

⁴² Ssenyonjo, Manisuli, *op. cit.*, p. 559.

⁴³ McCowan, Tristan, *op. cit.*, p. 12.

Lo anterior, sin embargo, no debe tomarse en perjuicio de los fines legítimos de la educación. Existe un consenso global con respecto a que la educación debe servir como medio para promover otros derechos humanos y principios democráticos básicos.⁴⁴ Es más, Ssenyonjo alega que a pesar de que este derecho esta tradicionalmente clasificado como socioeconómico, en realidad también sirve como una condición necesaria para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos.⁴⁵

2.2. Género y acceso a la educación

Las restricciones a la educación se presentan en mayor medida en el caso de niñas y mujeres. Por ejemplo, a nivel global, 103 millones de jóvenes no están alfabetizados y 60% de ellos son mujeres.⁴⁶ La prevalencia de estereotipos hace que, sobre todo ante la falta de recursos, la educación de los varones sea preferida a la de las mujeres, debido a que las familias lo perciben como una mejor inversión. De acuerdo con los paradigmas tradicionales, el niño se convertirá en jefe de familia y principal sostén económico. Las mujeres, aunque también contribuidoras económicas —tanto dentro como fuera del hogar—, son solo vistas como actores secundarios en la dinámica económica familiar.

Es indudable que la educación tiene una función social que puede ser aprovechada para corregir estereotipos de género. Construyendo sobre las ideas de Émile Durkheim, Dhar argumenta que la educación, como medio de transmisión de ideas y valores, no solo debe concentrarse en el acceso al derecho, sino también en el contenido de lo que se transmite.⁴⁷ La implementación de programas educativos especialmente dirigidos a combatir la discriminación contra las mujeres puede servir para cambiar ideas profundamente arraigadas en la sociedad. Al respecto, más

⁴⁴ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴⁵ Ssenyonjo, Manisuli, *op. cit.*, pp. 559-60.

⁴⁶ Informe sobre Desarrollo Humano 2015, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, p. 4, disponible en file:///C:/Users/Leiryc/Downloads/HDR15_Standaloneoverview_SP.pdf

⁴⁷ Dhar, Debotri, *op. cit.*, p. 5.

adelante en este capítulo veremos cómo la Corte IDH ha considerado esta función dentro de sus órdenes de reparación.

Sin ignorar los efectos positivos que la educación de las mujeres trae para su comunidad —como la mejora de la situación económica y social—, tal como ocurre con el entendimiento del concepto del derecho a la educación en general, se hace cada vez más hincapié en la necesidad de apreciar independientemente el derecho a la educación de las mujeres como civil y político, antes que como un requisito para el desarrollo socioeconómico de las comunidades.⁴⁸

Además, un aspecto interesante de la relación entre el derecho a la educación y las mujeres es el hecho de que, en el contexto de ocurrencia de violaciones de derechos humanos, son generalmente las víctimas mujeres las que piden acceso a servicios educativos, especialmente para sus hijos, como medida de reparación.⁴⁹

3. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO *GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR*

La sentencia de la Corte IDH en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* ha marcado un hito en su jurisprudencia y sirve como guía para el entendimiento del alcance del derecho a la educación. En efecto, como ha sido mencionado en la introducción de este capítulo, esta es la primera vez que la Corte IDH se ha pronunciado directamente sobre el derecho a la educación, garantizado por el Protocolo de San Salvador y apreciado en conjunto con la prohibición de discriminación y los derechos del niño.⁵⁰

⁴⁸ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁹ Rubio-Marín, Ruth, “The Gender of Reparations: Setting the Agenda”, en Rubio-Marín, Ruth (ed.), *What Happened to the Women? Gender and Reparations for Human Rights Violations*, Social Science Research Council, 2006, p. 29.

⁵⁰ Debe también señalarse que este caso ha sido sometido a algunas críticas como, por ejemplo, la elusión de la aplicación del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la progresividad y la no regre-

En este caso, la Corte IDH hace su contribución en tres pasos: en primer lugar, la Corte IDH analizó el derecho a la educación con respecto a personas sufriendo —efectiva o potencialmente— algún tipo de discapacidad, estableciendo algunos alcances de la responsabilidad del Estado; en segundo lugar, la Corte IDH procedió a evaluar si, en el caso concreto, los límites impuestos al derecho a la educación de la principal víctima eran el resultado de una correcta evaluación de proporcionalidad; en tercer lugar, la Corte IDH hizo un examen innovador al discutir y apreciar el concepto de interseccionalidad con el fin de mejor entender las sinergias existentes con respecto al fenómeno de discriminación sufrida por una multiplicidad de factores. A continuación se discutirán estos pasos en detalle.

3.1. El derecho a la educación con respecto a personas sufriendo algún tipo de discapacidad y la responsabilidad del Estado

Al comenzar el análisis del alcance del derecho a la educación con respecto a personas con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA, la Corte IDH tomó en cuenta las observaciones del CDESCR, el cual ha determinado que a fin de garantizar el derecho a la educación, deben cumplirse cuatro características fundamentales: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.⁵¹ La Corte IDH reiteró además la necesidad de adoptar el uso del modelo social de la discapacidad, utilizado previamente en el caso *Furlán y familia-*

sividad de los DESC, véase Ronconi, Liliana, “Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos* núm. 12, 2016. Véase también con respecto a la adopción de estándares externos, Rachovitsa, Adamantia, “The Principle of Systemic Integration in Human Rights Law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 2017, pp. 571 y ss., y Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, 2011, p. 172.

⁵¹ Véase ONU, Consejo Económico y Social, CDESCR, observación general 13, E/C.12/19999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 6.

res vs. Argentina, el cual define a la discapacidad como “el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno”.⁵² Es decir que la situación de discapacidad no solo se basa en el diagnóstico de la persona, sino también en la forma en que esta se ve sometida, debido a ese diagnóstico, a barreras actitudinales y sociales.

Además de las observaciones del CDESCR, la Corte IDH se apoyó en las declaraciones brindadas por agencias especializadas (e.g., ONUSIDA) y en la jurisprudencia del TEDH (e.g., *Kiyutin v. Rusia*) para reafirmar que las circunstancias a las que son sometidas las personas con VIH/SIDA, sean fisiológicas o sociales, hacen posible considerarlas como personas con discapacidad. En cuanto al derecho a la educación en relación con las personas portadoras de VIH/SIDA, la Corte IDH se apoyó nuevamente en los lineamientos dictados a nivel internacional,⁵³ y ratificó que al respecto existen tres obligaciones inherentes al derecho a la educación: “i) el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/SIDA; ii) la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/SIDA, y iii) el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social”.⁵⁴ Basada en estas obligaciones, la Corte IDH procedió a evaluar si el Estado había cumplido con su deber en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*.

3.2. El análisis de proporcionalidad de las limitaciones al derecho a la educación

La mencionada evaluación se basó en la obligación de los estados de respetar los derechos amparados en la Convención Americana sin ningún tipo de discriminación (art. 1.1). Debido a que la Convención Americana no define *per se* el término discriminación,

⁵² Corte IDH. *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*, *supra*, párr. 133.

⁵³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.

⁵⁴ *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*, párr. 241.

la Corte IDH utilizó conceptos que ha ido desarrollando en su propia jurisprudencia, así como las definiciones aportadas por diversos organismos internacionales, los cuales incluyen al VIH/SIDA como un estado de salud o condición social protegido contra la discriminación.⁵⁵

La Corte IDH estableció que cuando se trata de situaciones especialmente protegidas de acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención, una eventual restricción de derechos debe evaluarse estrictamente, lo que significa que el Estado debe hacer una evaluación de la proporcionalidad de las medidas tomadas, explicando las razones especiales y concretas por las que se hace necesaria una diferenciación de trato y no dando lugar a especulaciones ni estereotipos. Además, la Corte IDH reiteró que en este tipo de casos la carga de la prueba se invierte, por lo que es deber de las autoridades estatales probar que la decisión de restringir derechos no ha tenido propósito ni efecto discriminatorio.⁵⁶

Siguiendo este razonamiento, la Corte IDH explicó que cuando el ente estatal administrativo decidió separar a la niña portadora de VIH del colegio donde estaba inscrita, simplemente argumentando el “interés colectivo” y la “integridad y vida” de los otros niños de manera general, el Estado no cumplió con su deber de evaluar estrictamente la medida tomada. La decisión del Estado estuvo basada en suposiciones y estereotipos que alimentan la errónea idea de un alto peligro de contagio del VIH/SIDA.⁵⁷ La Corte IDH consideró que se tuvo que haber asignado mayor valor a las pruebas y opiniones médicas que consideraban que solo existía un riesgo mínimo de contagio.

La expulsión de la niña la puso en una situación de mayor vulnerabilidad y discriminación, puesto que cada vez que su condición era descubierta, tenía que cambiar de centro educativo, muchas veces inclusive escondiendo su identidad. Asimismo, la Corte IDH, haciendo clara referencia a la observación general 13 del CESCR, consideró que el Estado tenía la obligación de tomar medidas que cumplieran con la característica de “adaptabilidad”

⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 254-255.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 257.

⁵⁷ *Ibidem*, párrs. 265, 266 y 269.

del derecho a la educación, es decir, adecuar el ambiente a las necesidades tanto de protección de la niña portadora como de sus compañeros, por ejemplo, con normas de bioseguridad, en lugar de separarla del sistema escolar.⁵⁸

3.3. El enfoque de interseccionalidad

El caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, además de ser el primero en el que la Corte IDH se pronuncia sobre el derecho a la educación, es también el primero en el que este Tribunal hace referencia directa al concepto de interseccionalidad. A pesar de que la sentencia solo dedica unos párrafos a la apreciación de este concepto, es necesario reconocer la importancia de este aporte a la jurisprudencia de la Corte IDH. Integrando el concepto de interseccionalidad, este Tribunal, en primer lugar, reiteró su ánimo constante de escuchar e incorporar conceptos jurídicos y niveles de protección desarrollados a nivel global por diversos organismos internacionales como el Comité CEDAW, el Comité de los Derechos del Niño, etc. Efectivamente, estos organismos reconocen que los niños con VIH/SIDA están expuestos a mayor discriminación cuando otros factores (*e.g.*, raza, posición económica y social, género, nacionalidad, religión, orientación sexual) confluyen en ese particular contexto. La Corte IDH recoge este razonamiento y acierta en señalar que tal confluencia originó una forma específica de discriminación, la cual habría sido diferente si algunos de esos factores no hubieran estado presentes.⁵⁹ Es eso precisamente a lo que se refiere la Corte IDH cuando habla de interseccionalidad en la discriminación.

La prudencia con que la Corte IDH se refiere a este concepto se ve complementada con el aporte que hace el juez Ferrer MacGregor en su voto concurrente. Allí, él aclara que no toda discriminación múltiple está necesariamente asociada a la interseccionalidad, ya que es posible encontrar casos separados de discriminación por diversos factores afectando a las mismas víctimas.⁶⁰

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 274.

⁵⁹ *Ibidem*, párrs. 286-290.

⁶⁰ *Ibidem*, párrs. 7-8, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer MacGregor.

Asimismo, es posible apreciar casos de discriminación denominada múltiple o compuesta, en la que las mismas personas son discriminadas por dos o más factores conjuntamente.⁶¹ Sin embargo, esto, por sí mismo, no constituye interseccionalidad. Este concepto se refiere no solo a la multiplicidad de factores causa de discriminación, sino también al “efecto sinérgico” que va más allá de la suma de factores, enfocándose más bien en su combinación, y muchas veces con resultados en formas únicas de discriminación.⁶² Ferrer Mac-Gregor, además, acierta en señalar que el enfoque de interseccionalidad es un avance en la jurisprudencia de la Corte IDH, pues la provee de un instrumento capaz de apreciar la dinámica real de la discriminación y del daño resultante.⁶³

En efecto, los retos que presenta la discriminación, especialmente en sociedades multiculturales y heterogéneas, hacen necesario tener una visión holística de las causas y consecuencias de este fenómeno. Asimismo, se ha argumentado que este análisis puede llegar a demostrar “la insuficiencia de las políticas públicas unidireccionales” y la “necesidad de políticas integrales que erradiquen la desigualdad en todos sus aspectos”.⁶⁴ Estudios recientes apuntan a factores que, superpuestos, causan consecuencias perversas en el nivel educativo de la niñez y la juventud. Por ejemplo, la UNESCO ha reconocido que factores como pobreza y género se yuxtaponen generando efectos negativos para niñas

⁶¹ Por ejemplo, cabe notar que la Corte IDH ha desarrollado el contenido del término “vulnerabilidad” desde el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, y actualmente reconoce que ciertas personas o grupos pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad debido a múltiples factores. Véase Beloff, Mary y Clérico, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 1, 2016, Universidad de Talca, Chile.

⁶² *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*, párr. 10, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

⁶³ *Ibidem*, párr. 12.

⁶⁴ Ronconi, Liliana, “Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 12, 2016, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 127.

y mujeres.⁶⁵ Además, familias en situación de pobreza recurren usualmente al trabajo infantil, un factor íntimamente ligado al bajo rendimiento escolar.⁶⁶ Otros de los factores con más incidencia sobre la falta de acceso a la educación son la violencia y los conflictos armados. Se calcula que solo 50% del total de niños refugiados asiste a la escuela.⁶⁷ Intuitivamente se puede concluir que la existencia de conflictos armados y violencia tienen efectos negativos en el acceso a la educación.

Al respecto, algunos estudios han sistematizado dichos efectos, diferenciando tres niveles de impacto: *a*) pérdida de actores educativos (*i.e.*, profesores, tutores) debido a daños a su integridad física o libertad personal producto de la violencia, reclutamiento forzado o encarcelamiento; *b*) falta de asistencia escolar debido a los límites económicos o de seguridad impuestos por la situación de violencia, y *c*) daños a la infraestructura educacional (*i.e.*, destrucción de centros escolares, material educativo).⁶⁸

Sin embargo, la existencia de un conflicto armado no es condición necesaria para observar contravenciones al derecho a la educación. La mera propagación de violaciones de derechos hu-

⁶⁵ Leaving no one behind: How far on the way to universal primary and secondary education, Policy paper 27/Fact Sheet 37, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization-UNESCO Institute for Statistics-Global Education Monitoring Report, 2016, p. 11.

⁶⁶ Guarcello, L.; Lyon, S. y Valdivia, C., “Evolution of the relationship between child labour and education since 2000: Evidence from 19 developing countries”, Understanding Children’s Work Program Working Paper Series, 2015.

⁶⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Missing Out: Refugee Education in Crisis* (2016), disponible en www.unhcr.org/57d9d01d0

⁶⁸ Seitz, Klaus, “Education and Conflict. The role of education in the creation, prevention and resolution of societal crises-consequences for development cooperation”, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, 2004, p. 23, disponible en <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/1F610940FB2A51B749256FFE001BD784-EDandConflict-GTZ.pdf> Véase también Justino, Patricia, “How Does Violent Conflict Impact on Individual Educational Outcomes? The Evidence So Far”, 2010, Background paper prepared for the Education for All Global Monitoring Report 2011, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001907/190710e.pdf>

manos tales como violencia sexual, matrimonio forzado, desplazamiento forzado, discriminación, etc., afecta gravemente, directa o indirectamente, al acceso de niñas, niños y jóvenes a una educación efectiva.⁶⁹ Además, existen barreras estructurales que impiden el acceso a la educación. Entre ellas se encuentran costos de matrícula, infraestructura escolar defectuosa, baja calidad de profesionales educativos, etcétera.⁷⁰

Asimismo, recientes estudios ponen especial hincapié en la importancia de desarrollar medidas de inclusión para el acceso a la educación. Reconociendo la existencia de grupos especialmente vulnerables a la exclusión (*i.e.*, mujeres y niñas; niños y niñas sufriendo discapacidades; pobreza; minorías culturales, étnicas y lingüísticas; comunidades indígenas; poblaciones rurales; refugiados; migrantes y trabajadores migrantes; personas desplazadas internamente; pueblos nómadas; personas de comunidad Roma; personas privadas de nacionalidad; y personas atendiendo educación privada),⁷¹ el informe del Relator especial sobre el derecho a la educación hace un llamado a prestar atención a las circunstancias especiales de los estudiantes pertenecientes a dichos grupos y a tomar medidas de apoyo, a fin de evitar que esas características impongan mayores dificultades en el acceso a la educación y así asegurar el éxito educativo de los estudiantes.⁷²

Es más, refiriéndose específicamente a estudiantes con discapacidad, el informe considera que su registro en un ambiente educativo estándar constituye una medida inclusiva correcta. Lo mismo sucede con todos los estudiantes pertenecientes a grupos vulnerables. La meta de la inclusión educativa es asegurar que todos los estudiantes aprendan a convivir y compartir ex-

⁶⁹ Duthie, Roger y Ramírez-Barat, Clara, “Education as rehabilitation for human rights violations”, en *International Human Rights Law Review*, vol. 5, núm. 2, 2016, p. 244.

⁷⁰ Davies, Lynn, “Thinkpiece on Education and Conflict”, 2009 Think piece prepared for the Education for All Global Monitoring Report 2011, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001907/190778e.pdf>

⁷¹ Esta lista no es taxativa.

⁷² Informe del Relator especial sobre el derecho a la educación, transmitido por el secretario general de la ONU a la Asamblea General, A/72/496, 29 de septiembre de 2017, párr. 23.

perencias, lo que finalmente resultará en el debilitamiento de conductas discriminatorias y creencias basadas en estereotipos.⁷³ La inscripción de alumnos en instituciones educativas especiales es considerada poco deseada debido a la limitada interacción de los estudiantes con la sociedad en general.⁷⁴ Dicho informe considera además que para crear ambientes educativos inclusivos, es necesario que el Estado provea al sistema de educadores entrenados y centros educativos preparados para recibir estudiantes con características diversas.⁷⁵

4. EDUCACIÓN COMO MEDIDA DE REPARACIÓN

La Corte IDH, luego de hallar responsable a un Estado por la contravención de los derechos humanos reconocidos en las convenciones bajo su jurisdicción, usualmente ordena medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias.⁷⁶ La práctica de la Corte IDH en cuanto a medidas de reparación es abundante y ha sido calificada como creativa e innovadora. A través de un exhaustivo examen de la práctica de la Corte IDH, es posible observar que este Tribunal relaciona el derecho a la educación con cierto fin de reparación. Específicamente y hasta la fecha, la Corte IDH ha ordenado en 20 casos la provisión de becas de estudio como medio de reparación en respuesta a una variada gama de contravenciones a la Convención Americana. Esta sección analiza la conexión entre esta medida específica y la violación de derechos humanos, así como el propósito que la Corte IDH persigue cuando la ordena.

La Corte IDH clasifica la medida de beca de estudio como de satisfacción equitativa. A pesar de que esta medida no es considerada tradicionalmente como de reparación en otras cortes

⁷³ *Ibidem*, párrs. 26-27.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 29.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 27.

⁷⁶ Art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como la Corte IDH han reconocido que el derecho a la reparación es derecho consuetudinario, véase Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso "Fábrica de Chorzow"*. Fondo, 1928, Reportes, Series A, núm. 17.

regionales,⁷⁷ es importante notar que los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” propone que la compensación debe asignarse por pérdidas pecuniarias incluyendo “[l]a pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales”.⁷⁸ Este instrumento se enfoca en las posibles reparaciones que se pueden asignar a las *víctimas*, por lo que se puede entender que solo ellas tendrían derecho a obtener este tipo de reparación. Sin embargo, no hay ninguna referencia directa a la medida de beca de estudios o, en todo caso, a la prohibición de esta.

En el contexto de programas nacionales de reparación, el suministro de servicios educativos es notable tanto en Latinoamérica (*e.g.*, Chile, Perú) como África (*e.g.*, Liberia y Sierra Leona) y Oceanía (*e.g.*, Timor-Leste).⁷⁹ En su tratado sobre reparaciones, Pablo de Greiff evalúa la idoneidad de esta medida, apreciando como claras ventajas el hecho de que esta cubre necesidades concretas y puede ser muy efectiva en términos de costos, al poder implementarse utilizando la infraestructura educativa ya existente.⁸⁰ Sin embargo, una de sus grandes desventajas consiste en la confusión que la implementación de esta medida puede generar en la población —especialmente en los beneficiarios— debido al hecho de que los programas educativos son un servicio público tradicional y un deber del Estado. Para evitar esta confusión, Mazurana y Carlson sostienen que la provisión de servicios educativos como reparación debe plasmarse como una medida específica que vaya más allá de la simple —pero a ve-

⁷⁷ Ni el TEDH ni la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos han incluido esta medida en su práctica de reparaciones.

⁷⁸ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (art. 20.b).

⁷⁹ Duthie, Roger y Ramírez-Barat, Clara, *op. cit.*, pp. 247-248.

⁸⁰ Greiff, Pablo de, “Justice and Reparations”, en Greiff, Pablo de (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford Scholarship Online, 2006.

ces inexistente— oferta de educación primaria. Específicamente, estos autores recomiendan la oferta de educación secundaria, superior o técnica, así como el reconocimiento explícito del Estado sobre la naturaleza de estas medidas y su relación íntima con los daños específicos causados.⁸¹

La Corte IDH ordenó la provisión de una beca de estudios por primera vez en 2001.⁸² Sin embargo, los orígenes de esta medida pueden rastrearse hasta varios casos en la jurisprudencia temprana de la Corte. En efecto, desde su primera sentencia en *Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH dio muestras de su interés por la protección de los hijos de las víctimas desaparecidas.⁸³ En la sentencia sobre reparaciones, habiendo encontrado a Honduras responsable por la desaparición forzada del señor Velásquez Rodríguez, la Corte IDH nombró a su esposa y a sus tres menores hijos como beneficiarios de la correspondiente compensación económica. Sin embargo, invocando el propósito de cuidar el interés de los menores, la Corte ordenó la creación de un fideicomiso a través del cual los menores solo podían cobrar el interés mensual de la suma dada en compensación hasta que cumplieran 25 años, luego de lo cual eran libres de acceder a la compensación completa.⁸⁴

La sentencia no especificó el propósito del fideicomiso; sin embargo, el análisis del expediente en este caso muestra que tanto la madre de los menores como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana) habían pedido las sumas compensatorias con el fin de asegurar los estudios de los menores hasta el nivel universitario.⁸⁵ Esta es posiblemente la ra-

⁸¹ Mazurana, Dyan y Carlson, Khristopher, “Reparations as a Means for Recognizing and Addressing Crimes and Grave rights violations against Girls and Boys during Situations of armed Conflict and under Authoritarian and Dictatorial Regimes”, en Rubio-Marín, Ruth (ed.), *What Happened to the Women? Gender and Reparations for Human Rights Violations*, Social Science Research Council, 2006, pp. 195-197.

⁸² Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, núm. 87.

⁸³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, núm. 7.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 58.

⁸⁵ *Ibidem*, párrs. 7.10 y 8.2.b.

zón por la que Corte IDH decidió distribuir la compensación progresivamente. La práctica de ordenar la creación de fideicomisos para beneficiarios menores de edad continuó en casos sucesivos hasta que fue reemplazada por la creación de cuentas bancarias.⁸⁶

El gran interés de la Corte IDH por la educación es evidente, por ejemplo, en el caso *Aloeboetoe*, el cual trata de la masacre de siete miembros de la etnia maroon en Surinam.⁸⁷ En la etapa de reparaciones, la Corte ordenó la reapertura y la provisión de personal al colegio del pueblo, además de compensación económica por daños materiales y morales. La Corte IDH argumentó que además de que era necesario brindar compensación para asegurar la educación de los hijos de las víctimas, también era esencial que estos niños tuvieran una escuela donde recibir esa educación.⁸⁸ Asimismo, la Corte notó que muchos pueblos en Surinam no tienen escuelas o centros médicos, y algunos de los existentes no están funcionando.

A pesar de que la Corte IDH no se refirió en concreto a la negligencia del Estado con respecto a la protección de pueblos indígenas y otras minorías en Surinam, es posible ver que la medida de reparación está motivada por una suerte de reivindicación de justicia social. A pesar de los buenos deseos de la Corte IDH, la conexión entre la reapertura de la escuela y la violación de la convención específicamente hallada por la Corte es controversial, debido a que los hechos demuestran que la escuela estaba cerrada desde antes de la masacre.

⁸⁶ Entre los casos que continuaron la práctica del fideicomiso están Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C, núm. 20; y *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, núm. 28. Una característica común en estos casos era que los menores podían acceder a la totalidad de la compensación en fideicomiso si es que contraían matrimonio. La Corte IDH abandonó esta práctica debido a las consecuencias negativas asociadas al matrimonio de menores de edad. La Corte IDH decidió ordenar la creación de cuentas bancarias desde el *Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C, núm. 76.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 15.

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 96.

Al respecto, Dinah Shelton ha señalado que esta medida no fue dictada en beneficio de las víctimas del caso, sino de toda la comunidad.⁸⁹ A pesar de estas objeciones, la Corte IDH continuó mostrando gran interés por medidas de reparación implementando programas de educación.

Los casos en que la Corte IDH ha ordenado la provisión de una beca de estudios se pueden clasificar en tres grupos de acuerdo con el tipo de violaciones al que estuvieron expuestas las víctimas. El primer grupo está compuesto por casos en que hubo violaciones del derecho a la vida (art. 4 de la Convención Americana), es decir casos de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales.⁹⁰ El derecho a la vida es reconocido como *jus cogens*, es decir, es una norma contra la que no cabe derogación, y al respecto ha sido argumentado que cuando estas normas son vulneradas, el rechazo de tal violación es más alto y, por tanto, medidas de reparación más extensas pueden estar justificadas.⁹¹ Este parece ser el caso de las órdenes proveyendo becas de educación, sobre todo teniendo en cuenta que el primer caso donde se dictó este tipo de orden (*i.e.*, caso *Barrios Altos*) trataba del ataque indiscriminado a los participantes de una fiesta por miembros de un grupo especial del ejército peruano, resultando en el asesinato de 15 personas y lesiones en cuatro más.⁹² La Corte ordenó becas de estudio para todos los sobrevivientes y los hijos de las víctimas asesinadas.⁹³

⁸⁹ Dinah Shelton, *op. cit.*, p. 286.

⁹⁰ En la mayoría de estos casos, otras violaciones de derechos humanos también han sido declaradas por la Corte IDH.

⁹¹ Neuman, Gerald, "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", en *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008, p. 117.

⁹² Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, núm. 87.

⁹³ Véase también Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101, párr. 235; *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, núm. 110; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 165; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre

El segundo grupo trata sobre casos donde los Estados han sido encontrados responsables de la vulneración de los derechos a la libertad personal y a las garantías judiciales (arts. 7 y 8 de la Convención Americana). Estos casos involucran la detención de personas que fueron sometidas a procesos penales que no satisficieron las garantías legales de juicio justo. En algunos casos, las víctimas fueron ilegalmente detenidas sin orden expedida por la autoridad competente,⁹⁴ en otros, fueron torturados cuando estaban bajo custodia de agentes del Estado.⁹⁵ En estos casos, al ordenar las becas de estudio, la Corte IDH puso gran consideración en las consecuencias del encarcelamiento injusto en la vida de las víctimas y sus familias,⁹⁶ estableciendo que ellas tenían el derecho de continuar con sus carreras o su educación. Las becas de estudio eran entonces un medio para permitir esa continuación. La Corte ha ordenado esta medida en beneficio de personas mayores y menores de edad, indistintamente.

El tercer grupo se refiere a casos en donde la integridad personal y la dignidad de las víctimas fueron gravemente afectadas. En los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, mujeres indígenas fueron violadas por miembros del ejército, en un contexto de

de 2008. Serie C, núm. 192; *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 237; *Caso García y familia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre 2012. Serie C, núm. 258; *Caso Osorio Rivera y familia vs. Perú*. Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre 2013. Serie C, núm. 274.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, núm. 88; *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 137; *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 273.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260. Además, algunas víctimas sufrieron tratamiento cruel inhumano o degradante debido a las pobres condiciones de encarcelamiento y la falta de atención médica necesaria, véase *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*.

⁹⁶ Por ejemplo, en *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, una de las víctimas seguía en prisión después de haber sido injustamente condenado por terrorismo 15 años atrás.

conflicto armado interno y sería discriminación contra pueblos indígenas.⁹⁷ El elemento de dignidad fue claramente resaltado en esos casos, particularmente considerando que la violación sexual no solo es un abuso de los cuerpos de las mujeres sino que causa, bajo particulares circunstancias, serios daños a su reputación.⁹⁸ Las víctimas y sus familias trataron infructuosamente de obtener justicia por muchos años, enfrentándose a la falta de voluntad de las autoridades de investigar, procesar y castigar a los culpables, quienes parecían estar protegidos por total impunidad, causando estragos en su vida familiar y salud mental, simultáneamente.

4.1. El “proyecto de vida” y el derecho a la educación

El uso de becas de estudios por la Corte IDH como medio para proveer a las víctimas de violaciones de derechos humanos de instrumentos para mejorar su vida personal y familiar, está íntimamente ligado al concepto de “proyecto de vida” desarrollado por ese Tribunal. Dicho concepto fue introducido por la Corte IDH en el caso *Loayza Tamayo* y se refiere a la “realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.⁹⁹ Más adelante, el juez Cançado Trindade, en un voto razonado, propuso entender esta medida de reparación no solo como una medida de satisfacción equitativa, sino también como una medida de rehabilitación al proyecto de vida de la víctima, entendiendo que su personalidad solo podría llegar a realizarse

⁹⁷ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215; y *Caso Rosendo Cantú y otro vs. México*. Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto 2010. Serie C, núm. 216.

⁹⁸ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, *supra*, párr. 94.

⁹⁹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42, párr. 147. Para un estudio detallado sobre el concepto de “proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte IDH véase Calderón Gamboa, Jorge F., *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

con la continuación y finalización exitosa de la educación que la víctima estaba siguiendo cuando ocurrió la violación.¹⁰⁰

Este razonamiento se refleja también en el caso *Mendoza y otros*, en el cual cinco jóvenes fueron condenados a cadena perpetua por crímenes cometidos mientras eran todavía menores de edad. Habiendo declarado que dichas condenas infringían derechos protegidos por la Convención Americana; la Corte IDH ordenó que los jóvenes recibieran la educación o entrenamiento que requirieran, incluyendo estudios universitarios, a través del sistema carcelario o, si fueran liberados, de instituciones públicas.¹⁰¹ La Corte argumentó que la provisión de educación era necesaria, pues los jóvenes habían perdido la oportunidad de construir un “proyecto de vida” y la única forma de “asegurar una vida decente” para ellos era proveyéndolos de entrenamiento para que desarrollaran sus habilidades y talentos.¹⁰²

Este enfoque de reparaciones que la Corte IDH ha desarrollado con respecto al derecho a la educación, aunque sin invocarlo *per se*, permite contrarrestar las consecuencias nefastas y complejas de la vulneración de derechos humanos, incluyendo la falta de acceso a la educación. La falta de oportunidades resultante de la perpetración de los derechos básicos afecta no solo a los individuos, sino también a su comunidad, especialmente a aquellas que de por sí son vulnerables por razones económicas, étnicas, lingüísticas o geográficas.¹⁰³

4.2. El contenido de las becas de estudio como elemento inclusivo de reparación

A través de las becas de estudio, la Corte IDH ha hallado también una forma de lidiar y tratar de contrarrestar los múltiples factores que impiden el acceso a la educación. En primer lugar, la Corte

¹⁰⁰ *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, *supra*, voto razonado del juez Cançado Trindade, véase también Duthie, Roger y Ramírez-Barat, Clara, *op. cit.*, p. 249.

¹⁰¹ *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *supra*, párr. 317.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 316.

¹⁰³ Duthie, Roger y Ramírez-Barat, Clara, *op. cit.*, pp. 245-246.

IDH otorga becas de estudios desde el nivel en que se encuentren los beneficiarios hasta el nivel superior, ya sea universitario o técnico. Es decir, este Tribunal ofrece la cobertura de todos los gastos correspondientes a la tarifa de estudios con el propósito de asegurar un mejor futuro a los beneficiarios. Además, muchas veces la beca de estudios también incluye la cobertura de los gastos relativos a material educativo, textos escolares y uniformes.¹⁰⁴

En algunas ocasiones, la Corte IDH también ha incluido en la cobertura de la beca de estudios, el costo de alojamiento, comidas y transporte.¹⁰⁵ A pesar de que el contenido de la beca de estudios varía frecuentemente en la práctica de la Corte IDH, es posible inferir, especialmente poniendo atención al caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, cierto propósito vinculado a la búsqueda de inclusión efectiva de grupos sociales vulnerables. En este caso, la señora Fernández Ortega, una mujer campesina perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, luego de ser víctima de violación sexual por parte de miembros del ejército, encontró múltiples trabas en el sistema judicial al tratar de denunciar los hechos y de asegurar el procesamiento penal de los responsables de acuerdo con las garantías judiciales pertinentes, en un contexto que el Tribunal consideró discriminatorio debido a su condición de indígena. La Corte IDH estableció como hechos probados que el territorio en donde se encontraba la comunidad indígena tenía, en el momento de hechos y hasta el momento de la sentencia, alta presencia militar y existían reportes sobre vulneraciones de derechos humanos vinculados a esta. Asimismo, el Tribunal notó que las comunidades indígenas asentadas en este territorio sufrían de un alto grado de marginación y pobreza, elementos que los ponía en situación de vulnerabilidad con respecto al acceso a la justicia y servicios básicos.¹⁰⁶

En la sentencia, la Corte IDH ordenó la provisión de becas de estudio en favor de las hijas de la señora Fernández Ortega, luego de notar que la vulneración de derechos de su madre había causado alteraciones en sus vidas, su vida familiar y su relación con su

¹⁰⁴ *Caso Barrios Altos vs. Perú*, *supra*, párr. operativo 4.b; *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, *supra*, párr. 237.

¹⁰⁵ *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, *supra*.

¹⁰⁶ *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, *supra*, párr. 78.

comunidad. Además, los representantes de las víctimas afirmaron que, debido a la presencia militar en la comunidad, las hijas de las víctimas dejaron de asistir a la escuela por un año y que dos de ellas, a fin de continuar sus estudios, tuvieron que mudarse a una ciudad más grande donde trabajaban ejerciendo servicio doméstico en condiciones de “semiesclavitud”.¹⁰⁷ Más aún, la Corte puso particular atención en el testimonio de una perita, quien informó que la situación de las hijas de la señora Fernández Ortega no era única, pues otras 30 niñas y jóvenes mujeres pertenecientes al mismo grupo indígena se encontraban empleadas al servicio doméstico de familias mestizas de clase media, quienes les ofrecían alojamiento, comida y la oportunidad de recibir educación a cambio de alrededor de 12 horas de trabajo diario sin salario. Tomando esta situación en consideración, la Corte IDH ordenó que se adoptaran las medidas necesarias para que las niñas y jóvenes de la comunidad cursando estudios secundarios en la ciudad recibieran alojamiento y apropiada manutención, a fin de continuar con sus estudios. El Estado también podría cumplir esta orden abriendo una escuela secundaria en la comunidad indígena.¹⁰⁸

Es así, que la Corte IDH toma la información brindada en los testimonios presentados y diseña una medida de reparación que va más allá del caso particular, buscando reparar el nefasto sistema de discriminación y explotación que afecta sobre todo a las jóvenes mujeres de las comunidades indígenas.

4.3. La educación en materia de derechos humanos como medida de reparación

Además de haber introducido la innovadora medida de reparación de becas de estudios, la Corte IDH también ha subrayado la importancia de educar a agentes del Estado en materia de derechos humanos. Esta necesidad surgió en respuesta a las características de los casos presentados ante este Tribunal, en los que el incumplimiento de la responsabilidad del Estado ha sido determinado repetidamente a través de la actuación de personal militar

¹⁰⁷ *Ibidem*, párr. 263.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr. 270.

(e.g., *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*), policial (e.g., *Familia Barrios vs. Venezuela*), médico (e.g., *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*), judicial (e.g., *Tibi vs. Ecuador*) o administrativo (e.g., *Yarce y otros vs. Colombia*). A través del análisis de los casos en los que esta medida se ha otorgado, se puede deducir que su propósito es, en primer lugar, sensibilizar a los agentes del Estado con respecto a los derechos protegidos por la Convención Americana y demás instrumentos del Sistema Interamericano. En segundo lugar, se busca introducir a estas personas en el entendimiento de la aplicación correcta de la ley nacional bajo el enfoque de derechos humanos. Por último, la Corte IDH pretende asegurar la no repetición de las violaciones de derechos humanos cometidas en los casos concretos, sin perjuicio de las medidas disciplinarias y legales que se deban tomar con respecto a los responsables directos de las respectivas violaciones.

Es importante resaltar que la Corte IDH también ha ordenado el entrenamiento de personal para capacitarlos en temas que se consideran “novedosos”, tomando en cuenta la visión tradicionalista del Estado, como pueden ser la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual (e.g., *Caso Flor Freire vs. Ecuador*), casos de reproducción asistida (e.g., *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*), o el tratamiento médico y psicológico de las personas afectadas por masacres y otras graves y masivas violaciones de derechos humanos (*Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*).

4.4. Desafíos remanentes en la práctica de reparaciones

A pesar de que el presente estudio encuentra aportes positivos en la práctica de la Corte IDH, al incorporar la medida de beca de estudios como reparación de los daños causados por la vulneración de derechos humanos, no es posible ignorar que ciertos aspectos de dicha práctica han sido criticados por la falta de clarificación con respecto a la conexión concreta con las violaciones halladas en los respectivos casos, o por la falta de consistencia en relación con la selección de esta medida en casos específicos.

Concretamente, las órdenes de provisión de servicios básicos, como educación o salud, han sido criticadas por beneficiar

no solo a las víctimas, sino también a terceras personas integrantes de la comunidad a las que las víctimas o sus familiares pertenecen.¹⁰⁹ En efecto, el análisis de la práctica de la Corte IDH muestra que tres grupos específicos son asignados como beneficiarios de este tipo de medida: víctimas, familiares de las víctimas y personas que no tienen una conexión específica con el caso concreto.¹¹⁰ Mientras que las medidas ordenadas en beneficio del primer y el segundo grupo no han originado crítica significativa, las relacionadas con el tercer grupo generan preocupación, pues el propósito de la Corte IDH al dictarlas dista de un ánimo rehabilitador. Por ejemplo, en el caso de *Myrna Mack Chang*, ese Tribunal ordenó el establecimiento de una beca de estudios anual a nombre de la víctima en favor de estudiantes de antropología.¹¹¹ Gracias al estudio de los escritos presentados tanto por la Comisión Interamericana como por los representantes de las víctimas, es posible deducir que el objetivo principal de esta medida era honrar la memoria de la víctima y su compromiso con la lucha a favor de los derechos humanos. Es posible que la Corte IDH también haya considerado que la hija de la víctima, quien recibió compensación económica por los daños pecuniarios y no pecuniarios ocurridos, había ya terminado sus estudios universitarios cuando la sentencia fue expedida y, por tanto, no era necesario asignarle una beca de estudios.

¹⁰⁹ Véase la crítica de Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2005, p. 286.

¹¹⁰ Es importante notar que la Corte IDH ha desarrollado una conceptualización especial del estatus de víctima. Mientras que en sus primeras sentencias este Tribunal señalaba como víctimas solo a las personas afectadas directamente por la comisión de violaciones, actualmente la Corte IDH considera como víctimas, por ejemplo en casos lidiando con violaciones al derecho a la vida, a los padres, hermanos, cónyuges e hijos de las víctimas asesinadas o desaparecidas, basándose en el sufrimiento natural experimentado por cualquier ser humano en las mismas condiciones. Otros familiares también pueden ser considerados como víctimas, siempre y cuando den evidencia de una relación cercana con la víctima principal. Para más detalles sobre el desarrollo de este concepto véase Sandoval-Villalba, Clara, "The Concepts of «Injured Party» and «Victim»", en Ferstman, Clara; Goetz, Mariana y Stephens, Alan, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 243.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101, párr. 258.

Otro caso en el que es difícil ver la conexión entre la medida y su propósito rehabilitador es *García y Familia*.¹¹² En este, la víctima fue ilegalmente detenida y desaparecida. Evidencia de su ejecución extrajudicial fue encontrada en un documento (i.e., “Diario Militar”) que muestra que al menos 183 personas fueron ilegalmente detenidas y algunas de ellas asesinadas por ser consideradas “enemigos internos” gracias a su involucramiento en actividades relacionadas con organizaciones de trabajadores o de derechos humanos. En la etapa de reparaciones, Guatemala aceptó ofrecer diez becas de estudio, por única vez, a ser asignadas por los miembros de la familia García en beneficio de los hijos o nietos de las personas desaparecidas. Sin embargo, no se consideró que en este caso concreto solo el señor Edgar Fernando García —desaparecido— y tres miembros de su familia había sido declarados víctimas y beneficiarios de las reparaciones ordenadas por la Corte y las becas de estudio claramente favorecían a otras personas.¹¹³ Asimismo, la sentencia no aclara realmente la identidad de los desaparecidos o si solo se refiere a aquellos que se presume desaparecidos de la lista encontrada en el documento “Diario Militar”. Además, como en el caso anterior, esta sentencia se expidió 28 años después de la desaparición del señor García y es probable que la Corte no haya considerado apropiado asignar una beca de estudios en beneficio de su hija.

Además de las inconsistencias descritas respecto a las personas designadas como beneficiarios de las becas de estudio, la Corte IDH no ha logrado explicar convincentemente por qué en algunos casos se abstiene de ordenar esta medida, a pesar de existir cierto precedente en la práctica del Tribunal. Cuando esto sucede, la Corte IDH no ofrece mayores explicaciones sobre la diferencia de trato. Por ejemplo, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, una de las víctimas desaparecidas dejó siete hijos, quienes también fueron declarados víctimas por la Corte IDH.¹¹⁴ Sin embargo, ni la Comisión Interamericana ni los representantes de las víctimas solicitaron

¹¹² Corte IDH. *Caso García y familia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 258.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 192.

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162.

la medida de becas de estudios para los niños, a pesar de que se encontraban en edad escolar y que existía el precedente del caso *Gómez Paquiyauri*.¹¹⁵ La Corte no se pronunció al respecto, asignando compensación económica a todas las víctimas, incluyendo los niños, así como también diversas medidas no pecuniarias.

5. PROYECCIONES SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN POR LA CORTE IDH: POSIBLES NUEVOS RETOS

Como se ha señalado, el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* ha marcado un hito en la jurisprudencia de la Corte IDH al ser el primero en que este Tribunal se pronuncia directamente sobre el derecho a la educación (art. 13 del Protocolo de San Salvador). Se puede decir, entonces, que una puerta se ha abierto para el desarrollo de este importante derecho en las Américas. Efectivamente, la visión holística de la Corte IDH es extremadamente necesaria y urgente en el contexto latinoamericano, donde todavía los índices de analfabetismo y deserción escolar son muy preocupantes. Así como la Corte IDH ha prestado atención a la discriminación de carácter interseccional de grupos vulnerables en el acceso a la educación, y ha diseñado medidas de reparación apuntando a contrarrestar los múltiples y complejos efectos que las vulneraciones de derechos humanos causan en el acceso al mismo derecho, es también importante analizar cuáles son los posibles elementos que podrían llegar a la atención de la Corte IDH en próximos casos.

5.1. Costos reales

A pesar de que muchos Estados latinoamericanos garantizan la educación primaria y secundaria gratuita, es importante tener en cuenta que los costos reales de escolarización, incluyendo gastos de vivienda, alimentación, materiales educativos, etc., son por sí mismos, grandes factores excluyentes en el disfrute del derecho

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, núm. 110.

a la educación. Conscientes de las dificultades económicas que muchas familias enfrentan para poder inscribir a sus niños en centros educativos, muchos países han tratado de mitigar estos costos implementando programas sociales como transacciones de efectivo, o estipendios familiares o personales, con el fin de prevenir que las familias recurran al trabajo infantil.¹¹⁶ La Corte IDH también ha considerado esta realidad y muchas veces incluye en sus órdenes de otorgamiento de becas escolares la cobertura de costos de vivienda, alimentación y transporte, asegurando así que los beneficiarios de las becas escolares tengan una oportunidad real de hacer uso de ellas. Teniendo en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido que la educación primaria es primordial para el desarrollo de la capacidad de los individuos y de la sociedad en general, y que ella debería tener prioridad en la distribución de recursos estatales,¹¹⁷ es necesario preguntarse hasta qué punto llega la responsabilidad de los Estados, en primer lugar, de priorizar la asignación de recursos al sistema escolar (*i.e.*, qué proporción del presupuesto general podría ser considerado como mínimo necesario) y, en segundo lugar, de asignar becas de estudio integrales o programas de ayuda para la escolarización que tengan por objetivo eliminar las diferencias de oportunidades con respecto al derecho a la educación.

5.2. Calidad y contenido

Mientras que por mucho tiempo el análisis del acceso a la educación estuvo enfocado en la gratuidad de la enseñanza primaria y el registro escolar, en la actualidad otros factores también son escrutados para asegurarlo. Uno de esos factores es la baja calidad de la educación suministrada por el Estado, misma que provoca que gran parte de la población recurra a las escuelas privadas. Por

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, el Programa Bolsa Familia, en Brasil, y Familias en Acción, en Colombia. Véase también Bruns, Barbara; Evans, David y Luque, Javier, *Achieving world-class education in Brazil: the next agenda*, World Bank, 2011.

¹¹⁷ CDESCR, El derecho a la educación, 21º periodo de sesiones, observación general 13, 1999, U.N. doc. E/C.12/1999/10, 1999, párr. 4.

una parte, la ausencia de educación de calidad está íntimamente ligada a la carga financiera que significa para los Estados el proveer servicios educativos. Por otra parte, los retos con respecto a la educación de calidad están ligados al contenido que la educación debe transmitir. Así como la educación puede servir para reintegrar y rehabilitar, también es necesario reconocer que este derecho ha sido usado como un instrumento para la destrucción cultural de comunidades excluidas, o la perpetuación de regímenes excluyentes. La primera situación se refiere al uso del sistema educativo para alcanzar fines de asimilación cultural. Dicha política ha sido implementada por regímenes que intrínsecamente consideran ciertas culturas como inferiores e indeseables y, por tanto, rechazan la existencia de un espacio común donde ambas culturas puedan convivir y relacionarse. Consecuentemente, el Estado desarrolla una política educativa que busca desarraigar a las niñas, niños y jóvenes de su origen cultural, asimilándolos a lo que se considera una cultura legítima.¹¹⁸ La segunda situación está referida a la transmisión de valores considerados tradicionales pero que, en realidad, lo que hacen es perpetuar sistemas discriminatorios y creencias estereotipadas, como puede ser la enseñanza con contenido patriarcal, clasista, racista o xenófobo. Es entonces importante reconocer que la educación juega un rol importante, no solo en la transmisión de conocimientos, sino también de valores de una manera intergeneracional.¹¹⁹

5.3. Castigos corporales

La violencia contra los niños y niñas, tanto a nivel familiar como escolar, es un problema global. En América Latina, las últimas estadísticas muestran que dos de cada tres niños menores de 15 años son sometidos a disciplina violenta en el hogar —física o psicológica—, y que uno de dos sufre violencia corporal. En caso de niños menores de cinco años, más de 56% sufre casti-

¹¹⁸ Considerar, por ejemplo, el caso de la comunidad nativa canadiense en Duthie, Roger y Ramírez-Barat, Clara, *op. cit.*, p. 246.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 250.

gos corporales.¹²⁰ A pesar de que la población latinoamericana va tomando conciencia sobre la ineffectividad y las consecuencias negativas de la violencia contra los niños, la jurisprudencia de la Corte IDH no ha tocado este tema.¹²¹

Si bien es cierto que el castigo corporal tanto en las escuelas como en el hogar está prohibido a nivel internacional (art. 28.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ordena a los Estados que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que la disciplina en las escuelas sea administrada de manera consistente con la dignidad de los niños y prohíbe *de facto* las medidas de disciplina violentas) y nacional —cada vez más países latinoamericanos están llevando a cabo reformas legislativas limitando y/o prohibiendo los castigos corporales—,¹²² es necesario prestar atención a la posible brecha que se puede crear entre la implementación de la ley y el periodo de acomodamiento de la sociedad a estos nuevos cánones.

5.4. Multilingüismo

El multilingüismo es de suma importancia para los países de América Latina, debido a que la región cuenta con un alto número de población indígena que habla español como segunda lengua. Últimamente se está prestando atención al multilingüismo, como un reto para un sistema educativo eficiente y como un instrumento valioso para el desarrollo cultural de la región. En Bolivia, por ejemplo, existen grandes esfuerzos por educar a la población en su propia lengua y respetando sus valores y cultura.¹²³ En Pa-

¹²⁰ UNICEF, Niños y niñas en América Latina y el Caribe: Panorama 2017.

¹²¹ Informe Latinobarómetro 2016, p. 62.

¹²² En Argentina, por ejemplo, el nuevo Código Civil y Comercial prohíbe los castigos corporales, desde su entrada en vigencia en enero del 2016. En Perú, en 2015 se aprobó la Ley que Prohíbe el Uso del Castigo Físico y Humillante contra los Niños, Niñas y Adolescentes, tanto en el ámbito doméstico como en el escolar.

¹²³ Andrade Ramos, Fabricia de y Blanco Cossío, Mauricio, “Bolivia: Perspectives and Challenges for Multicultural Education”, en Schwartzman, Simon (ed.), *Education in South America: Education around the World*, Bloomsbury Academic, 2015.

raguay, la oficialización del idioma guaraní —lengua original hablada por la mayor parte de la población— tuvo como objetivo la eliminación de su desigualdad en la educación y la vida social en general. Sin embargo, el idioma español sigue siendo favorecido por las clases dominantes y recibe mejor estatus en el sistema educativo paraguayo.¹²⁴ La Corte IDH ya ha prestado atención a la necesidad de educar a la población en su propio idioma, ordenando, por ejemplo, como medida de reparación que cierta población reciba personal escolar entrenado en enseñanza bilingüe.¹²⁵ Además, la Corte ha ordenado que el currículo del Sistema Educativo Nacional guatemalteco incluya en su programa de educación contenido que “refleje la naturaleza pluricultural y multilingüe de la sociedad guatemalteca, impulsando el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas, incluyendo sus cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida”.¹²⁶ A la luz de estos avances, es necesario reflexionar sobre la posible responsabilidad de los Estados sobre la implementación de programas educativos bilingües respecto a poblaciones que mayoritariamente hablan lenguas originarias.

5.5. Educación como medida de reparación

Si bien es cierto que el análisis de los casos presentados en este capítulo demuestra que la Corte IDH usa ciertas medidas de re-

¹²⁴ Ortiz Sandoval, Luis, “Bilingüismo y educación: la diferenciación social de la lengua escolar”, en *América Latina Hoy*, vol. 60, 2012, p. 145. Es también interesante ver que en comunidades donde la lengua materna es un idioma diferente al español, la población prefiere ser educada en esta lengua debido a su mayor valor de retorno en el ámbito laboral, véase Cueto, Santiago y Secada, Walter, “Eficacia escolar en escuelas bilingües en Puno, Perú”, en *Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 1, núm. 1, 2003, disponible en www.ice.deusto.es/RINACE/reice/vol1n1/CuetoySecada.htm

¹²⁵ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, párr. 9.d.

¹²⁶ Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 328, párr. 25.

paración para impulsar el respeto a los derechos humanos, formando a miembros de las fuerzas armadas o servidores públicos, a fin de combatir estereotipos o malas prácticas arraigadas en la cultura institucional de los Estados, es necesario preguntar cuáles son los mecanismos de control que el Tribunal utiliza a fin de no traspasar la fina línea que divide el entrenamiento sobre el respeto a los derechos humanos y la injerencia directa en temas políticos y sociales tradicionalmente ligados al rol soberano del Estado. Al respecto, se debe prestar atención a que algunos autores han señalado que mientras el marco de los derechos humanos provee estándares mínimos de protección de la dignidad humana, el rol de estos derechos no es el de garantizar una sociedad económicamente próspera ni igualitaria.¹²⁷

Es necesario que la Corte IDH desarrolle una práctica constante y coherente en la asignación de medidas de reparación, tanto pecuniarias como no pecuniarias, pues es necesario señalar específicamente qué daños están siendo reparados con la determinación de cada medida. Si bien es cierto que la garantía de *restitutio in integrum* a veces exige la asignación de varias medidas de reparación para poder reparar un daño específico, esto no exime a los tribunales de justificar dicha asignación. Solo desarrollando una práctica razonada y transparente la Corte IDH podrá evitar confusión entre las partes del conflicto y posibles acusaciones de doble reparación.

6. CONCLUSIONES

El derecho a la educación es un derecho humano reconocido a nivel global. Su contenido no solo se refiere al derecho de las personas a recibir educación primaria gratuitamente, sino que también garantiza directamente el acceso a la educación sin discriminación. Tanto instrumentos internacionales como regionales subrayan la importancia de garantizar el acceso a la educación de grupos vulnerables, como minorías, refugiados, personas con discapacidad, etc. Dos conceptos clave han recibido ya la atención de la academia para entender el contenido contemporáneo

¹²⁷ McCowan, Tristan, *op. cit.*, p. 17.

del derecho a la educación: exclusión y género. El derecho a la educación es un instrumento de lucha contra la exclusión, además de ser un fin en sí mismo. La educación se relaciona con la lucha contra la pobreza; contra la transmisión de un estatus de pobreza que generalmente se repite de generación en generación. La importancia de un enfoque de género en el derecho a la educación, en primer lugar, ha servido para demostrar que son las niñas y jóvenes mujeres las que sufren mayor discriminación en el acceso a la educación. Además, este enfoque sirve para mejor entender la responsabilidad de los Estados en la lucha contra este tipo de discriminación a través de, por ejemplo, programas educativos que sirvan para cambiar las ideas estereotipadas sobre el rol de las mujeres en la sociedad.

Este capítulo examina la forma en que la Corte IDH influye, directa o indirectamente, a través de sus sentencias y órdenes de reparación, en el desarrollo del contenido de este derecho y en favor de la creación de mecanismos para la inclusión de todas las personas. Poniendo especial atención en la sentencia del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, se argumenta que la Corte IDH ha producido tres importantes contribuciones. Primero, reconoce el derecho a la educación de personas que han sufrido algún tipo de discapacidad y, además, determina la correspondiente responsabilidad del Estado en relación específica con personas portadoras de VIH/SIDA, incluyendo el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el virus, la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/SIDA, y el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social.¹²⁸

En segundo lugar, la Corte IDH evaluó el cumplimiento de la responsabilidad del Estado usando un análisis de proporcionalidad respecto a las limitaciones impuestas al derecho a la educación en el caso concreto. Este Tribunal explicó que una valoración de proporcionalidad implica que el Estado demuestre que

¹²⁸ Al respecto, es importante recordar que un estudio en 2004 encontró que más de 90% de los niños con discapacidad en países en vías de desarrollo no van a la escuela, ver UNESCO, “The Right to Education for Persons with Disabilities: Towards Inclusion”, Artículo Conceptual 2004, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001378/137873e.pdf>

ha considerado con suficiente profundidad las razones existentes para dar lugar a la limitación de derechos, sin dar cabida a especulaciones ni estereotipos. En tercer lugar, la Corte IDH incluyó, por primera vez, el enfoque de interseccionalidad en el análisis de las causas y consecuencias de la discriminación, tomando así una visión integral de la problemática de falta de acceso a la educación.

Además de la contribución del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, este capítulo también analiza los avances desarrollados por la Corte IDH en materia de educación, a través de sus órdenes de reparación. El conjunto de casos analizados demuestra que la Corte IDH viene considerando, desde hace muchos años, el acceso a la educación como un instrumento constitutivo del “proyecto de vida” de las personas y, además, como un instrumento de inclusión para las personas que han sido vulneradas en sus derechos básicos. Asimismo, la Corte IDH considera que la educación de los agentes del Estado en materia de derechos humanos es de suma importancia, a fin de evitar la repetición de violaciones de derechos humanos. Este estudio termina brindando ciertas proyecciones sobre temas pendientes relativos al derecho a la educación que la Corte IDH posiblemente tenga que considerar en próximos casos.

Pasado, presente —¿y futuro?— de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: a propósito del caso *Lagos del Campo vs. Perú*

Juan Jesús Góngora Maas*

1. INTRODUCCIÓN

No han faltado voces que catalogan a los derechos económicos, sociales y culturales, ahora también ambientales¹ (DESCA o de-

* Abogado por la Universidad Autónoma de Yucatán. Asistente en la Clínica de Derechos Humanos del Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OSIDH) en el IIJ-UNAM. Maestro en Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Universidad Complutense de Madrid.

El presente trabajo es una actualización de Góngora Maas, Juan Jesús, “Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, México, Max Planck Institute-IIIJ-UNAM-Corte IDH-Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-Centro de Estudios de Gobierno y Política, 2016; el artículo fue producto de la estancia de investigación realizada en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público Comparado en Heidelberg, Alemania, pp. 230-253.

¹ En la actualidad existe una tendencia a incluir a los derechos ambientales de manera autónoma, por lo que también es común encontrar la referen-

rechos sociales),² como expectativas, promesas o postulados de buena fe por parte de los Estados. Después de la Segunda Guerra Mundial, y con la aparición de los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales no existía tensión aparente en cuanto a su jerarquización. La primera gran ruptura se dio en 1966, cuando se emitieron en dos instrumentos distintos, agrupaciones de derechos. Por un lado se concibió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y, por otro, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).³

cia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales “DESCA”. Véase al respecto Gutiérrez, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, en Cervantes Alcayde, Magdalena; Emanuelli, María S., Gómez Trejo, Omar y Sandoval Terán, Areli (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, IJ-UNAM-SCJN, 2014, pp. 91-106.

² En la tradición constitucional se habla de los “derechos sociales” y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión de los “derechos económicos, sociales y culturales” e inclusive “derechos ambientales”. Para efectos de este trabajo se emplearán indistintamente estas expresiones, siguiendo a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64, y Aldunte, Eduardo, “De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales”, en *Anuario de Derecho Público*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2014, p. 22.

³ Véase en este sentido Mayorca Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos, económicos, sociales y culturales*, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1990, pp. 39-59; Mejía, Joaquín, “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, ene-jun, 2010, San José, Costa Rica, p. 60, y Martínez Bullé Goyri, Víctor Manuel, “La construcción jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en México”, en Orcí Gándara, Luis y Martínez Bullé Goyri, Víctor Manuel, *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales: hacia una nueva cultura de bienestar*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2007, pp. 27-30.

Muchos entendieron esta separación abrupta como una forma de esquematizar las prioridades de los Estados, concibiendo que, en primer lugar, a los seres humanos se les debería de asegurar su libertad y luego se verían las condiciones en las que esa libertad pudiera desarrollarse plenamente. Como señalara Textier: “en definitiva, [al] adop[tar] dos Pactos, [...] se les otorgó a los derechos económicos, sociales y culturales un estatus mucho menos protector que a los derechos civiles y políticos”.⁴

Para algunos, el análisis de los DESCAs ha sido un tema que quizá no merece una discusión más profunda en el ámbito nacional, ya que en años recientes se han venido instaurando mecanismos para hacer justiciables los derechos de naturaleza social y en donde las discusiones se centran en cómo deben cumplirse las decisiones en materia de derechos sociales.⁵ Contrariamente a lo que ocurre a nivel interno, a nivel internacional las discusiones se habían centrado en cómo se podían hacer justiciables los DESCAs ante los tribunales internacionales. En este sentido, a finales del siglo xx e inicios del siglo XXI, la temática de los derechos sociales y de su justiciabilidad comenzó a cobrar importancia internacional.⁶ En el seno de las Naciones Unidas,

⁴ Textier, Philippe, “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal”, en *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2004, pp. 13-14, y Martín Estébanez, María Amor, “The United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en Henrard, Kristin y Dunbar, Robert, *Synergies in Minority Protection: European and International law perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 213-248.

⁵ Véase al respecto Rodríguez Garativo, César y Rodríguez Franco, Diana, *El juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2015, pp. 39 y ss.

⁶ Cançado Trindade, Antônio Augusto, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo”, en *El derecho internacional en un mundo de transformación, Liber Amicorum: Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchega*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 345-363, y Nikken, Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos, económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 52, jul-dic, 2010, San José, Costa Rica, pp. 55-140.

hechos como las primeras observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde 1989, la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo del PIDESC en 2013 y la resolución del primer asunto del Comité DESC en materia del derecho a la vivienda en 2015,⁷ han sido elementos que en el plano internacional han abonado a que se tomen con seriedad la exigibilidad de los DESCAs por parte de los Estados de manera directa y autónoma, sin recurrir a vías indirectas o de conexidad para declarar posibles violaciones.

Sin embargo, en contraposición, la realidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema Interamericano o SIDH) había sido un poco más desoladora. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana, CADH o Pacto de San José), salvo el artículo 26, no contiene disposiciones que hagan explícitos derechos sociales. Para ello, los Estados consideraron, en 1988, adoptar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”. No obstante, dicho instrumento, en su artículo 19.6, solo permite que los derechos sindicales de asociación (art. 8.1.a) y el derecho a la educación (art. 13) sean exigibles de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano. La anterior anotación hace que el resto de los derechos consagrados en dicho instrumento fueran, de alguna manera, *derechos muertos*,⁸ ya que no se permite alegar posibles violaciones de manera directa mediante el Protocolo de San Salvador. Hasta 2017,

⁷ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comunicación 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 17 de junio de 2015.

⁸ Al respecto Joaquín Rivera siguiendo a Guastini distingue desde un punto de vista imperativista entre dos tipos de derechos: los derechos verdaderos y los derechos de papel o ficticios. Los primeros serían aquellos que: 1. son susceptibles de tutela jurisdiccional; 2. que pueden ser ejercitados frente a un sujeto determinado, y, 3. cuyo contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, del mismo modo que lo es el sujeto que es su titular. Los segundos serían aquellos derechos que no cumplen con estas tres condiciones. Cfr. Mejía, Joaquín, “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, ene-jun, 2010, San José de Costa Rica, pp. 64-74.

una de las grandes discusiones en el Sistema Interamericano era cómo sería posible hacer justiciables los DESC, que no fueron contemplados para ser exigidos de manera directa,⁹ mediante el artículo 26.

Bajo este panorama, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ (Comisión Interamericana o CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana, Tribunal Interamericano o Corte IDH), han jugado un rol determinante en esta nueva temática en el Sistema Interamericano.¹¹ En el caso de la CIDH, su jurisprudencia sobre derechos sociales,¹² sus informes temáticos en materia de DESC¹³ y la

⁹ Me refiero al derecho a la salud, al medioambiente sano, a la alimentación y cultura.

¹⁰ Aguilar Cavallo, Gonzalo, “¿Cuál es la doctrina de la CIDH en materia de derechos económicos, sociales y culturales?”, en Llanos Mardones, Hugo Ignacio y Picand Albónico, Eduardo, *Estudios de derecho internacional. Libro en homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla*, Chile, Thomson Reuters-Abeledo Perrot, 2012, t. I.

¹¹ Tara Melish ha expresado que el Sistema Interamericano solo ha explorado dos formas de justiciabilidad: el enfoque indirecto de utilización de las normas procesales para proteger los DESC y el enfoque indirecto de integración de los DESC a los DCP protegidos por la Convención Americana. Sin embargo quedan por explorar el enfoque basado en la invocación del art. 26, invocando los derechos protegidos por la Carta de la OEA con ayuda del Protocolo de San Salvador y el enfoque de violaciones complejas. Véase Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Quito, Centro de Derechos Económicos y Sociales y Orville H. Shell, Jr.-Center for International Human Rights Yale Law School, 2013, pp. 215-404.

¹² Véase al respecto CIDH, Luis Rolando Cuscul Piraval y otras personas afectadas por el VIH/SIDA, Guatemala, 7 de marzo de 2005, informe 32/05, petición 642-03, Admisibilidad; CIDH, Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación VIASA), Venezuela, informe 70/04, petición 667/01, Admisibilidad, 13 de octubre de 2004, y Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú, informe de admisibilidad y fondo 38/09, caso 12.670, 27 de marzo de 2009.

¹³ Por ejemplo, véanse los siguientes informes temáticos: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (2011); Lineamientos para

creación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), así como la designación de Soledad García Muñoz como primera relatora especial, hicieron que los derechos sociales en el Sistema Interamericano formaran parte apremiante de la agenda de derechos humanos.¹⁴

Por su parte, la Corte Interamericana, a partir del año 2012 —con el caso *Suarez Peralta vs. Ecuador*— revitalizó la discusión sobre la justiciabilidad directa, mediante el artículo 26 de la CADH, de los derechos que no fueron contemplados a tal efecto por el Protocolo de San Salvador.¹⁵ En este sentido, 2016 fue clave para los derechos sociales, pues la discusión sobre la justiciabilidad directa estuvo presente en los casos *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *Yarce y otras vs. Colombia* y el caso *I.V. vs. Bolivia*.¹⁶ Así, las álgidas discusiones generadas crearon un campo fértil para que la Corte Interamericana, en 2017, declarara por primera vez (vía art. 26) la violación directa del derecho al trabajo como derecho autónomo en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*.

la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales (2008) y El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2007).

¹⁴ Véanse La CIDH decide crear Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/034.asp> y CIDH selecciona a Soledad García Muñoz como Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/090.asp>

¹⁵ Con anterioridad al 2012 la discusión se había presentado con menor intensidad en los casos *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003), el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (2009) y el caso *Furlán y familiares vs. Argentina* (2012).

¹⁶ Cfr. particularmente los votos del juez Eduardo Ferrer en los casos: *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312; *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318; *Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325; *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

Si bien se han dado avances en materia de derechos sociales en nuestro sistema de protección de derechos humanos, resultaría un ejercicio adecuado —y pertinente— que visualicemos, en primer lugar, cuáles son nuestras ventajas y desventajas respecto de otros sistemas de derechos humanos para hacer justiciables derechos económicos, sociales y culturales, a fin de poder, al menos, vislumbrar los alcances de los derechos sociales que se pueden derivar de las normas contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA). Hoy en día, la protección de los DESCAs figura de modo destacado en la actual agenda internacional de los derechos humanos, en el sentido de tratar de asegurarles una protección más eficaz. No es coincidencia que el tema cobre relevancia en estos últimos años, pues todo ello concuerda con el estado actual de deterioro de las condiciones de vida de vastos segmentos de la población en numerosos países de Latinoamérica¹⁷ y las grandes brechas de desigualdad entre los pocos que acumulan grandes cantidades de riqueza en contraposición con las mayorías que tienen escasos recursos.¹⁸

2. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN LOS SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS

2.1. Sistema Europeo: la sinergia de instrumentos

2.1.1. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*

Antes de abordar la sinergia de instrumentos que se han presentado en el seno del Consejo de Europa, entre el Convenio Eu-

¹⁷ Cançado Trindade, Augusto Antonio, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UBA, Argentina, 1998, p. 53.

¹⁸ El 25 de septiembre de 2015, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de objetivos globales para erradicar la pobreza y asegurar la prosperidad de todos como parte de la nueva agenda del desarrollo en los próximos 15 años (2030). Entre los objetivos destaca el poner fin a la pobreza (objetivo 1). La mayoría de estos objetivos, claramente se encuentran en el plano de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

ropeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo o CEDH) y la Carta Social Europea (Carta Social o CSE), es necesario detenernos en las formas indirectas de justiciabilidad que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo o TEDH) ha ido desarrollando en su jurisprudencia. Cabe precisar que el Sistema Europeo de Derechos Humanos (Sistema Europeo o SEDH) se ha tenido que ceñir a los métodos indirectos de justiciabilidad pues, a diferencia del SIDH, este sistema de protección no cuenta con una disposición de tal magnitud como lo es artículo 26 del Pacto de San José, que ahora se erige como una disposición que permite hacer justiciables de manera directa derechos sociales.

El hecho de que el CEDH no tenga una disposición que permita o posibilite al TEDH una justiciabilidad directa de los derechos sociales no ha sido impedimento para enmarcar derechos que no están expresamente consagrados en el Convenio Europeo; es aquí donde la sinergia de instrumentos regionales de protección de derechos humanos juega un papel trascendental.

Por mucho tiempo se pensó que el CEDH no protegía derechos sociales.¹⁹ Esta afirmación es parcialmente cierta, pues si bien no se protegen como tal algunos derechos sociales —con excepción del derecho a la educación contenido en el Protocolo 1 al CEDH, no es menos cierto que el TEDH—, mediante las vías indirectas de justiciabilidad como la indivisibilidad, el principio de no discriminación y la conexión con derechos civiles y políticos— sí ha protegido derechos sociales.

De este modo, en la jurisprudencia europea pueden identificarse dos tipos de derechos de naturaleza social: a) los que se encuentran previstos de manera implícita en algunas disposiciones del CEDH y b) los que no aparecen en el Convenio pero que han sido derivados de otros derechos del CEDH. En el primer grupo de derechos tenemos el derecho a la educación (art. 2 del Pro-

¹⁹ Cfr. Warbick, Colin, “Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights”, en Baderin, Mashood y McCorquodale, Robert (eds.), *Economics, Social and Cultural Rights in Action*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 241.

toloco 1),²⁰ la libertad sindical (art. 11)²¹ y la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado (art. 4);²² en el segundo grupo, el TEDH ha derivado de otras disposiciones del Convenio derechos como la seguridad social,²³ la protección al medioambiente,²⁴ el derecho a la vivienda²⁵ y el derecho a la salud.²⁶

²⁰ Art. 2 del Protocolo Adicional 1: A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

²¹ Art. 11.1: Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de aliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

²² Art. 4: 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre, y 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

²³ Cfr. *Caso Stec vs. Reino Unido*. Sentencia de 12 de abril del 2006, application 65731/01 65900/01; *Caso Wessels-Bergervoet vs. Holanda*. Sentencia de 12 de noviembre de 2002, application 34462/97, y *Caso Andrejeva vs. Letonia*. Sentencia de 18 de febrero de 2009, application 55707/00.

²⁴ *Caso Powell and Rayner*. Sentencia de 21 de febrero de 1990, application 9310/81, y *Caso Hatton y otros vs. Reino Unido*. Sentencia de 2 de octubre de 2001, application 36022/97. Cfr. *Caso Öneriyildiz vs. Turquía*. Sentencia de 18 de junio de 2002, application 48939/99.

²⁵ Cfr. *Caso Dulas vs. Turquía*. Sentencia de 30 de enero de 2001, application 25801/94, y *Caso Nuri Kurt vs. Turquía*. Sentencia de 29 de noviembre de 2005, application 37038/97. Cfr. *Caso Connors vs. Reino Unido*. Sentencia de 27 de mayo de 2004, application 66746/01; *Caso Stankova vs. Eslovaquia*. Sentencia de 9 de octubre de 2007, application 7205/02; *Caso Cosic vs. Croacia*. Sentencia de 15 de enero de 2009, application 28261/06, y *Caso Larkos vs. Chipre*. Sentencia de 18 de febrero de 1999, application 29515/95. Cfr. *Caso Olaru y otros vs. Moldavia*. Sentencia de 28 de julio de 2009, application 476/07 22539/05 17911/08 13136/07. Cfr. *Caso James y otros vs. Reino Unido*. Sentencia de 21 de febrero de 1986, application 8793/79 y *Caso Mellacher y otros vs. Austria*. Sentencia de 19 de diciembre de 1989, application 10522/83 11011/84 11070/84.

²⁶ *Caso Cha'are Shalom Ve Tsedek vs. Francia*. Sentencia de 27 de junio de 2000, application 27417/95; *Caso Calvelli y Ciglio vs. Italia*. Sentencia de 17 de enero de 2002, application 32967/96, y *Caso Codarcea vs. Rumanía*, application 31675/04, Sentencia de 2 de junio de 2009; *Caso Tarariyeva vs. Rusia*. Sentencia de 14 de diciembre de 2006, application 4353/03 y *Caso Brânduse vs. Rumanía*. Sentencia de 7 de abril de 2009, application 6586/03.

2.1.2. La Carta Social Europea

Con posterioridad a la adopción del CEDH en 1951, el Consejo de Europa hizo palpable la preocupación sobre la poca existencia de derechos sociales dentro del SEDH; así, se adoptó la Carta Social Europea de 1961, que en su preámbulo expresa que

*consientes de que los Estados miembros del Consejo de Europa convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos civiles y políticos y las libertades especificados en [el CEDH y sus protocolos]; considerando que el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social; resultados a desplegar en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones, tanto rurales como urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas.*²⁷

La Carta Social Europea contiene el catálogo de derechos de naturaleza social dentro del Consejo de Europa; entre los derechos que protege encontramos: al trabajo (art. 1), a condiciones de trabajo equitativas (art. 2), seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), remuneración equitativa (art. 4), derechos sindicales (art. 5), negociación colectiva (art. 6), protección de la maternidad (art. 8), protección de la salud (art. 11), seguridad social (art. 12), asistencia social y médica (art. 13), beneficios de los servicios sociales (art. 14), igualdad de oportunidades en materia de empleo sin discriminación (art. 20), protección en caso de despido (art. 24) y el derecho a la vivienda (art. 31).

Bajo el mandato de la Carta Social Europea, se instituyó el Comité Europeo de Derechos Sociales²⁸ (Comité Europeo), órgano equivalente al Tribunal Europeo, pero que aplica la Carta Social Europea. La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales se ha enfocado a la protección de los derechos de la infancia, personas con discapacidad, personas extranjeras y las

²⁷ Carta Social Europea de 1961 (revisada en 1996), preámbulo.

²⁸ Con anterioridad se le denominaba “Comité de Expertos Independientes”, cambió su denominación a partir de 1998.

personas de la etnia gitana, derechos laborales como la seguridad e higiene en el trabajo.²⁹

Un dato sobresaliente es, por ejemplo, la práctica del Comité Europeo de Derechos Sociales al proteger derechos sociales que no se encuentran enumerados en la Carta Social Europea, como es el caso del medioambiente, que fue protegido mediante el derecho a la salud; es decir, el Comité protege derechos sociales mediante otros derechos sociales.³⁰

2.1.3. La sinergia entre el Convenio Europeo y la Carta Social Europea

A primera vista podríamos pensar que ambos instrumentos, con sus respectivos órganos de interpretación, mantienen solo su competencia de aplicación de las disposiciones en lo relativo a lo que su mandato les ordena aplicar. Sin embargo, Luis Jimena Quesada observa que un fenómeno interesante que se

²⁹ Al respecto puede consultarse Jimena Quesada, Luis, “La jurisprudencia europea sobre derechos sociales”, en Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, IJ-UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max Planck Institut, 2011, pp. 290-296; Schutter, Oliver de, “The European Social Charter”, en Krause, Catarina y Scheinin, Martin, *International Protection of Human Rights: A textbook*, 2ª ed., Finlandia, Abo Akademi-University Institute for Human Rights, 2012, pp. 463-480 y Shruballs, Vivien, “The European Social Charter: employment, Union and Strikes”, en Beddard, Ralph y Hill, Dilys, *Economic, Social and Cultural Rights: Progress and Achievement*, Hong Kong, MacMillan, 1992, pp. 153-162, y Khaliq, Urfan y Churchill, Robin, “El Comité Europeo de Derechos Sociales: darle cuerpo al esqueleto de la Carta Social Europea”, en Langford, Malcolm, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre-Derecho y Sociedad, 2013, pp. 617-665.

³⁰ El Comité Europeo de Derechos Sociales ha interpretado que el derecho a la protección de la salud recogido en el art. 11 de la Carta Social Europea incluye el derecho a un medioambiente saludable. Véase demanda 30/2005, *Marangopoulos Foundation for Human Rights vs. Greece*, decisión sobre el fondo, 2006, párr. 195.

ha ido produciendo en materia de derechos sociales dentro del Consejo de Europa es la *sinergia* que ambos organismos hacen, tanto del Tribunal Europeo hacia la Carta Social como del Comité Europeo al Convenio Europeo.³¹ Esta interacción de instrumentos dentro del propio Consejo Europeo ha sido de vital importancia al momento de precisar el contenido de determinados derechos que, por ejemplo, el CEDH no contempla en su redacción.

El Tribunal Europeo, desde el caso *Tyrer vs. Reino Unido*, en 1978, consideró que las disposiciones del CEDH eran parte de un instrumento vivo y que la interpretación que acompaña estas disposiciones debe hacerse acorde a las condiciones de vida actual.³² En este sentido, en materia de derechos sociales, la interpretación evolutiva acorde a las condiciones de vida actual y la sinergia de instrumentos dentro del Consejo de Europa destaca en el caso *Demir y Baykara vs. Turquía*.

El caso *Demir y Baykara vs. Turquía* estaba relacionado con la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica del sindicato “Tum Bel Sen” de trabajadores municipales, del cual el señor Baykara era presidente, al mismo tiempo que se desconocía la posibilidad de otorgar el derecho de negociación colectiva. El Estado aseguraba que los derechos de sindicación establecidos en el artículo 11, del CEDH no eran aplicables al caso, pues en realidad, los trabajadores del Estado —incluidos los municipales— eran una de las posibles excepciones que otorgaba el artículo 11 al señalar que se podrán restringir los derechos de sin-

³¹ Al respecto puede verse Malinveri, Giorgio, “The Court of European Human Rights, the Protection of Social Rights, its Relationship with the European Committee of Social Rights” y Jimena Quesada, Luis, “Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: indivisibility of human rights and indivisibility guarantees”, en D’Amico, Marilisa y Guiglia, Giovanni, *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 97-112, 143-158, respectivamente.

³² En este caso el Tribunal Europeo expresó que: “The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions”. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*. Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

dicación en el caso de las fuerzas militares, policiales y de los administradores del Estado; además, señalaron que el artículo 11 del Convenio Europeo no contemplaba el derecho a la negociación colectiva.³³ En este sentido, en sede interna, los tribunales desconocieron la existencia de tal sindicato, indicando que no solamente bastaba con el solo hecho de declaración de voluntad de las partes, sino que también era necesario que se formalizara ante las leyes internas, ley que al momento de los hechos no existía. Por su parte, las víctimas argumentaron que la interpretación que el Estado le estaba dando al artículo 11 era restrictiva y que en el ámbito interno se habían hecho modificaciones constitucionales que garantizaban el derecho de sindicación, que también les eran aplicables a la administración del Estado, incluidos los trabajadores municipales.

El TEDH, en este caso, se enfrentó a un tema muy complejo en el cual se vio en la necesidad de establecer si los funcionarios municipales —aun como parte integrante de la administración del Estado— tenían el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Es de resaltar en este caso cómo el TEDH recurrió a la Carta Social Europea, en donde los artículos 5 y 6, respectivamente, reconocen el derecho de sindicación y negociación colectiva para los funcionarios del Estado.

En esta tesitura, el Estado consideraba que no podía utilizarse la Carta Social para derivar el derecho de sindicación y negociación colectiva para funcionarios, por no ser Turquía parte de dicho instrumento regional de protección de derechos humanos.³⁴ Ante este argumento, el TEDH consideró que no era la primera vez que el Tribunal utilizaba disposiciones de otros instrumentos internacionales para dotar de contenido artículos del CEDH, más allá de la Carta Social Europea. Sobre el tema de la asociación sindical en el presente caso, la Corte Europea recordó que Turquía había ratificado el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, así como el Pacto Internacio-

³³ Cfr. *Caso Demir y Baykara vs. Turquía*. Sentencia de 12 de noviembre de 2008, application 34503/97, párrs. 14-33.

³⁴ *Ibidem*, párrs. 34-53.

nal de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que dicha obligación subsistía aun en la ausencia de no haber ratificado la Carta Social.

Con independencia de ello, cabe destacar la conclusión a la que se arriba en el tema de la sinergia de instrumentos, como lo son el CEDH y la CSE, así:

85. La Corte, al definir el significado de términos y conceptos en el texto de la Convención [Europea], puede y debe tener en cuenta los elementos del derecho internacional que no sean la Convención, la interpretación de tales elementos por los órganos competentes, y la práctica de los Estados de Europa que reflejan sus valores comunes. El consenso de los instrumentos internacionales especializados y de la práctica de los Estados contratantes puede constituir una consideración relevante para la Corte cuando interpreta las disposiciones de la Convención en casos específicos.

86. En este contexto, no es necesario que el Estado demandado haya ratificado todo el catálogo de instrumentos que son aplicables en relación con la materia de que se trate. Será suficiente para la Corte que los instrumentos internacionales pertinentes, denoten una evolución continua en las normas y principios aplicados en el derecho internacional o en el derecho interno de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa y, muestren, en un determinado momento que, existe un elemento común en las sociedades modernas.³⁵

En el tema de que nos ocupa, este razonamiento hecho por el TEDH es de vital importancia desde diferentes ópticas. En primer lugar, Turquía no era parte de la Carta Social Europea en donde sí se encontraba la posibilidad de asociación y negociación colectiva para funcionarios públicos, a diferencia de lo que disponía el Convenio Europeo y sus limitantes sobre sindicalización de funcionarios. Sin embargo, el TEDH invoca las disposiciones de la Carta Social y considera que es de vital importancia tener en cuenta lo dispuesto por este instrumento regional, con independencia de que haya sido ratificado, o no, por el Estado demandado. No obstante, lo cierto es que si bien se invoca lo dispuesto por la CSE, también el Tribunal Europeo toma ciertas precauciones y de una manera, por demás in-

³⁵ *Ibidem*, párrs. 85-86.

geniosa, complementa la configuración del derecho de sindicación argumentando otras tres razones.

En primer lugar, Turquía, para el momento de los hechos, había ratificado el Convenio 87 de la OIT sobre sindicación, por lo que si bien dentro del SEDH —en específico a través del Convenio Europeo— no se encontraba la obligación, sí estaba latente la protección de este derecho en el seno del Sistema Universal, lo cual venía reforzado también por la ratificación del PIDCP y el PIDESC. En segundo lugar, la Corte Europea constató que Turquía, derivado de estos compromisos internacionales, había modificado su Constitución y había protegido este derecho en sede interna. Y finalmente quizá el elemento con mayor peso en este caso fue que el Tribunal Europeo se dio a la tarea de constatar que si bien el artículo 11 establecía una restricción sobre la posibilidad de que ciertos funcionarios públicos se asociaran y formaran sindicatos, la práctica interna de los Estados había modificado esta restricción que se había implantado en 1951 y que la mayoría, en ese momento, reconocía la sindicalización y la negociación colectiva de funcionarios públicos, incluidos los municipales; de esta manera, la Corte Europea identifica esta práctica como “los valores comunes de los Estados miembros del Consejo de Europa”.

No cabe duda de que la forma en la que el Tribunal Europeo ha hecho justiciables los DESCAs dentro de su jurisdicción es de vital importancia, en especial si consideramos que no se contiene una disposición como lo es el artículo 26 en la CADH; si bien la Carta Social Europea constituye un instrumento importante dentro del Consejo de Europa, también se podría contemplar el reconocimiento de derechos sociales mediante protocolos adicionales al Convenio Europeo.³⁶

³⁶ Actualmente se encuentran abierto a firma el Protocolo 15 al Convenio Europeo relativo al margen de apreciación y al principio de subsidiariedad, disponible en https://search.coe.int/_layouts/15/fba/trust.aspx?ReturnUrl=%2fcm%2f_layouts%2f15%2fAuthenticate.aspx%3fSource%3d%252Fcm%252FPages%252Fresult%255Fdetails%252Easpx%253FObjectID%253D09000016805c836b&Source=%2Fcm%2FPages%2Fresult%5Fdetails%2Easpx%3FObjectID%3D09000016805c836b

2.2. Sistema Universal: el Protocolo Facultativo del PIDESC y la justiciabilidad directa de los DESC

Aunque desde sus orígenes los derechos sociales fueron contemplados en el Sistema Universal de Derechos Humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos,³⁷ lo cierto es que plasmar en 1966 en categorías separadas los derechos —en el PIDCP y PIDESC, por el otro— tuvo una gran repercusión en la exigibilidad judicial de los DESC en el ámbito internacional, pues no eran considerados derechos en sí mismos, sino como aspiraciones y metas de buena voluntad de los Estados.

En el marco del Sistema Universal podríamos identificar tres momentos después de adoptado el PIDESC que fueron delineando la justiciabilidad directa de los derechos sociales: *a)* la creación, en 1985, del Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales; *b)* la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, donde se reafirmaron la interdependencia e indivisibilidad de *todos* los derechos humanos, y *c)* la adopción y entrada en vigor del Protocolo Facultativo del PIDESC.

Bajo este marco, el Comité DESC puede también evaluar mediante comunicaciones individuales o colectivas si los Estados han cumplido sus obligaciones del PIDESC en casos concretos. En el primer caso que tuvo la oportunidad de resolver, el Comité DESC estableció como origen de la violación el derecho a la vivienda y no las garantías procesales, como muchos tribunales habían realizado por conexidad. Así, afirmó que:

[La] irregularidad en la notificación podría no implicar una violación al derecho a la vivienda si no tuviera consecuencias significativas sobre el derecho de defensa de la autora sobre el goce efectivo de su vivienda [...]

[...]

³⁷ Por ejemplo, la Declaración Universal contempla como derechos: la seguridad social (art. 22), derecho al trabajo (art. 23), derechos sindicales (art. 23.4), salud, alimentación, vivienda (art. 25.1), derecho a la educación (art. 26) y el derecho a la cultura (art. 27).

Por tanto, el Comité considera que esa notificación inadecuada constituyó en ese momento una violación al derecho de la vivienda, que no fue remediada por el Estado parte ulteriormente, pues a la autora le fueron negadas tanto [en el recurso de reposición como en el amparo constitucional].

[...]

El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], actuando en virtud del artículo 9, párrafo 1 del Protocolo Facultativo [del Pacto], *dictamina que al incumplir su obligación de proveer a la autora con un recurso efectivo, el Estado parte violó sus derechos en virtud del artículo 11 [derecho a la vivienda adecuada], leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1, del Pacto[...].*³⁸

Es de destacar también la importante labor interpretativa del Comité DESC en fechas recientes sobre las disposiciones del PIDESC, pues si bien no había emitido observaciones generales desde 2010, actualmente existen tres nuevas observaciones generales, relativas a la salud sexual y reproductiva, a las condiciones dignas de trabajo y las obligaciones de los Estados bajo el PIDESC en los contextos de actividades empresariales.³⁹

A pesar de que actualmente tenemos un mecanismo que permite la justiciabilidad directa en el Sistema Universal, no es menos cierto que aun dentro del mismo Sistema de las Naciones Unidas hay retos que superar para garantizar y respetar los DESC. En esta línea en 2016 el Centro para los Derechos Económicos y Sociales, en un estudio sobre las recomendaciones emitidas en el Examen Periódico Universal, constató que solo una de cada cinco recomendaciones aprobadas ha versado expresamente sobre esos derechos y, además, que en los dos tercios de las reco-

³⁸ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comunicación 2/2014, 17 de junio de 2015, E/C.12/55/D/2/2014, párrs. 13.4, 13.7 y 15.

³⁹ Comité DESC: El derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12), E/C.12/GC/22, observación general 22, 4 de marzo de 2016; El derecho a condiciones favorables de trabajo (art. 7), E/C.12/GC/23, observación general 23, 26 de abril de 2016, y Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, observación general 24, 10 de agosto de 2017.

mendaciones sobre derechos económicos, sociales y culturales solo se ha aconsejado que se apliquen medidas generales, en lugar de medidas orientadas a obtener resultados específicos.⁴⁰

2.3. Sistema Africano: sobre los derechos sociales expresos y los derechos sociales perdidos

Cuando se habla de justiciabilidad directa de los DESCAs en el derecho internacional de los derechos humanos, un referente obligado es el Sistema Africano de Derechos Humanos.⁴¹ Si bien este sistema es el más joven de todos los existentes, ha sido el que ha abordado a los derechos sociales como derechos justiciables ante instancias supranacionales. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana o Carta de Banjul) de 1981 contempla tanto derechos civiles y políticos como derechos de índole económico, social y cultural,⁴² entre los que encontramos: el derecho al trabajo (art. 15), el derecho a la salud (art. 16), el derecho a la educación (art. 17.1), el derecho a la cultura (art. 17.2 y 17.3), el derecho al uso y goce de sus riquezas y recursos naturales (art. 21), el derecho al desarrollo (art. 22) y el derecho al medioambiente (art. 24), sin jerarquía entre uno u otro y de manera indivisible e interdependiente.

Tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión Africana) como la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte Africana) se han pronun-

⁴⁰ Véase Center for Economic and Social Right, *The Universal Periodic Review: A Skewed Agenda. Trends analysis of the UPR's coverage of economic, social and cultural rights*, Nueva York, junio de 2016.

⁴¹ En el Sistema Africano, la Comisión Africana y la Corte Africana han declarado violaciones autónomas a derechos sociales consagrados en la Carta Africana, o bien, ha desarrollado otros derechos sociales que no se encuentran expresamente reconocidos en la Carta a través de los existentes en dicho instrumento internacional.

⁴² Ssenyonjo, Manisuli, "Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter", en Ssenyonjo, Manisulib (ed.), *The African Regional Human Rights System: 30 years after the African Charter on Human and People's Rights*, International studies in Human Rights-Martinus Nijhoff Publishers, p. 57.

ciado sobre violaciones directas y autónomas en materia de derechos sociales.⁴³ En este sentido, por ejemplo, la Comisión Africana ha expresado que “la singularidad de la situación africana y las cualidades especiales de la Carta Africana impone a la Comisión Africana una tarea importante pues el derecho internacional y los derechos humanos deben ser sensibles a las circunstancias africanas; claramente los derechos colectivos, los derechos ambientales y los derechos económicos y sociales son elementos esenciales de los derechos humanos en África”.⁴⁴

Un rasgo singular interpretativo en la jurisprudencia de la Comisión Africana ha sido el tema de los “derechos sociales perdidos” o “derechos sociales implícitos”; lo anterior es así debido a que si bien la Carta de Banjul consagra derechos sociales, no hace referencia expresa a derechos como la alimentación o la vivienda, derechos que están relacionados con las necesidades socioeconómicas de las personas de África predominantemente rural y empobrecida.⁴⁵ Un caso en el cual la Comisión Africana interpretó más allá de la literalidad de la Carta Africana fue en el caso *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) vs. Nigeria* —mejor conocido como el caso *del Pueblo Ogoni*—. En este caso, los representantes argumentaron que el gobierno de Nigeria había participado directamente en la producción de petróleo a través de una empresa petrolera estatal —Compañía Nacional de Petróleo de Nigeria (NNPC)— y que las operaciones habían causado una degradación ambiental y problemas de salud derivados de la contaminación al medioambiente en el pueblo ogoni.⁴⁶

⁴³ Cfr. Mzikenge Chirwa, Danwood y Chenwi, Lilian, *The protection of economic, social and cultural rights in Africa. International, Regional and National Perspectives*, Cambridge University Press, 2016.

⁴⁴ African Commission on Human and People’s Rights. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, communications 155/96, párr. 68.

⁴⁵ Cfr. Alemahu Yeshanew, Sisay, *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 241.

⁴⁶ African Commission on Human and People’s Rights. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, communications 155/96, párr. 1.

En relación con los *derechos implícitos*, en este caso la Comisión Africana desarrolló el derecho a la vivienda adecuada y el derecho a la alimentación a partir de otros derechos de la Carta Africana. En cuanto a la violación del derecho a una vivienda adecuada se analizó —conjuntamente— la violación de los artículos 14 —derecho a la propiedad—, 16 —derecho al mejor estado de salud físico y mental posible/salud— y 18.1 —protección de la familia—. La Comisión Africana sostuvo en relación con este derecho no expreso en la Carta de Banjul que:

60. Si bien el derecho a la vivienda o al refugio no está explícitamente previsto en la Carta Africana, el corolario de la combinación de las disposiciones que protegen el derecho a disfrutar del mejor estado posible de salud física y mental, el derecho a la propiedad y la protección de la familia prohíbe la destrucción sin sentido del refugio porque cuando la vivienda es destruida, la propiedad, la salud y la vida familiar se ven afectados de manera adversa. Por lo tanto, se observa que el efecto combinado de los artículos 14, 16 y 18.1 en la Carta Africana debe leerse en el sentido que se protege el derecho a la vivienda [...].

61. Como mínimo, el derecho a la vivienda obliga [...] a no destruir la vivienda de sus ciudadanos o de no obstaculizar los esfuerzos de los individuos o comunidades para reconstruir sus hogares perdidos. La obligación del Estado de respetar el derecho a la vivienda requiere —y por lo tanto todos sus órganos y agentes— a que se abstenga de llevar a cabo, propiciar o tolerar cualquier práctica, política o medida legal que viole la integridad de la persona o infringir su libertad de usar los recursos materiales o de otro tipo disponibles, de tal manera que les resulte más adecuado al individuo, la familia, las familias o a las comunidades, para satisfacer el derecho a la vivienda. Las obligaciones de proteger obliga a impedir la violación del derecho de toda persona a una vivienda por cualquier otro actor individual o no estatal, como los propietarios, promotores inmobiliarios y los propietarios de tierras, y donde se producen estas violaciones se debe actuar para evitar o impedir nuevos atropellos así como el garantizar el acceso a recursos legales. El derecho a la vivienda va más allá de un techo pues se extiende al derecho de todo individuo a vivir en paz, ya sea bajo un techo o no.⁴⁷

⁴⁷ *Ibidem*. párrs. 60-61.

En cuanto a la violación del derecho a la alimentación se estudió de manera conjunta la violación de los artículos 4 —derecho a la vida—, 16 —derecho a la salud— y 22 —derecho al desarrollo económico, social y cultural— de la Carta Africana, estimando que:

65. El derecho a la alimentación esta inseparablemente vinculado con la dignidad del ser humano y, por tanto, es esencial para el disfrute y el ejercicio de los demás derechos como la salud, la educación, el trabajo y la participación política. La Carta Africana y el Derecho Internacional requiere [que los Estados] protejan y mejoren las fuentes de alimentos existentes y garanticen el acceso a una alimentación adecuada para todos los ciudadanos. [Requiere, además], que los gobiernos no destruyan ni contaminen las fuentes de alimentos. No se debe permitir que los particulares destruyan o contaminen las fuentes de alimentos, e impidan los esfuerzos de las personas para alimentarse.⁴⁸

Recientemente, en el caso *Ogiek vs. Kenia*, la Corte Africana se pronunció sobre la violación de derechos sociales relacionados con una comunidad indígena. En el caso, el gobierno —a través del Servicio Forestal de Kenia— había emitido un decreto por el cual los miembros de la comunidad debían desalojar la zona del bosque Mau porque era una zona reservada para la captación de agua. Este es el primer caso en el que la Corte Africana declara violaciones a DESCA contenidos en la Carta de Banjul. Particularmente, la Corte Africana hace una diferenciación entre la vida cultural (arts. 17.2 y 17.3) de las comunidades que fueron afectadas y la violación del derecho de religión (art. 8);⁴⁹ lo cual es de fundamental importancia pues, por ejemplo, en el Sistema Interamericano el derecho a la identidad cultural se ha tratado ya sea como parte del artículo 21 —de la propiedad colectiva—⁵⁰ o como parte del artícu-

⁴⁸ *Ibidem*. párr. 65.

⁴⁹ *Cfr.* African Court HPR, *African Commission on Human and People's Rights (Ogiek) vs. Kenya*. Sentencia de 26 de mayo de 2017, application 006/2012, párrs. 160 y 190.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrs. 124, 135, 147, 167 y 203 y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párrs. 212 y ss.

lo 12 —derecho de religión—,⁵¹ pero no como un derecho autónomo que pudiera enmarcarse como parte del derecho a la cultura.⁵² Adicionalmente, también en el caso *Ogiek* se declaró violado el derecho a disfrutar de las riquezas dentro del territorio (art. 21) y el derecho al desarrollo (art. 22).⁵³ No obstante, uno de los temas sobre los que habrá que centrar la atención serán las medidas de reparación que están pendientes de emitirse.⁵⁴

Es de resaltar que en el Sistema Africano, las Comunidades Económicas Regionales (CER) también han tenido una importante participación en materia de derechos sociales. En este sentido, la Economic Community of West of Africa tiene competencia para conocer de violaciones a la Carta de Banjul, cuestión que ya ha sido analizada en materia de protección al medioambiente como derecho humano (art. 24 de la Carta de Banjul)⁵⁵ en un asunto que previamente ya había sido conocido por la Comisión Africana.⁵⁶

El Sistema Africano no ha sido ajeno al tema presupuestal que atraviesan las naciones del Sistema e inclusive ha reconocido los altos índices de pobreza, sin embargo, si bien los países africanos no se encuentran en posibilidad de proveer ciertos servicios, infraestructura y recursos necesarios para salvaguardar algunos

⁵¹ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250, párrs. 153-165. En este caso también se relaciona con el art. 5 de la CADH.

⁵² En el Sistema Interamericano podría tutelarse la identidad cultural como parte del derecho a la cultura mediante el art. 26 de la Convención Americana.

⁵³ *Cfr.* African Court HPR, *African Commission on Human and People's Rights (Ogiek) vs. Kenya*, application 006/2012. Sentencia de 26 de mayo de 2017, párrs. 201 y 211.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 223.

⁵⁵ ECOWAS Court, *SERAP vs. Nigeria*. Sentencia ECW/CCJ/JUD/18/12, 14 de diciembre de 2012, disponible en http://www.courtecowas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/SERAP_V_FEDERAL_REPUBLIC_OF_NIGERIA.pdf

⁵⁶ African Commission on Human and People's Rights, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, communications 155/96.

derechos sociales de manera general, ello no impide a los Estados tomar medidas concretas.⁵⁷

3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,
CULTURALES Y AMBIENTALES EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA: EL ANTES Y DESPUÉS
DEL CASO *LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ*

La estructura de la Convención Americana, que fue aprobada en 1969, solo en su artículo 26 —desarrollo progresivo— contiene disposición que hace alusión a los DESC, al disponer que:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.⁵⁸

Si bien en 1988 se aprobó el Protocolo de San Salvador, y pese a contener un catálogo mucho más amplio y detallado de derechos sociales, dispone en su artículo 19.6⁵⁹ que solo los derechos relacionados con la asociación sindical (art. 8.1.a) y el derecho a la educación (art. 13) pueden ser exigidos de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano, excluyendo

⁵⁷ Cfr. *Ibidem.* 84.

⁵⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26 (22 de noviembre de 1969).

⁵⁹ Al respecto el art. 19 establece que: [...] 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los arts. 44-51 y 61-69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

a los demás derechos.⁶⁰ Es de resaltar que hasta 2016 el derecho a la educación, por así disponerlo el artículo 19.6, había sido justificable en el caso *Gonzales Lluy*.⁶¹

3.1. Los DESCAs antes del caso *Lagos del Campo vs. Perú*

Bajo este panorama, podemos constatar que la discusión de los DESC no ha sido ajena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a lo largo de su existencia. Así, la primera ocasión que este tema ocupó la preocupación de un juez en el Sistema Interamericano fue en 1984, en el voto concurrente del juez Rodolfo Piza Escalante en la opinión consultiva 4 sobre la *Propuesta a la modificación de la Constitución de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. El exjuez Rodolfo Piza consideraba en su voto que todos los derechos humanos son *exigibles, progresivos y expansivos*, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, *la necesidad de considerar en cada caso, no solo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento*, convertido en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; *el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales*.⁶² Para el exjuez, lo que verdadera-

⁶⁰ Puede verse una cronología de la adopción de este instrumentos en Labardini, Rodrigo, “El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 22, núm. 22, México, 1998, pp. 189-276, y Pinto, Mónica, “Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 56, jul-dic, San José, Costa Rica, 2012, p. 160.

⁶¹ *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 88.

⁶² Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84, 19 de

mente importa es distinguir, con un criterio técnico-jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, “*exigibles directamente por sí mismos*”, y derechos de carácter progresivo que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, “*exigibles indirectamente*”, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación, por otro.⁶³

Aunado a lo anterior, desde 1986 la propia Corte Interamericana reconocía la justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano, en los siguientes términos:

11. El límite entre los [DESC] que pueden llegar a ser objeto de una protección internacional de tipo regional en la que es posible la intervención de la Corte Interamericana y los restantes, que no pueden tener hoy un régimen de protección de tipo jurisdiccional que se integre a la competencia contenciosa de la Corte, no es un límite invariable y fijo, resultado de una condición ontológica, sino que, en gran parte deriva de circunstancias históricas vinculadas al desarrollo y la evolución del derecho.⁶⁴

Es decir, lo que el Tribunal Interamericano dejó sentado es que si bien en 1986 los límites a la justiciabilidad de los DESC no se podían materializar de manera concreta para todos los derechos que se encontrarían en el Protocolo de San Salvador, ello no implicaba que las circunstancias históricas en ese momento fueran absolutas y que no pudieran evolucionar conforme a las nuevas realidades sociales y jurídicas.

Tuvieron que pasar aproximadamente catorce años para que en el año 2000, en el caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y*

enero de 1984. Serie A, núm. 4, párr. 3, voto concurrente del juez Rodolfo Piza Escalante.

⁶³ *Ibidem*, párr. 6, voto concurrente del juez Rodolfo Piza Escalante.

⁶⁴ Corte IDH, Informe anual 1988, 29 de agosto de 1986, p. 4; en el mismo sentido opinión de la Corte Interamericana sobre el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 3, ene-jun, 1986, IIDH, San José, Costa Rica, pp. 117-118.

otros) vs. *Guatemala*, los exjueces Antônio Cançado Trindade y A. Abreu Burelli expresaran que en este caso

el derecho a la vida⁶⁵ se [conceptualizaba dentro del] dominio de los derechos civiles y políticos, así como en el de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, pues precisamente en el caso de los *Niños de la Calle*, se puso de manifiesto que seguir concibiendo ciertos derechos desde un punto de vista de obligaciones negativas (obligaciones de no hacer) constituía un error debido a que no solo estas pueden ser exigidas a un Estado, sino también las obligaciones de carácter positivo, es decir, las acciones de hacer, relacionadas de manera directa con la vida digna, y a lo que al mismo tiempo ha denominado proyecto de vida de las personas pues se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino.⁶⁶

⁶⁵ “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 144.

⁶⁶ *Ibidem*, voto concurrente de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli párr. 2. En casos posteriores diversos integrantes de la Corte Interamericana siguieron expresando su punto de vista sobre la temática de los DESC en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Véanse, por ejemplo, el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del juez *ad hoc* Ramón Fogel, párrs. 23 y 30; en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, y el voto del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 7; en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* de 1 de julio de 2009, párrs. 15-21.

En 2003, en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, frente a las alegaciones de la Comisión y de las víctimas se argumentó que el Estado había violado el artículo 26 de la CADH al dictar un decreto, el cual constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme a un decreto anterior, de manera que se impuso un tope sustancialmente inferior al monto de la pensión nivelable que percibían las presuntas víctimas. Frente a esto, la Corte Interamericana, emitiendo un criterio altamente criticado,⁶⁷ expresó que

los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. [Así, expresó que el] desarrollo progresivo, sobre el cual ya se [había] pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los 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.⁶⁸

Seis años después, bajo la misma temática de pensiones, en el caso *Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*, el Tribunal Interamericano consideró pertinente recordar la *interdependencia* existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que debían ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.⁶⁹ Añadió, además, que el

⁶⁷ Christian Courtis, *El mundo prometido. Escrito sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 203-230, y Mejía, Joaquín, “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, ene-jun, 2010, San José de Costa Rica, pp. 64-74.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párr. 147.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Tribunal observaba que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales

no podrá lograrse en un breve periodo 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. En el marco de dicha 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.⁷⁰

Finalmente, consideró que también se desprendía un deber —si bien condicionado— de *no regresividad*,⁷¹ que no siempre

Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 101. La Corte Interamericana expresó que era pertinente recordar lo que el Tribunal Europeo había expresado en el caso *Airey vs. Reino Unido*: “El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio”.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*, párr. 102.

⁷¹ Desde el punto de vista conceptual esta obligación constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente las constituciones 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 población. *Cfr.* Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (coord.), *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*,

deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.⁷² Pese a hacer estas interpretaciones amplias sobre el contenido del artículo 26 en este caso, la Corte Interamericana consideró que los derechos afectados eran los relacionados con los recursos judiciales efectivos (art. 25) y el derecho a la propiedad (art. 21), por lo que no encontraba elementos para declarar adicionalmente la violación del artículo 26.

Tras una serie de casos, en donde se alegó la violación del artículo 26,⁷³ el Tribunal Interamericano no hizo pronunciamiento alguno sobre las dimensiones que podría tener la obligación de progresividad contenida en la Convención Americana. En 2013, en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, pese a que ni la Comisión Interamericana ni los representantes de la víctima habían alegado la posible violación del artículo 26, en su análisis sobre la violación del artículo 5.1, la Corte consideró pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, y que deben ser exigibles en todos los casos ante las autoridades,⁷⁴ por lo que a efecto de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones.⁷⁵ Sin embargo, la Corte Interamericana solo circunscribió las violaciones del derecho a la salud de la víctima dentro del derecho a la integridad personal.

Buenos Aires, CEDAL-CELS, Editores del Puerto, 2006, p. 17.

⁷² Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*, párr. 103. Véase para una documentación más amplia: Curtis, Christian (coord.), “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, ...*cit.*

⁷³ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 137-139. Con posterioridad al caso *Suárez Peralta: Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*, párr. 159.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 131.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, párr. 132.

En 2015, los casos *Canales Huapaya y otros vs. Perú y Gonzales Lly vs. Ecuador* pusieron de nueva cuenta el tema de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el primero de ellos relacionado con la misma línea jurisprudencial de los casos *Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía*. Por otro lado, el caso de Talía Gonzales, una niña que a los tres años de edad había sido infectada con VIH a causa de una transfusión sanguínea en la Cruz Roja (banco de sangre privado), fue un caso muy emblemático para el Sistema Interamericano, pues se esperaba que, por primera vez, un derecho —el derecho a la salud— que no se encuentra contemplado en el artículo 19.6 como un derecho social justiciable de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano, fuera declarado violado a través del artículo 26 de la CADH. En estos dos últimos casos, y aunado a algunos precedentes,⁷⁶ los integrantes de la Corte Interamericana vertieron argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana, lo cual ha hecho que esta discusión tome nuevas dimensiones y, quizá, sea la antesala de la declaración de la violación del artículo 26 para aquellos derechos que no han sido contemplados como justiciables directamente en el Protocolo de San Salvador.

Finalmente, en 2016, en una serie de casos⁷⁷ se presentó al Tribunal Interamericano nuevamente el debate de la posible justiciabilidad de los DESC mediante el artículo 26 de la Convención Americana que, en 2017, desembocaría en declarar la violación de manera autónoma al citado artículo.⁷⁸

⁷⁶ Corte IDH. Caso *Furlán y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, voto de la jueza Margarette Macaulay.

⁷⁷ Corte IDH. Caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312; Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *supra*; Caso *Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325; Caso *I.V. vs. Bolivia*, *supra*.

⁷⁸ En estas decisiones recientes, diversas posturas se manifestaron en la Corte Interamericana sobre la posibilidad de hacer justiciables o no los derechos de carácter social contenidos en el Protocolo de San Salvador, lo que para muchos, más que contribuir a su justiciabilidad, implica nuevos problemas interpretativos. El término “problema” no es, quizá, el concepto

3.2. Un paso adelante: del caso *Lagos del Campo vs. Perú*

La Corte IDH se ha caracterizado en su jurisprudencia por ir adaptándose a los reclamos que se van suscitando dentro de los

adecuado para reflejar lo que sucede en el Sistema Interamericano sobre las imposibilidades para hacer justiciables los derechos sociales; sin embargo, lo cierto es que en el caso del máximo tribunal de nuestra región, este muestra cierta reticencia de entrar al fondo de la temática. Rodolfo Arango ha identificado que la realidad de los derechos sociales en América Latina responden, al menos, a tres deficiencias que llevan implícitas barreras u obstáculos: a) conceptuales; b) ideológicas, y c) presupuestales. En el caso del Sistema Interamericano, son las barreras conceptuales e ideológicas las que en el seno de la Corte Interamericana han tenido mayor arraigo, que se han traducido en seis principales líneas argumentativas: i) el alcance del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ii) el establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un Protocolo Adicional a la Convención Americana; iii) la incompatibilidad entre la restricción del art. 19.6 del Protocolo de San Salvador y el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; iv) los métodos de interpretación vs. interpretación evolutiva; v) la imposibilidad de la aplicación del principio pro persona, y vi) la imposibilidad de utilizar el derecho comparado. Rodolfo Arango identifica que las barreras ideológicas tienen que ver con la persistencia de la ideología liberal de los derechos humanos. Siendo necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales que debe ser reemplazada por una social de derechos construida a partir de una reflexión crítica del discurso de los derechos. A partir de una concepción integrada de los derechos es posible superar el unilateralismo en la defensa de los derechos y el favoritismo hacia los derechos civiles y políticos (DCP) en desmedro de los derechos sociales. La anotada necesidad de superación de la teoría liberal se fundamenta, entre otras cosas, en *el endeble fundamento filosófico de la distinción entre los DCP y los DESC*. Arango, Rodolfo, *Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas del futuro*, Derechos Humanos y Democracia, pp. 7 y 9. disponible en <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Los-derechos-sociales-en-Iberoamérica.pdf> Sobre los debates véase Góngora, Juan Jesús, “Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, México, IJ-UNAM-Max Planck Institute-CIDH-Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-Centro de Estudios de Gobierno y Política, 2016, pp. 230-253.

Estados que son parte del Sistema Interamericano y que reconocen su competencia contenciosa. El paso dado en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*⁷⁹ es fundamental para entender la dinámicas sociales a nivel interno, pues ahora permiten que los derechos sociales que no fueron contemplados como justiciables por el Protocolo de San Salvador tengan una vía por la cual se pueda evaluar si el Estado ha incumplido sus obligaciones generales de respeto, garantía, no discriminación, adecuación de derecho interno o progresividad, —y por su puesto, la no regresividad—. ⁸⁰

En la sentencia, la Corte IDH declara la violación al artículo 26 en temas relacionados con el ámbito laboral en dos vertientes: *a)* en lo relativo a la estabilidad laboral y *b)* en lo concerniente a la asociación de trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses. Temas que comentaremos a continuación.

Sobre la primera vertiente —la violación de la estabilidad laboral—, la Corte IDH reconoció en la sentencia “[...] la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, [pues deben ser] entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.⁸¹ Para el caso en concreto —los derechos laborales— la Corte IDH usó cuatro elementos para arribar a la conclusión de que se podían proteger mediante el artículo 26 de la CADH.

⁷⁹ El caso se relacionaba con el despido del señor Alfredo Lagos del Campo el 26 de junio de 1989, como consecuencia de manifestaciones realizadas siendo presidente del Comité Electoral de la comunidad industrial de la empresa Ceper-Pirelli.

⁸⁰ La Corte IDH señaló en el caso *Acevedo Buendía* que: “100. Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado «Derechos Económicos, Sociales y Culturales», se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado «Deberes de los Estados y Derechos Protegidos» y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado «Enumeración de Deberes»), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado «Derechos Civiles y Políticos»)”.

⁸¹ Corte IDH. Caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340, párr. 141.

En primer lugar, el Tribunal observó el mandato plasmado en el artículo 26 y que se refiere a “derivar derechos de normas contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos”. En la sentencia, la Corte IDH constató que

[...] los artículos 45.b y c,⁸² 46⁸³ y 34.g⁸⁴ de la Carta establecen que [e]l trabajo es un derecho y un deber social y que ese debe prestarse con «salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos». Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a «asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses». Además, indican que los Estados deben «armonizar la legislación social» para la protección de tales derechos.⁸⁵

⁸² Art. 45 de la Carta de la OEA: “Los Estados miembros, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, conviene en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva [...]”.

⁸³ Art. 46 de la Carta de la OEA: “Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y conviene en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad”.

⁸⁴ Art. 34.g de la Carta de la OEA: “Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, conviene asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 143.

En segundo lugar consideró pertinente recurrir a lo que ya años antes había establecido la Corte en la opinión consultiva 10, señalando que “[...] 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, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”;⁸⁶ por tanto, en la sentencia la Corte IDH expresó que el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”.⁸⁷

En tercer lugar,⁸⁸ el Tribunal constató que a nivel internacional y nacional se reconoce el derecho al trabajo como derecho autónomo; este *corpus iuris* internacional está conformado por: a) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;⁸⁹ b) la Declaración Universal de Derechos Humanos;⁹⁰

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 144 y *Cfr.* Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989. Serie A, núm. 10, párrs. 43 y 45.

⁸⁸ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 145.

⁸⁹ Art. 6.1: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho [...]”.

⁹⁰ Art. 23: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social [...]”.

c) la Carta Social de las Américas;⁹¹ d) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;⁹² e) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;⁹³ f) la Convención sobre los Derechos del Niño;⁹⁴

⁹¹ Art. 8: “La promoción del trabajo decente, la reducción del desempleo y del subempleo y la atención a los desafíos del trabajo informal son elementos esenciales para alcanzar el desarrollo económico con equidad. El respeto de los derechos de los trabajadores, la igualdad de oportunidades en el empleo y la mejora de las condiciones de trabajo son elementos esenciales para lograr la prosperidad. La cooperación y el diálogo social entre representantes de los gobiernos, los trabajadores, empleadores y otras partes interesadas promueven una buena gestión y una economía estable”.

⁹² Art. 6: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos [...]”. Art. 7 titulado: “Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo que refiere “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: c. [...] trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional [...]”.

⁹³ Art. 11.1: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos [...]”.

⁹⁴ Art. 32.2: “Los Estados partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.

g) la Carta Social Europea,⁹⁵ y h) la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.⁹⁶ En lo tocante al ámbito nacional señaló que

[e]ntre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho al trabajo, se encuentran: Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 46 y 48), Brasil (art. 6), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Chile (art. 19), Ecuador (art. 33), El Salvador (arts. 37 y 38), Guatemala (art. 101), Haití (art. 35), Honduras (arts. 127 y 129), México (art. 123), Nicaragua (arts. 57 y 80), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), Perú (art. 2), República Dominicana (art. 62), Surinam (art. 4), y Uruguay (art.36), y [sic] Venezuela (art. 87).⁹⁷

Finalmente, la Corte IDH observó que “tanto la Constitución política de 1979 como la de 1993 de Perú, y la ley laboral al momento de los hechos, reconocían explícitamente el derecho a la estabilidad laboral”.⁹⁸

Estos cuatro elementos los trae a colación por el artículo 29 de la CADH —normas de interpretación— y aplica los incisos *b*, *c* y *d* para interpretar los alcances del artículo 26. Una vez que fundamenta las razones por las cuales el derecho al trabajo se encuentra efectivamente contenido en el artículo 26 de la CADH, el Tribunal Interamericano procede a interpretar los alcances de la estabilidad laboral conforme a la observación general 18 del Comité DESC y la recomendación 143 de la OIT.⁹⁹

⁹⁵ Art. 1: Derecho al trabajo. “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo. 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas”.

⁹⁶ Art. 15: “Todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo”.

⁹⁷ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, nota al pie 199.

⁹⁸ *Ibidem*, párr. 138.

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 148.

En la sentencia, por primera vez, la Corte IDH permea obligaciones encaminadas a proteger un derecho social —y ya no enfocar las obligaciones bajo una óptica de derechos civiles y políticos— y considera que en principio, en materia laboral, en las relaciones entre particulares, los Estados deben:

149. [...]: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

En el caso se concluyó que efectivamente se había violado el derecho a la estabilidad laboral del señor Lagos del Campo, debido a que la víctima había impugnado la decisión de su despido “ante los órganos competentes, la cual fue avalada en segunda instancia, al considerar que el despido se habría dado bajo causa justificada. Dicha decisión fue recurrida ante diversas instancias internas sin haber encontrado tutela, particularmente, respecto de su derecho a la estabilidad laboral, al alegarse causas injustificadas o carentes de motivos para el despido y afectaciones al debido proceso. Es decir, frente al despido arbitrario por parte de la empresa, [...] el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros”.¹⁰⁰ Sin embargo, la Corte IDH precisó que

la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice este bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas,

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 151.

quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.¹⁰¹

La Corte IDH finaliza este primer análisis de violación en relación con el artículo 26 externando que:

154. Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados [...]. Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.

Cabe precisar que lo que se hace en el caso no es crear una especie de test —cuando se reúnan los cuatro elementos que toma en cuenta la Corte IDH— para determinar si procedería la justiciabilidad de los derechos sociales mediante el artículo 26; pues ello resultaría inapropiado debido a que existen derechos sociales que se pueden encontrar en la Constitución nacional pero no en los instrumentos internacionales —como el caso del derecho al medioambiente o al agua— o bien, de manera inversa, que el derecho se encuentre en un instrumento internacional del cual el Estado sea parte —como el PIDESC— pero que no se encuentre en la Constitución nacional. Por ello, no será necesario que se cumplan estos cuatro elementos que se presentaron en este caso y tendrá que evaluarse caso por caso la justiciabilidad de los otros derechos sociales y ver en qué normas se puede fundamentar su derivación mediante el artículo 26 de la CADH.

En cuanto a la segunda vertiente —la asociación de los trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses—, la Corte IDH no es tan detallada como lo hace en lo relativo a la estabilidad laboral y se pronuncia en el sentido de establecer que

¹⁰¹ *Ibidem*, párr. 150.

“esta Corte encuentra que el ámbito de protección del derecho de libertad de asociación en materia laboral no solo se encuentra subsumido a la protección de los sindicatos, sus miembros y sus representantes”,¹⁰² por lo que “la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores”.¹⁰³

Aun cuando el Tribunal Interamericano no hizo el mismo ejercicio de derivación en lo relativo a esta faceta del derecho al trabajo, fue adecuada la inclusión y análisis bajo la óptica del artículo 26, pues cuando el artículo 16 de la CADH —derecho de asociación— contempla la “asociación laboral”, en el caso en concreto esta asociación tenía un fin específico: la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores; es decir, pueden existir situaciones en las cuales también haya violaciones a la asociación laboral,¹⁰⁴ pero donde el fin de esa asociación no sea la de promover y proteger los intereses de los trabajadores. En el primer supuesto se protegería únicamente por el artículo 16, mientras que en el segundo supuesto —cuando se tenga como finalidad la protección de los derechos e intereses de los trabajadores— lo podría ser por los artículos 26 y 16 de la CADH, como sucedió en este caso.

No optar por esta visión integral habría creado distinciones entre los trabajadores que forman parte de sindicatos de los que no lo son. Mientras que en el primero se analizaría bajo la visión de un derecho social (art. 8.1.a) del Protocolo de San Salvador por disponerlo el artículo 19.6 del Protocolo en conjunción con

¹⁰² *Ibidem*, párr. 157.

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 158.

¹⁰⁴ En otros casos la Corte IDH ya ha extendido la protección del derecho de asociación más allá de los casos de sindicatos; no obstante, lo particular de este caso es la finalidad que llevaba la asociación: la promoción y defensa de sus intereses, cuestión que no se había presentado en otros casos no sindicales. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C, núm. 196, y *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325.

el artículo 16 de la CADH,¹⁰⁵ en el segundo supuesto, aun cuando tuvieran la misma finalidad ambas asociaciones —promoción y defensa de los intereses—,¹⁰⁶ solo se hubiera aplicado el artículo 16 del Pacto de San José. Afortunadamente, la Corte IDH opta por la visión integral en el presente caso y trata a este tipo específico de asociación también como parte de un derecho social que se deriva del artículo 45, inciso c de la Carta de la OEA mediante el artículo 26 de la CADH. De esta manera, concluye que:

158. Sin embargo, la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores. Esta protección deriva del propio artículo 16 de la Convención Americana, el cual protege la libertad de asociación con fines de cualquier índole, así como de otros instrumentos internacionales, que reconocen una protección especial a la libertad de asociación con fines de protección de los intereses de los traba-

¹⁰⁵ La Corte IDH señaló además que: “157 [...] Incluso, la importancia que los Estados le han reconocido a los derechos sindicales se refleja en el hecho de que el artículo 19 del Protocolo de San Salvador le confiere a esta Corte competencia para pronunciarse sobre violaciones a la obligación del Estado de permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente”. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 157.

¹⁰⁶ Si analizamos conjuntamente el art. 45.c de la Carta de la OEA y el art. 8.1.a podemos ver que lo único que varía es el “sujeto” al que se protege, pues en ambos casos la finalidad es la misma, la promoción o defensa de los derechos de las personas que se asocian. Al respecto: “45. c) *Carta de la OEA*: “Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva. De los *Derechos Sindicales del Protocolo de San Salvador art. 8.1.a*: 1. Los Estados partes garantizarán: a. *el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses*. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente [...]”.

jadores, sin especificar que esta protección se restrinja al ámbito sindical. *En este sentido, el propio artículo 26 de la Convención Americana, que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reconoce el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, y el Preámbulo de la Carta Democrática Interamericana reconoce que el derecho de los trabajadores de asociarse para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos.* (Las cursivas son nuestras)

En cuanto a las reparaciones, dado que la Corte IDH ahora enfoca la violación hacia el derecho al trabajo, la cuestión gira en torno al derecho declarado violado,¹⁰⁷ y considera el Tribunal que “con motivo de las violaciones fijadas, derivadas del despido arbitrario, la vulneración de la estabilidad laboral y la subsecuente desprotección judicial, el señor Lagos del Campo perdió la posibilidad de acceder a una pensión y beneficios sociales”.¹⁰⁸

3.3. ¿De dónde se pueden derivar otros derechos sociales?: la derivación de derechos contenidos en la Carta de la OEA

El paso dado por la Corte Interamericana es de vital importancia para una región marcada por la pobreza, la desigualdad, la marginación y la exclusión de grandes sectores de la población. Que la Corte IDH reconozca que los derechos no contemplados en el

¹⁰⁷ Si bien la Corte IDH en su jurisprudencia constante ha dado reparaciones enfocadas a la naturaleza económica, social, cultural o ambiental, ahora en realidad lo que se hace es que el fondo de lo decidido guarde plena congruencia con lo que ordena reparar.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 216. La Corte IDH expuso que “153. En vista de lo anterior, la Corte concluye que, con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, se le privó de su empleo y demás beneficios derivados de la seguridad social, ante lo cual el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo”.

artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador pueden ser justiciables de manera directa por el artículo 26 del Pacto de San José modifica totalmente cómo habían sido entendidos los derechos humanos en nuestro sistema. Una de las cuestiones que se deberían tener en consideración es que la justiciabilidad de derechos sociales no solo se reduce a la salud o a cuestiones que han sido puestas de manifiesto en la jurisprudencia interamericana con mayor claridad, como el derecho a la educación o el derecho al trabajo.

El caso *Lagos del Campo* no presentaba muchas complejidades al momento de derivar el “derecho a trabajo” en la Carta de la OEA, pues en dicho instrumento se reconocen expresamente *derechos laborales*;¹⁰⁹ afortunadamente, lo dispuesto en el artículo 26 de la CADH hace referencia a normas en términos generales y no a aquellos derechos expresos reconocidos en la Carta de la OEA. Así, otros derechos sociales también encuentran su fundamento en normas contenidas tanto en la Carta como en la Declaración Americana, aunque no estén redactados en forma de derechos expresos, como ocurre con el derecho al trabajo. Así, encontramos que:

<i>Derecho</i>	<i>Carta de la OEA (normas o derechos)</i>	<i>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre</i>	<i>Protocolo de San Salvador</i>
<i>Justiciabilidad directa vía art. 26 por la derivación de derechos de las normas contenidas en la Carta de la OEA</i>			
Derecho al trabajo	Arts. 45.b y c, 46 y 34.g	Art. XIV	
Seguridad Social	Art. 45.g y 46	Art. XVI	
Salud	Art. 34.I	Art. XI	
Medioambiente sano	Arts. 30, 31, 33 y 34	Art. XI	

¹⁰⁹ Véanse arts. 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta de la OEA, donde expresamente se usa la denominación “derecho al trabajo”.

<i>Derecho</i>	<i>Carta de la OEA (normas o derechos)</i>	<i>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre</i>	<i>Protocolo de San Salvador</i>
Alimentación	Art. 34.j	Art. XI	
Agua	Arts. 30, 31, 33 y 34	Art. XI	
Cultura	Art. 17	Art. XIII	
Vivienda	Art. 34.k	Art. XI	
<i>Justiciabilidad directa vía Protocolo de San Salvador por disponerlo el art. 19.6 del Protocolo</i>			
Educación			Art. 13
Asociación sindical			Art. 8.1.a

Además, encontramos ciertas particularidades sobre los instrumentos en los que han sido dispuestos y consagrados derechos y normas que hacen alusión a derechos, pues podemos ver que existen:

- a) Derechos expresos en el Protocolo de San Salvador que pueden ser justiciables de manera directa —asociación sindical y educación— y derechos expresos que no pueden ser justiciables directamente por disponerlo el artículo 19.6.
- b) Derechos expresos en el Protocolo de San Salvador pero que no se encuentran expresos en normas contenidas en la Carta de la OEA ni en la Declaración Americana —medioambiente—.
- c) Derechos que no se encuentran en el Protocolo de San Salvador pero que se encuentran reconocidos de manera expresa mediante normas en la Carta de la OEA —vivienda y el derecho de asociación de trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses—.
- d) Derechos que no se encuentran expresos ni en el Protocolo de San Salvador, ni expresos en normas en la Carta de la OEA ni en la Declaración Americana —agua—.

Sin embargo, todos estos derechos son y pueden ser justiciables, en especial porque todos ellos se plasman con mayor precisión en la nueva Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores (2015), por lo que se entiende que en la época moderna los Estados reconocen la existencia de derechos que en su momento no fueron contemplados expresamente en normas de la Carta de la OEA —por ejemplo, el medioambiente o el agua— o que no fueron consagrados en el Protocolo de San Salvador —como el agua y la vivienda—.

4. APORTES Y RETOS A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

4.1. Aportes del Sistema Interamericano en materia de DESC

4.1.1. *Discriminación múltiple interseccional*

El caso de Talía Gonzales Lluy tuvo un gran impacto en el Sistema Interamericano. Además de ser el primer caso donde la Corte IDH declaró violado el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, se adoptó el concepto de discriminación interseccional.¹¹⁰ El Tribunal Interamericano hace la siguiente precisión sobre el tema educativo de Talía:

290. Como se observa, la Corte nota que en el caso Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría te-

¹¹⁰ Este mismo concepto lo reiteró el Tribunal Interamericano en 2016 en el caso *I.V. vs. Bolivia*; la víctima había sufrido discriminación por diferentes factores (mujer, refugiada y su condición económica). *Cfr. Caso I.V. vs. Bolivia, supra*, párrs. 318 y 321.

nido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, en tanto niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados

La concepción de discriminación múltiple interseccional tiene un marcado origen anglosajón, pues fue en Estados Unidos, Reino Unido y Canadá, donde se dieron las primeras discusiones en las que se contempló la idea de que una persona puede pertenecer a varios grupos de desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación.¹¹¹ El concepto de discriminación múltiple¹¹² interseccional¹¹³ dista de

¹¹¹ Fernando Rey apunta que no es casual que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afroamericana de Estados Unidos en relación con las mujeres afroamericanas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de una minoría, pero también una discriminación por parte de ellos. Rey, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación”, en Biglino, Paloma; María Bilbao, Juan; Rey, Fernando; Matia, Javier y Vidal, José Miguel (coords.), *Lecciones de derecho constitucional II*, España, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, p. 476.

¹¹² Lo múltiple alude al carácter compuesto de las causas de discriminación. Un aspecto diferente lo constituye determinar la forma como, en algunos casos, interactúan esas causas entre sí, lo cual implica valorar si se proyectan separada o simultáneamente. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*, párr. 7, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer MacGregor.

¹¹³ La interseccionalidad de la discriminación no solo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en

ser claro,¹¹⁴ pero parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación.¹¹⁵

En el derecho internacional de los derechos humanos existen muy pocas referencias del uso de la discriminación múltiple intersectorial.¹¹⁶ Por ejemplo, la Declaración de Beijing (1995)

un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que solo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. Corte IDH. *Caso González Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*, párr. 10, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

¹¹⁴ Cfr. Serra Cristóbal, Rosario, “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”, en Serra Cristóbal, Rosario, *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirand-Monografías, 2013, pp. 25-27.

¹¹⁵ Recientemente el Comité para las Personas con Discapacidad, en su observación general 3, sobre mujeres y niñas con discapacidad, ha acogido el concepto de discriminación múltiple y sus formas interseccionales, al respecto ha señalado que: “c) «Discriminación múltiple», que hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada. «Discriminación interseccional», que hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables. Entre los motivos de discriminación figuran la edad; la discapacidad; el origen étnico, indígena, nacional o social; la identidad de género; la opinión política o de otra índole; la raza; la condición de migrante, refugiado o solicitante de asilo; la religión; el sexo y la orientación sexual”. Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general 3, sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3, 25 de noviembre de 2016, párr. 4.c.

¹¹⁶ Por otro lado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido que algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, y que esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, observación general 20, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 17. Para que sea posible considerar una discriminación como “múltiple” es necesario que existan varios factores que motiven dicha discriminación. En

en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres se refería a múltiples barreras que impiden a algunos grupos de mujeres avanzar en la igualdad real.¹¹⁷ En el Tribunal Europeo, el caso *B.S. vs. España*, ha sido la única ocasión en la cual ha hecho alusión a la discriminación por múltiples factores que han actuado de manera conjunta produciendo un tipo de discriminación específico.¹¹⁸ Desafortunadamente, el TEDH no ha profundizado en este concepto de discriminación, pero es la primera vez que reconoce un supuesto de discriminación por la confluencia conjunta de varios factores de exclusión.¹¹⁹

En el caso del Sistema Interamericano, el concepto de interseccionalidad permite visibilizar que la vulnerabilidad de una persona no se asocia únicamente con una situación aislada, sino que pueden existir muchos factores de vulnerabilidad interactuando al mismo tiempo. A lo anterior hay que sumarle que la Corte IDH ya ha reconocido que la pobreza es una de las causas y consecuencias de violaciones a los derechos humanos.¹²⁰ Así, no es raro que los casos en donde se ven involucrados DESCAs, las personas vean agravadas su vulnerabilidad por interactuar al mismo tiempo la pobreza como generadora de dicha condición,

similar sentido, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la OEA en junio de 2015, define la discriminación múltiple como “[c]ualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación”. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la Asamblea General de la OEA, 15 de junio de 2015, art. 2.

¹¹⁷ ONU, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995, punto 32.

¹¹⁸ *Cfr. Caso B. S. vs. Spain*, application 47159/08, sentencia de 24 de julio de 2014. En el caso *Carvalho da Pinto de Sousa Morais*, el Tribunal Europeo sin referirse expresamente a la discriminación múltiple notó que existían factores que agravaban la discriminación (mujer y ser de edad avanzada). *Cfr. Caso Carvalho da Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, application 17484/15, sentencia de 25 de octubre de 2017, párrs. 38 y ss.

¹¹⁹ Serra Cristóbal, Rosario, “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”, en Serra Cristóbal, Rosario, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁰ *Cfr. Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *supra*.

con independencia de si son personas indígenas, mujeres, menores de edad, adultos mayores, etcétera.

4.1.2. *Nuevos mecanismos de protección de DESCA en el Sistema Interamericano*

Además se han adoptado nuevos instrumentos interamericanos que hacen alusión a derechos sociales eminentemente, como lo es la *Carta Social de las Américas* adoptada en el 2012 en Cochabamba, Bolivia y la *Convección Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Adultas*, en 2015.¹²¹ Este último instrumento no tiene ningún tipo de restricción sobre la justiciabilidad de derechos sociales como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación, el derecho a la cultura, el derecho al esparcimiento, al recreo y al deporte, el derecho a la vivienda, el derecho a un medioambiente sano.

Lo más innovador de esta Convención, además de ser la primera en su tipo a nivel mundial, es que adopta el concepto de *discriminación múltiple*, entendiéndola como cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación, enmarcando esta noción de no discriminación en la obligación de que los Estados parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.¹²²

¹²¹ La Convención actualmente ha entrado en vigor.

¹²² *Cfr.* Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 2.

4.2. Retos del Sistema Interamericano sobre la justiciabilidad de los DESCAs

4.2.1. Hacia los derechos sociales de personas jurídicas

En 2015, el Estado panameño presentó una solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana sobre la interpretación y el alcance del artículo 1.2 de la CADH, en relación con los alcances del derecho de huelga y de formar federaciones y confederaciones (art. 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador).¹²³ La lectura del artículo 8.1.a del Protocolo nos puede dar una idea de las posibles implicaciones que tiene dicho precepto:

1. Los Estados partes garantizarán:

a. *el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente. (las cursivas son nuestras)*

De una primera lectura de este precepto nos podemos dar cuenta de que en realidad el artículo 8.1.a hace alusión a dos sujetos distintos titulares de derechos: por un lado tenemos a los trabajadores que tienen derecho a formar sindicatos y, por otro, a los sindicatos, como sujetos de derechos, a formar federaciones y confederaciones. Esto podría tener nuevas implicaciones al momento de hacer justiciables los DESCAs en el ámbito interamericano, pues hasta el momento ha sido una persona en lo individual, y no una persona colectiva, la que ha reclamado un derecho

¹²³ Véase Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), opinión consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22.

justiciable directamente.¹²⁴ Adicionalmente, es de recordar que el Sistema Interamericano niega el *ius standi* de las personas jurídicas ante la CIDH y la Corte IDH.¹²⁵

4.2.2. La justiciabilidad de los DESCA de los pueblos indígenas y tribales

Sin duda alguna, las sentencias que han versado en temas de comunidades indígenas y tribales en la Corte Interamericana han tenido un alto grado de derechos sociales involucrados y eso se ha dejado ver en las reparaciones¹²⁶ que el Tribunal Interamericano ha ordenado, pese a que no evalúa las afectaciones a derechos sociales o bien las subsume dentro de otros derechos como la vida, la integridad personal o el derecho a la propiedad indígena. Sin

¹²⁴ Una primera aproximación de esta problemática se tiene en la CIDH, Trabajadores del Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, informe de admisibilidad 15/15, petición 37-05, 24 de marzo de 2015.

¹²⁵ Núñez Marín, Raúl Fernando, “La persona jurídica como sujeto de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista Perspectivas Internacionales*, vol. 6, núm. 1, ene-dic, Cali, Colombia, 2010, p. 209 y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos, “Parte I Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada*, México, Konrad Adenauer Stiftung-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 62. Véase la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Interamericano en esta materia en los casos: *Cfr. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74; *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 85; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C, núm. 293.

¹²⁶ Calderón Gamboa, Jorge, *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, col. Sistema Interamericano de Derechos Humanos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2013, p. 40.

embargo, la Corte Interamericana, en toda su jurisprudencia sobre esta temática, ha ignorado un tema trascendente para las comunidades indígenas, como lo es la afectación que las industrias extractivas tienen sobre el medioambiente donde estos pueblos originarios se asientan.¹²⁷

Sobre la justiciabilidad de los DESCAs en contextos de industrias extractivas dentro de territorio indígena, en el caso del *Pueblo Kichwa vs. Ecuador*, los representantes alegaron la violación del artículo 26, enfocado al derecho a la cultura; pero la Corte Interamericana no hizo alegato alguno sobre este derecho y el impacto que habían tenido la exploración petrolera sobre la cultura indígena de la comunidad Kichwa de Sarayaku. Frente a este gran vacío que deja la Corte Interamericana, siguiendo su doctrina jurisprudencial de subsumir derechos sociales en DCP, consideró violado el derecho a la consulta bajo la concepción del artículo 21 —derecho a la propiedad—.¹²⁸

Debemos ser conscientes de que si bien la consulta es la principal garantía sobre cualquier intromisión a territorio indígena o tribal, lo cierto es que no permite que se desplieguen obligaciones específicas sobre derechos sociales que se encuentran vinculados con la propiedad territorial indígena como lo pueden ser el derecho a la alimentación tradicional, a la salud tradicional, a la vida cultural, al agua, al medioambiente o —en caso de que sean desalojados forzosamente— el derecho a la vivienda. La consulta, en este sentido, no tiene los alcances suficientes para poder permear obligaciones para salvaguardar estos derechos, pues solamente se posiciona como una *garantía de participación efectiva de la comunidad*¹²⁹ y no tiene efectos reparadores sobre los otros derechos.¹³⁰

¹²⁷ Cfr. Góngora Maas, Juan Jesús, “El artículo 2º constitucional ¿Prevalencia de la justicia inaccesible para los derechos territoriales de los pueblos indígenas en México?”, en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Möller, Carlos María (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 2016, pp. 262-284.

¹²⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 137.

¹²⁹ *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párr. 56.

¹³⁰ *Ibidem*, párrs. 59-63.

Recientemente, los primeros pasos jurisprudenciales ya se están dando en la Corte Interamericana, ya que en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam* esta consideró que se debían extender las obligaciones de fiscalización y supervisión a las industrias extractivas que afectan el ambiente de comunidades indígenas y tribales. Aunque la jurisprudencia lo sigue subsumiendo dentro del proceso de consulta, el Tribunal Interamericano ya habla sobre las obligaciones que tienen los Estados en conjunto con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos frente al impacto ambiental que tengan las industrias extractivas.¹³¹ De esta forma, hoy en día, el Sistema Interamericano tiene una deuda pendiente con los pueblos indígenas y tribales en lo relativo a hacer justiciables en los instrumentos regionales e internacionales sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

5. CONCLUSIÓN

La importancia de la justiciabilidad directa de otros derechos no contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador radica en la posibilidad que tengan las personas en la región para poder reclamar directamente derechos de naturaleza social ante las instancias internacionales interamericanas con la certeza de que las obligaciones que de esa eventual responsabilidad emanen, emitirán un contenido de obligaciones específicas para reparar integralmente a las víctimas.¹³²

El caso *Lagos del Campo* ha dejado en claro que la justiciabilidad directa de los DESCAs en el SIDH es posible a través del

¹³¹ *Ibidem*, párrs. 213-226.

¹³² *Cfr.* Ventura Robles, Manuel, “Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 56, jul-dic, San José, Costa Rica, 2012, pp. 139-156 y Cañado Trindade, Augusto Antônio, “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Aznar Gómez, Mariano, *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Universidad de Coruña-Universidad de Santiago de Compostela-Tirand lo Blanch, 2012, pp. 283-314.

artículo 26 de la Convención; en efecto, dicho artículo ha sido interpretado por el Tribunal Interamericano de la manera más favorable y evolutiva a las circunstancias actuales que aquejan al Sistema Interamericano. Por otro lado, el fallo también nos ha mostrado que los derechos sociales no necesariamente requieren un análisis de la progresividad o regresividad, sino que en ocasiones el análisis se centrará en verificar que el Estado haya cumplido con sus obligaciones de respeto, garantía, no discriminación o adecuación del derecho interno.

Ahora el punto ciego de los derechos sociales ya no gira en torno a cómo pueden hacerse justiciables todos ellos, sino que ahora la discusión debe centrarse en cuáles son los alcances que se pueden tener mediante el artículo 26 del Pacto de San José y cómo pueden ser cumplidos y garantizados a nivel interno;¹³³ que el Tribunal Interamericano consolide una línea jurisprudencial sobre la justiciabilidad de los DESCAs a través del artículo 26 en el Sistema Interamericano es de vital importancia para las personas que se encuentran bajo la jurisdicción y protección internacional de este órgano, ya que si bien en sede interna se han emitido pronunciamientos protegiendo derechos de naturaleza social, lo cierto es que en muchas ocasiones no se materializa su cumplimiento.¹³⁴ Ahora, la Corte Interamericana tiene la oportunidad de proporcionar un piso mínimo de obligaciones a los Estados en materia de DESCAs y dar mayor claridad sobre las obligaciones, abonando al diálogo jurisprudencial y al control de convencionalidad.

No puedo dejar de señalar que con posterioridad a la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*,¹³⁵ el mismo día se decidió

¹³³ Al respecto, el Relator Especial sobre Extrema Pobreza ha enfatizado que: “No obstante, a pesar del importante progreso que se ha logrado recientemente, la realidad es que los derechos económicos y sociales siguen siendo invisibles, en gran medida, en la legislación y las instituciones de la gran mayoría de los Estados”. ONU, Informe del Relator Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, A/HRC/32/31, 28 de abril de 2016, p. 2.

¹³⁴ Consúltese al respecto: Langford, Malcolm; Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política su cumplimiento*, Bogotá, col. DeJusticia, 2017.

¹³⁵ Ambos fallos se decidieron el 31 de agosto de 2017. Mientras que el caso *Lagos del Campo* fue notificado el 13 de noviembre de 2017, el caso *Vereda la Esperanza* fue notificado el 30 de noviembre de 2017.

el caso *Vereda la Esperanza vs. Colombia*,¹³⁶ en donde estaba involucrado el derecho a la vivienda; sin embargo, como lo expone en una muy acertada crítica del juez Ferrer Mac-Gregor al fallo, se debió haber aplicado, vía *iura novit curia*, el artículo 26 para poder derivar el derecho a la vivienda y proteger ese derecho en el caso.¹³⁷ Lamentablemente, la Corte IDH, después de dar el paso en el caso *Lagos del Campo*, no reitera su precedente en un caso en que a todas luces se podría haber protegido la vivienda como derecho autónomo.

Hoy en día se encuentran pendientes algunos casos¹³⁸ en donde la Corte IDH puede —y debe— seguir consolidando su jurisprudencia en materia de derechos sociales. De lo contrario, el paso dado en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* habrá sido literatura jurídica condenada a no tener más efectos en el futuro. Esperemos que en próximos casos la Corte IDH mantenga una visión amplia e integral para receptor y releer las violaciones que se presenten también en un lenguaje de DESCAs; si bien romper

¹³⁶ Al respecto el juez Eduardo Ferrer hace esta acotación en los siguientes términos: “7. En ese sentido, la Corte IDH debió tener en consideración que en el *Caso Lagos del Campo vs. Perú* —resuelto el mismo día que el presente caso—, se abrió una nueva vertiente jurisprudencial al declarar la violación de los derechos laborales de la víctima, a través del artículo 26 de la Convención Americana. En efecto, en esa histórica sentencia, la Corte IDH sostuvo [...]”, Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 341, párr. 7, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

¹³⁷ En la sentencia, el Tribunal reconoce la existencia de un “derecho a la vivienda” en los siguientes términos: “241. [...] En tal virtud, este Tribunal considera necesario hacer algunas precisiones adicionales sobre la inviolabilidad del domicilio y la vida privada, desde la perspectiva del artículo 11.2 de la Convención y sobre el derecho a la vivienda, esto último tomando en consideración que si bien toda vivienda es susceptible de ser protegida mediante el derecho de propiedad, no toda propiedad es necesariamente una vivienda”. Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 341, párr. 241.

¹³⁸ Se encuentran pendientes de emitirse las decisiones sobre algunos casos que pudieran involucrar DESCAs, como el caso de los *Trabajadores del Petroperú vs. Perú*, el caso *Poblete Vilches vs. Chile* o la opinión consultiva 23 relativa al mar Caribe.

con nuestros formalismos como juristas es una labor difícil, no es imposible tener esa visión integral —indivisible e interdependiente— de cómo diferentes derechos están en juego y pueden ser protegidos de manera autónoma.

El panorama ya no es desesperanzador, el Sistema Interamericano ha propugnado por ir avanzando en esta temática urgente en nuestra región, y en ello podemos ver los aportes que, poco a poco, se han ido materializando ante la Organización de los Estados Americanos. Más que buscar limitaciones y obstáculos a la exigencia de los derechos sociales, los organismos supranacionales de protección de derechos humanos también están llamados a interpretar de manera más favorable y amplia las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, lo contrario sería condenar un campo fértil de protección de derechos humanos a una sequía en la región.

La puerta de la justiciabilidad de los derechos
económicos, sociales, culturales y ambientales
en el Sistema Interamericano:
relevancia de la sentencia
Lagos del Campo

Jorge Calderón Gamboa*

1. INTRODUCCIÓN

Luego de un debate político truncado en la época de la Guerra Fría que derivó en la fragmentación de los derechos humanos, dividiéndolos en *derechos civiles y políticos (DCP)*, por un lado, y *derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*,¹ por otro, emerge de nuevo la reivindicación del reconocimiento de la esencia integral de los derechos humanos como “derechos interdependientes

* Abogado coordinador *senior* de la Corte IDH y profesor visitante en Derechos Humanos de la Universidad para la Paz (con mandato de la ONU). Las opiniones aquí expresadas son exclusividad del autor y no representan la opinión de la Corte IDH. jorgecalderon@corteidh.or.cr
Agradezco de manera especial los intercambios de ideas sobre esta temática con Iñaky Navarrete, Marcela Rivera, Natalia Kobylarz, Andrea Durán, Elizabeth López y Julie Recinos.

¹ Resoluciones de la Asamblea General de la ONU 543 (V), 5 de febrero de 1952, mediante la cual la Asamblea decidió redactar dos Pactos: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de DESC. Véase comentarios del Protocolo Facultativo del PIDESC, IIDH y CIJ, 2008, p. 16.

e indivisibles”,² consagrados así desde su origen hace casi 70 años tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos³ como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH),⁴ ambas de 1948. Así lo confirmó posteriormente la Conferencia de Viena con la Declaración y Programa de Acción en 1993,⁵ la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981,⁶ el propio Protocolo Facultativo del Pacto

² Resoluciones de la Asamblea General de la ONU 217 (III), 10 de diciembre de 1948, letra E, núm. 421, 4 de diciembre de 1950; letra E, párr. 7, y letra F, párr. 8.

³ Véase del art. 22 en adelante.

⁴ Véanse arts. VI, VII, XI-XVI, XXI-XXIII.

⁵ La Conferencia Mundial de Derechos Humanos se celebró por las Naciones Unidas en Viena, Austria, del 14 al 25 junio de 1993. Fue la primera conferencia de derechos humanos celebrada desde el fin de la Guerra Fría. El principal resultado de la conferencia fue la Declaración y Programa de Acción de Viena, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>
Entre otros, estableció que:

5. All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.

98. To strengthen the enjoyment of economic, social and cultural rights, additional approaches should be examined, such as a system of indicators to measure progress in the realization of the rights set forth in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. There must be a concerted effort to ensure recognition of economic, social and cultural rights at the national, regional and international levels.

⁶ Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya”. Preámbulo. Convencidos de que en lo sucesivo es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos.

Internacional de DESC de 2008⁷ y las Directrices de Maastricht de 1997,⁸ entre otros.⁹

No obstante, resulta fundamental recordar que desde 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),¹⁰ expresamente advirtió la integralidad de los derechos humanos. En su preámbulo:

Reiter[ó] que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, *si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.* (Las cursivas son nuestras)

Es decir, dicha Convención regional fue pionera en ese reconocimiento expreso y dotó al Tratado interamericano del capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de un artículo 26 que apunta por *“la plena efectividad 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 [...]”*.

⁷ ONU. Fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008 y abierto a votación el 24 de septiembre de 2009. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OP-ICESCR: Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (por sus siglas en inglés) es un protocolo adicional en el que se establecen mecanismos de denuncia e investigación para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>

⁸ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

⁹ Véase, por ejemplo, Principios de Limburgo de 1986, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ECHR, *Case of Airey vs. Ireland, Judgment of 9 October 1979*, Serie A, núm. 32, para. 26.

¹⁰ OEA, núm. 36, 1144, entrada en vigor 18 de julio de 1978, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (el subrayado es nuestro).

La sentencia *Lagos del Campo vs. Perú* (2017),¹¹ referente al despido irregular de un representante de trabajadores con motivo de ciertas manifestaciones publicadas en una revista gremial, representa por primera vez en la historia del Tribunal Interamericano, y luego de casi 40 años de jurisprudencia, la determinación —osadía, para algunos— por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Corte o Tribunal) de interpretar de manera directa —no indirecta ni progresiva— lo propiamente dispuesto en la CADH, a través de su artículo 26, para dar contenido a uno de los derechos mayormente consolidado en el mundo: el *derecho al trabajo*, mismo que cumple con todos los requisitos de interpretación que lo acreditan como un derecho exigible, lo cual será analizado más adelante.

Lo anterior se erige como un nuevo paradigma jurídico, no solo para la jurisprudencia interamericana, sino también para el derecho internacional público. Con ello se consagra la *puerta de entrada* —a nivel regional— a un determinado catálogo de derechos humanos, los cuales tendrán la posibilidad de ser analizados en vía internacional por un Tribunal especializado en la materia,

¹¹ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340. Dicha sentencia fue notificada y publicada el 13 de noviembre de 2017.

En resumen, Lagos del Campo era presidente electo de la Asamblea General del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de su empresa, Ceper-Pirelli. Durante una entrevista para la revista *La Razón* este realizó unas declaraciones en las que denunció supuestas irregularidades del directorio de la empresa durante las elecciones. Por este motivo, se le sancionó con una falta laboral y el día 1 de julio de 1989 se procedió a su despido. Lagos interpuso una demanda ante un juzgado del trabajo, el cual reconoció el carácter improcedente e injustificado del despido. Sin embargo, un juzgado de segunda instancia revocó esta decisión declarando el despido legal y justificado. Todos los posteriores recursos planeados por Lagos del Campo fueron denegados o declarados improcedentes. En esta ocasión, la Corte encontró responsable internacionalmente al Estado de Perú por la violación del art. 26 de la CADH, que dispone los derechos económicos, sociales y culturales de este tratado, con motivo de la vulneración del derecho al trabajo, en particular del derecho a la estabilidad laboral, derivado del despido irregular. Asimismo, la Corte declaró la violación del derecho a la libertad de expresión, a la libertad de asociación y del derecho al acceso a la justicia.

a fin de determinar el alcance de sus obligaciones de respeto y garantía, sus límites y vías de implementación.

En este sentido, la Relatoría DESCAs de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), destacó que “esta decisión representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCAs”.¹²

Por su parte, la propia Corte determinó en la sentencia *Lagos del Campo* que:

[...] la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados [...]. Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. *En atención a estos precedentes, con esta sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la [CADH], dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.*¹³ (Las cursivas son nuestras)

A continuación se analiza la relevancia de esta importante sentencia, a través de los siguientes apartados: I) La justiciabilidad directa de los DESCAs en la interpretación de la CADH; II) La derivación de los derechos a la estabilidad laboral y asociación como derechos justiciables; III) La fórmula del acceso a la justicia en la protección de los DESCAs, IV) Los debates generados en la Corte IDH; V) Relevancias adicionales del análisis de la sentencia *Lagos del Campo*, y VI) Pasado, presente y futuro: reflexiones finales en torno a los desafíos de la justiciabilidad de los DESCAs.

¹² Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales saluda histórica decisión de la Corte IDH sobre justiciabilidad en materia de DESCAs, D181/17, Washington, D.C., 15 de noviembre de 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/181.asp>

¹³ *Caso Lagos del Campo*, *supra*, párr. 154 (el subrayado es nuestro).

2. LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DESCAs¹⁴ EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CADH

Muchos debates se han generado respecto de la justiciabilidad los DESCAs en el ámbito interamericano, postulando puntos discordantes respecto de lo que suponemos que quiso decir la CADH, o bien, los efectos del Protocolo de San Salvador (ver *infra*). También es claro que la Corte ya venía brindando “protección indirecta” de algunos DESCAs vía los DCP¹⁵ y, en un caso, mediante el uso del Protocolo de San Salvador.¹⁶ Por otra parte, se presenta otro debate respecto de “la progresividad” (y no regresividad) de estos derechos, lo cual no significa que ello excluye su justiciabilidad, ni implica que no existan “obligaciones de carácter inmediato” en la vigencia de estos derechos, a las cuales les aplican las obligaciones generales de respeto y garantía del tratado.¹⁷ Los debates anteriores no son parte sustantiva del presente análisis, quizás solo colateral.

Ahora bien, siendo que a partir de la sentencia *Lagos del Campo* se ha consagrado una postura jurídica en el seno de la Corte IDH que reconoce la justiciabilidad directa de los DESCAs, a continuación, de manera esquemática, se sistematiza la visión actual de esta tesis recogida en esta sentencia con algunas propuestas complementarias a la interpretación.

¹⁴ El término *justiciabilidad* se refiere a la posibilidad de exigir a través de un mecanismo jurídico el cumplimiento o restitución de un derecho. Sobre la inclusión del término *DESCAs*, se refiere a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Nótese también que la CIDH ha creado la REDESCA.

¹⁵ Entre otros, los casos ante la Corte IDH, *Instituto de Reeducación del Menor, Yakye Axa, Sowhoyamaya y Xámok Kásek, Ximenes López, Albán Cornejo, Suárez Peralta, Furlán, Trabajadores Cesados del Congreso, Acevedo Buendía, Kaliña y Lokono y Garífunas de Punta Piedra, etc.* Véase también el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*.

¹⁶ *Caso Gonzales Llu, supra*.

¹⁷ *Cfr.* Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997. Principios de Limburg de 1986 sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2.1. El antecedente

Primero que nada, resulta relevante recordar que en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009),¹⁸ con otra composición de jueces, la Corte ya había afirmado su competencia para pronunciarse sobre el artículo 26 convencional. Al respecto, en dicho caso Perú había cuestionado (vía excepción preliminar) la competencia de la Corte para pronunciarse respecto de dicho artículo, al considerar que los derechos a la pensión y a la seguridad social no están contemplados en la CADH ni eran uno de los dos derechos (sindicales y a la educación) que, según Perú, excepcionalmente serían justiciables ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), de conformidad con lo señalado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.¹⁹ En respuesta, la Corte IDH zanjó la discusión al establecer su competencia con base en los siguientes puntos: a) el Tribunal Interamericano es competente para analizar violaciones a todos los derechos de la CADH; b) de los trabajos preparatorios se desprende la intención de hacer posible la ejecución de dichos derechos; c) las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 establecidas en el capítulo III de la CADH aplican también para el artículo 26 del Tratado, y d) reiteró la interdependencia entre ambas categorías de derechos. A saber:

97. La Corte considera pertinente reiterar lo señalado en el capítulo III de la presente sentencia, en el sentido de que el Tribunal es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana [...]

99. [...] la Corte estima pertinente realizar algunas consideraciones generales al respecto. En este sentido el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de esta, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales y culturales; “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplica-

¹⁸ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 12.

ción”; así como “los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección”, ya que el anteproyecto de Tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, solo “recog[ían] en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires”. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales esta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales”.

100. Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar 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.

En ese particular caso se alegaba un tema de progresividad, en el cual la Corte, si bien esbozó algunas directrices de cómo se configuraría una violación en vía progresiva o no regresiva, encontró que no era necesario pronunciarse al respecto, pues ya había sido analizado a la luz de los artículos 8 y 25 de la CADH, o bien, no correspondía pronunciarse respecto de una ley presuntamente regresiva.²⁰

²⁰ Caso *Acevedo Buendía y otros*, *supra*, párrs. 106-107.

2.2. La interpretación de la CADH y derechos derivados

A continuación se propone que al interpretar el tratado en materia de los DESCA, la Corte IDH debe tomar en cuenta los siguientes elementos adicionales: *a)* el preámbulo de la CADH; *b)* el artículo 26 de la CADH; *c)* artículo 29 de la CADH, y *d)* la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Seguidamente, realizaré *e)* algunas reflexiones en torno a la interpretación directa.

2.2.1 El preámbulo de la CADH

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a *cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y*

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) *aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,* (Las cursivas son nuestras)

Han convenido en lo siguiente: [...]

2.2.2. El artículo 26 de la CADH

CAPÍTULO III DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados parte 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. (Las cursivas son nuestras)

2.2.3. El artículo 29 de la CADH

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, *suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d) *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

2.2.4. La Carta de la OEA (1948), reformada por el Protocolo de Buenos Aires (1967)

El artículo 26 de la CADH hace referencia a *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.*

Por tanto, la CADH reconoce que de la Carta de la OEA se derivan “derechos” de las “normas” contenidas en la Carta.

En el capítulo VII de la Carta de la OEA reformada, titulado “Desarrollo Integral” se incorporó particularmente en los artícu-

los 34, 45, 46 a 52 las “*normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura*”.²¹

El artículo 106 estableció expresamente que “*Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia*”. Tómese nota de esta disposición en relación con el Preámbulo de la CADH de 1969. (Las cursivas son nuestras)

2.2.5. Reflexión en torno a la interpretación de la justiciabilidad directa

A mi parecer, resulta evidente que a la luz de lo dispuesto en el preámbulo de la CADH, específicamente cuando hace referencia a que el Protocolo de Buenos Aires “aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización²² de *normas* más amplias sobre

²¹ Por ejemplo: Art. 33. El desarrollo es responsabilidad primordial de cada país y debe constituir un proceso integral y continuo para la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana.

Art. 34. Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...]

Art. 45. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...].

Algunos de los derechos que se derivan son: derecho a la educación, derecho a la alimentación y a la nutrición, derecho a una vivienda adecuada, derecho a formar sindicatos y a la huelga, derecho a condiciones laborales adecuadas y a salarios justos, derecho a la salud y al saneamiento, derecho a participar en los procesos conducentes a la toma de decisiones, derechos laborales, derecho de asociación.

²² Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948. “Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero

derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una *convención interamericana sobre derechos humanos* determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”, se refería a que tales derechos (económicos, sociales y educacionales) estaban incorporados en el alcance de la CADH, y es por ello que en el artículo 26 igualmente los referenció a dicho Protocolo de Buenos Aires. Cabe aclarar que de las distintas reformas a la Carta de la OEA no se desprende que la referencia del preámbulo a “una convención interamericana sobre derechos humanos” se refiriera a otro tratado o al Protocolo de San Salvador (adoptado años más tarde), sino por el contrario, a la CADH.

Si bien la redacción del artículo 26 de la CADH no fue la más feliz, es decir, ni clara ni precisa, se incorporó —a diferencia de otros tratados de derechos humanos—, un apartado específico a los DESCAs, por lo que no habría porqué interpretar esta norma de manera restrictiva y limitativa para asumir que tales derechos no son justiciables a la luz de la Convención,²³ máxime cuando el artículo 29 de la CADH prohíbe esta interpretación y las normas de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados²⁴ y la

de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General”, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

²³ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Bogdandy, A. *et al.* (eds.), *Constitución de un Ius Constitutionale Commune en América Latina. Contexto, estándar e impacto a la luz de la Corte IDH*, México, IJ-UNAM-Max Planck Institute, 2016, pp. 195-198. Corte IDH y otras.

²⁴ UN, doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331, entró en vigor el 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

hermenéutica jurídica permiten la interpretación sistemática y evolutiva.²⁵ Es decir, nada limita al máximo intérprete de la Convención a interpretar y dar contenido a los “derechos que se derivan de las normas [...]”, y que con base en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, le asisten obligaciones de respeto y garantía. Recordemos además que este Tribunal ha sostenido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos y su interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.²⁶

Respecto de la discusión entre los alcances del Protocolo de San Salvador en relación con el artículo 26 de la CADH, me remito a lo expuesto intensamente por diversos autores²⁷ y en

²⁵ La Corte IDH ha sostenido que según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo, cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 191. Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 43; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.

²⁶ Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 114, y Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párr. 83.

²⁷ Véase voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, párr. 42, p. 79. *Cfr.*, por orden alfabético, entre otros, Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, año 9, vol. 9, núm. especial, Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 34-53; BURGORGUE-Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, Amaya, especialmente el cap. 24 escrito por la primera autora: “Economic and social rights”, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 613-639; Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008, pp. 85-99; Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the

el sentido que lo plantea el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, al considerar que entre conflictos normativos se debe plantear “el principio de interpretación más favorable no solo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino”. Efectivamente, el Protocolo de San Salvador no limi-

Americas”, en *Hastings Law Journal*, núm. 56, núm. 2, 2004, pp. 217-281; Cavallaro, James y Schaffer, Emily, “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006, pp. 345-383; Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, t. IX: “Derechos humanos y tribunales internacionales”, pp. 361-438; Melish, Tara J., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, CDES, Yale Law School, 2003, pp. 379-392; de esta misma autora “Rethinking the «Less as More» Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006, pp. 171-343; de esta misma autora, “Counter-Rejoinder. Justice vs. justiciability?: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006, pp. 385-415; Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011; Pelayo Moller, Carlos María, “El «mínimo vital» como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista Methodos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, núm. 3, 2012, pp. 31-51; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System*; Uprimny, Rodrigo, y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, t. IV: “Derechos fundamentales y tutela constitucional”, pp. 361-438; y Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, IIDH, 2009.

ta expresamente la competencia del artículo 26 en ninguna de sus disposiciones,²⁸ sino que por el contrario, el propio Protocolo excluye la posibilidad de limitar o restringir tales derechos, bajo pretexto de que “el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.²⁹ En suma, resultaría contrario al espíritu de la CADH y más aún de los derechos humanos hacer una interpretación limitativa del Tratado, máxime cuando no está establecida ni en una ni en la otra.

Adicionalmente, de acuerdo con una interpretación sistemática de la CADH, conforme los incisos c) y d) de su artículo 29³⁰ —que reflejan la integralidad del sistema interamericano—, el dispositivo 26 no puede interpretarse en el sentido de excluir o limitar los derechos inherentes al ser humano ni el efecto que pueda producir la Declaración Americana. Asimismo los derechos cuyo cumplimiento se plantea evaluar (DESCA), son derechos que en la mayoría de los países de la región están plenamente consagrados. El propio artículo 29, b) impide interpretar de manera restrictiva derechos reconocidos de acuerdo con las leyes de los Estados u otra convención de la que sean parte. Además, de acuerdo con el artículo 77 de la CADH, los protocolos adicionales a la Convención tienen como finalidad incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, razón por la que no podría limitarse la protección otorgada a algún derecho a través de un protocolo.³¹ En este sentido, también habría

²⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “*Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, ...*cit.*, pp. 182-195, voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, párr. 43.

²⁹ Protocolo de San Salvador: “Artículo 4. *No Admisión de Restricciones*. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

³⁰ Medina, C., “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Costa Rica, 2005, p. 217.

³¹ En vista de ello, no es el Protocolo el instrumento idóneo para modificar la CADH. En este sentido, véase la opinión que en sus votos han vertido

que considerar lo dispuesto por el punto 2 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual, cuando un tratado esté subordinado a otro o especifique que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado —como en el caso del Protocolo de San Salvador a la CADH— prevalecerán las disposiciones de este último. Bajo estos criterios hermenéuticos, no podría interpretarse el punto 6 del artículo 19 del Protocolo de San Salvador como un dispositivo que restringe el alcance del artículo 26 de la Convención Americana. En todo caso, en la sentencia *Acevedo Buendía*, la Corte desestimó una excepción preliminar del Estado en el sentido limitativo (*supra*), por lo que ese punto estaría saldado.

Por otra parte, también estimo que resulta poco transparente afirmar que como la protección de algunos DESCAs ya se venía haciendo de manera “indirecta” a través de los DCP, o bien, de las reparaciones, resultaría innecesario dar el paso hacia la justiciabilidad directa.³² Al respecto, encuentro que entre más enunciados puedan ser los derechos, resultará más fácil su implementación. La protección de los DESCAs no debe ser materia de ocultamiento, cambio de fachada o trastoque, pues son derechos humanos

los jueces Caldas y Ferrer en el extremo de que “si el Protocolo de Salvador pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca”. *Cfr.* voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor al caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 262, párr. 42, y voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor al caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296, párr. 21. De haberse querido restringir los alcances de la Convención o la competencia de los órganos del Sistema Interamericano, los Estados parte tienen la opción de enmendar las disposiciones ahí establecidas, en cuyo caso tendría que atenderse lo dispuesto por el art. 76 del Pacto de San José.

³² *Cfr.* Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en *Hastings Law Journal*, vol. 56, núm. 2, 2004, pp. 217-281, y Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 156-183.

reconocidos en el Tratado mismo desde hace décadas, máxime que si ya están siendo “garantizados” vía indirecta o mediante las reparaciones, lo correcto es que se aborden de frente, evaluando su contenido y alcance. La vía de protección anterior, si bien ha tutelado ciertos aspectos de esos derechos, ha corrido el riesgo de maximizar otros DCP que claramente no contemplaban aspectos de esta naturaleza, como lo concerniente a los derechos a la vida e integridad personal (abordando salud), propiedad privada (abordando derechos colectivos indígenas, vivienda, pensiones), libertad de expresión (abordando derechos al consentimiento en salud, ambiente o derechos laborales), entre otros, encubriendo en realidad, derechos sociales (ver *infra*).

3. LA DERIVACIÓN DE LOS DERECHOS A LA ESTABILIDAD LABORAL Y ASOCIACIÓN COMO DERECHOS JUSTICIABLES

La sentencia *Lagos del Campo* analizó por primera ocasión, vía directa —es decir, no a través de DCP, sino del contenido propio o autónomo del derecho en cuestión—, los contenidos básicos de los derechos al trabajo, particularmente a la *estabilidad laboral* y el *derecho de asociación*. A continuación, desarrollaré cómo la sentencia llegó a la verificación de la consolidación de tales derechos como exigibles.

3.1. Estabilidad Laboral

3.1.1. *Ex officio*

Respecto del *derecho al trabajo*, siendo que este no había sido invocado específicamente por la Comisión IDH o los representantes de las víctimas en la “etapa de litigio” ante la Corte, el Tribunal Interamericano notó que el señor Lagos del Campo había alegado la violación del derecho al trabajo tanto en instancias internas como en todas las etapas previas a la admisibilidad ante la Comisión.³³ No obstante, resulta relevante destacar que la Comi-

³³ *Ibidem*, párr. 133.

sión, en su informe de admisibilidad, si bien observó el alegato explícito de este derecho, no se pronunció respecto del mismo, sino que hizo un silencio omiso, ya que sí declaró otros derechos inadmisibles o decidió no pronunciarse por falta de elementos.³⁴ Lo anterior revela quizás, la ambivalencia por parte de la Comisión en el año 2010, respecto de la justiciabilidad o no de los DESCAs.³⁵ No obstante, cabe observar que para el año 2009, la Corte ya había dictado la sentencia en el caso *Acevedo Buendía*, dando señales positivas sobre su competencia para pronunciarse respecto del artículo 26 convencional, aunque en vía de la progresividad (además de lo previamente dispuesto en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* en el año 2003).³⁶ En vista de lo anterior, la Corte notó que el Estado había tenido conocimiento de dicho reclamo laboral en etapas internas e internacionales, por lo que acudió al principio *iuria novit curia* para pronunciarse (de oficio) respecto del derecho a la estabilidad laboral, a la luz del artículo 26 de la CADH.³⁷

A mi parecer, este particular hecho por sí mismo refleja una actitud proactiva por parte de la Corte para dotar de contenido el Tratado que le corresponde analizar como su máximo intérprete. Con ello, anunció a los operadores y beneficiarios del SIDH sobre la dirección o rumbo de su interpretación. Así, uno de los pasos más importantes en la historia de los derechos humanos —esto es, la justiciabilidad directa de los DESCAs— ha sido acogido por la propia Corte *ex officio*, bajo la perspectiva de “dame los hechos, y te daré el derecho”, lo cual representa una invitación a abordar esta temática frente a un nuevo paradigma interamericano.

Cabe recordar que la Comisión IDH no había invocado el artículo 26 ante la Corte desde los casos *Cinco Pensionistas* en 2003 y *Yakye Axa* en 2005. Tampoco los y las representantes de

³⁴ *Ibidem*, párr. 133, inc. k y párr. 135.

³⁵ La CIDH alegó el artículo 26 ante la Corte IDH en al menos dos ocasiones. En los casos *Cinco Pensionistas* en 2003 y *Yakye Axa* en 2005. Véase voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, párr. 47.

³⁶ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.

³⁷ *Ibidem*, párrs. 139-140.

las víctimas habían persistido en esta tarea, limitándose a invocarlo en al menos seis ocasiones.³⁸ Sin perjuicio de lo anterior, como consecuencia de la deuda histórica y realidad emergente, en el año 2017 la Comisión IDH creó una Relatoría Especial para los DESCAs, con lo que se vislumbra que su actividad propiciará en mayor medida la articulación de casos en estas materias. Con ello, la combinación del precedente *Lagos del Campo* con lo que pueda generar dicha Relatoría podrá dar cabida y prioridad a un catálogo de derechos que por muchos años estuvieron relegados y tratados como secundarios.

3.1.2. Verificación de la consolidación del derecho como exigible

A fin de analizar el derecho a la estabilidad laboral, la sentencia de la Corte recurrió a analizar los siguientes siete elementos, los cuales se sistematizan en este estudio de manera didáctica a través de un test o examen que denomino “verificación de la consolidación del derecho como exigible”, debido a que podrá resultar

³⁸ Véase voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, párr. 47.

En este sentido, precisó que los representantes de las víctimas han alegado el art. 26 en solo seis oportunidades. A saber *Cfr. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 253; *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 115. B (en este caso los representantes alegaron que el derecho a la educación era un derecho tutelado por el art. 26 de la Convención Americana bajo el contexto de la violación del art. 19 de la Convención Americana); *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 134; *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 4; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párrs. 137-139, y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 159.

relevante para posteriores análisis de derechos. A saber: 1. *derivación a la Carta de la OEA*; 2. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; 3. *artículo 29 de la CADH*; 4. *legislación interna*; 5) *corpus iuris internacional*; 6. *estándares derivados de la consolidación del derecho*; 7. *afectación al caso concreto*.

3.1.2.1. *Derivación a la Carta de la OEA*

La sentencia verificó que el derecho al trabajo se encuentra reconocido en los artículos 45.b y c,³⁹ 46⁴⁰ y 34.g⁴¹ de la Carta de la OEA, los cuales establecen, entre otras cosas, que “[e]l tra-

³⁹ Artículo 45 de la Carta de la OEA. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva [...].

⁴⁰ Artículo 46 de la Carta de la OEA. Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad.

⁴¹ Artículo 34.g de la Carta de la OEA. Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.

bajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, reconocen el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”. Además, indican que los Estados deben “armonizar la legislación social”⁴² para la protección de tales derechos.

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

La Corte determinó la relevancia de interpretar la Carta de la OEA integrando las normas pertinentes que la Declaración Americana contiene y define como derechos esenciales.⁴³ En vista de ello, recordó que dicha norma “resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la organización, una fuente de obligaciones internacionales”.⁴⁴ En consecuencia, la Corte subrayó que el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”.⁴⁵

3.1.2.3. Artículo 29 de la CADH

Cabe reiterar que el artículo 29 de la CADH es *la norma* que dispone explícitamente cómo se debe interpretar ese Tratado. Por tanto, constituye una norma específica o *lex specialis*, inclusive

⁴² *Lagos del Campo, supra*, párr. 143.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 144. *Cfr.* Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10, párrs. 43 y 45.

⁴⁵ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

en relación con la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, por lo que no sería posible interpretar ninguno de los preceptos de la CADH alejado a esta disposición.

En este sentido, la sentencia hizo alusión a los principios de interpretación establecidos en dicha norma, al considerar que i) “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”,⁴⁶ por lo que la consagración del derecho al trabajo en dicha Declaración resulta parte de los derechos protegidos; ii) el inciso b) prohíbe limitar el goce o ejercicio de derechos que estén reconocidos en las leyes del Estado o de acuerdo con otras convenciones que sean parte. Es decir, resulta indispensable verificar si ese derecho está reconocido en la legislación interna, como lo veremos a continuación; iii) la sentencia también hizo alusión al inciso c), que se refiere a no excluir otros derechos que son inherentes al ser humano y que se derivan de la forma democrática de gobierno. Lo anterior demuestra que la Corte entiende que el derecho al trabajo, como norma consolidada, es un derecho inherente al ser humano.

3.1.2.4. Legislación interna y comparada

En alusión al inciso b) del artículo 29 de la CADH, la Corte verificó, por un lado, que tanto las Constituciones Políticas de 1979 y 1993 del Perú como la ley laboral, al momento de los hechos, reconocían explícitamente el derecho a la estabilidad laboral⁴⁷ y

⁴⁶ *Lagos del Campo, supra*, párr. 144.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 138. Cfr. Congreso de la República de Perú, Constitución Política del Perú, de 12 de julio de 1979. Artículo 48. “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. [...]”; Congreso de la República del Perú, Constitución Política del Perú, de 29 de diciembre de 1993. Artículo 22. “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona” y en el Artículo 27. “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” y Congreso de la República del Perú. Ley 24514. Artículo 2. “Están amparados por la presente [l]ey los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad

por otro lado, que el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región.⁴⁸ Es decir, la Corte verificó de oficio que existe un consenso internacional en la materia en derecho interno, que lo reviste de fortaleza no solo convencional sino constitucional.

3.1.2.5. *Corpus iuris internacional*

A fin de verificar la consolidación de este derecho, la Corte también hizo alusión a lo que denominó un “vasto *corpus iuris* internacional”, *inter alia*:

“el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴⁹ el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁵⁰ los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas,⁵¹ los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la

privada o de las empresas públicas sometidas al régimen de la actividad privada [...]”.

⁴⁸ Párr. 145. Citando lo siguiente: Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que se refieren de alguna forma a la protección del derecho al trabajo, se encuentran: Argentina (art. 14 bis), Bolivia (arts. 46 y 48), Brasil (art. 6), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Chile (art. 19), Ecuador (art. 33), El Salvador (arts. 37 y 38), Guatemala (art. 101), Haití (art. 35), Honduras (arts. 127 y 129), México (art. 123), Nicaragua (arts. 57 y 80), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), Perú (art. 2), República Dominicana (art. 62), Surinam (art. 4), Uruguay (art. 36), y Venezuela (art. 87).

⁴⁹ Artículo 6.1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho [...].

⁵⁰ Artículo 23. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completa, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

⁵¹ Artículo 8. La promoción del trabajo decente, la reducción del desempleo y del subempleo y la atención a los desafíos del trabajo informal son ele-

Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵² el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁵³ el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁵⁴ así como el

mentos esenciales para alcanzar el desarrollo económico con equidad. El respeto de los derechos de los trabajadores, la igualdad de oportunidades en el empleo y la mejora de las condiciones de trabajo son elementos esenciales para lograr la prosperidad. La cooperación y el diálogo social entre representantes de los gobiernos, los trabajadores, empleadores y otras partes interesadas promueven una buena gestión y una economía estable.

⁵² Artículo 6. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos [...].

Artículo 7. Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; *d.* la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional [...].

⁵³ Artículo 11. 1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos [...].

⁵⁴ Artículo 32. [...] 2. Los Estados partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados partes, en particular: *a)* Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; *b)* Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; *c)* Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

artículo 1 de la Carta Social Europea⁵⁵ y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos⁵⁶

Asimismo, a fin de dotar de contenido el derecho a la estabilidad laboral, la sentencia acudió a actos jurídicos y organismos especializados en materia internacional para definir las obligaciones que se derivan de dicho derecho,⁵⁷ a saber: la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al trabajo;⁵⁸ el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la terminación de la relación de trabajo (1982);⁵⁹ la recomendación 143 de la OIT⁶⁰

⁵⁵ Artículo 1. Derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo. 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.

⁵⁶ Artículo 15. Todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo.

⁵⁷ *Lagos del Campo, supra*, párrs. 147-148.

⁵⁸ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 18: El derecho al Trabajo, UN, doc. E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005.

⁵⁹ OIT, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, núm. 158, 23 noviembre 1985. Cabe señalar que, tal como lo señaló el Estado peruano, el convenio 158 no ha sido ratificada por Perú.

⁶⁰ *Cfr.* OIT, Recomendación sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, núm. 143. sesión de la conferencia: 56, 23 de junio de 1971.

A saber: Punto 5: Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor. Punto 6: (1) Cuando no existan suficientes medidas apropiadas de protección aplicables a los trabajadores en general, deberían adoptarse disposiciones específicas para garantizar

sobre representantes de los trabajadores e, inclusive, hizo alusión a un pie de página de la Agenda 2030 de la ONU.⁶¹

3.1.2.6. *Estándares derivados de la consolidación del derecho*

En vista de los anteriores cinco elementos descritos, el Tribunal concluyó que de las normas interpretadas, las obligaciones específicas *para el derecho a la estabilidad laboral en el ámbito privado* a ser analizado en el caso concreto —relacionado con un despido injustificado de un líder de trabajadores por una empresa privada— son las siguientes:⁶²

la protección efectiva de los representantes de los trabajadores. (2) Tales disposiciones podrían incluir medidas como las siguientes: (a) definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores; (b) exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo; (c) procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto; (d) por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; (e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado; (f) reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal.

⁶¹ Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030, la cual cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas en favor de las personas, el planeta y la prosperidad. En particular, el objetivo 8 promueve el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Las metas 8.5 y 8.8 están enfocados en proteger los derechos de los trabajadores y promover un entorno de trabajo seguro.

⁶² *Lagos del Campo, supra*, párr. 149.

a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización⁶³ de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

3.1.2.7. *Afectación al caso concreto*

Luego de un análisis del contenido del derecho en cuestión, la sentencia procedió a la aplicación de la subsunción del estándar al caso concreto. Al respecto:

- i) observó las condiciones del trabajador, al considerar que la víctima había trabajado como obrero en tal empresa por casi 13 años y era también el presidente del Comité Electoral de la asociación laboral de la empresa;
- ii) analizó también que acudió a las instancias laborales correspondientes a fin de cuestionar su despido, donde obtuvo un fallo favorable en primera instancia, el cual fue luego revertido por la segunda instancia. De lo anterior se desprende que el señor Lagos agotó los recursos internos laborales necesarios a fin de proteger sus derechos;
- iii) verificó que el despido fue arbitrario, al no considerar las protecciones reforzadas que tenía como representante de los trabajadores, así como el interés público de sus manifestaciones;
- iv) comprobó que dicha decisión arbitraria por parte de la empresa fue avalada por las autoridades, incumpliendo el Estado en su deber de garantía;

⁶³ *Mutatis mutandi*, *Caso Ximenes López vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 99; *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, párr. 133, y *Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C, núm. 309, párr. 216.

- v) finalmente, las consecuencias de esta decisión repercutieron en que perdió su empleo; no fue reincorporado ni recibió ninguna compensación ni los beneficios de la seguridad social, particularmente relativos a su *pensión por jubilación*, ni pudo continuar con su labor como *representante de los trabajadores*.⁶⁴

La sentencia también reconoció que dichas vulneraciones repercutieron además en su esfera personal y familiar.

3.2. Derecho de Asociación

Siendo que el derecho a la *libertad de asociación* se encuentra explícitamente garantizado en el artículo 16 de la CADH, no correspondía realizar el mismo análisis de verificación de un derecho consolidado abordado anteriormente.⁶⁵ En vista de ello, la sentencia constató los siguientes puntos que se exponen brevemente: i) los derechos sindicales están garantizados también por el artículo 8 del Protocolo de San Salvador y el *corpus iuris* internacional;⁶⁶ ii) “la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses

⁶⁴ *Lagos del Campo, supra*, párr. 151.

⁶⁵ No obstante, véase voto del juez Ferrer, quien desarrolla la relevancia de haber realizado un examen más exhaustivo de este derecho a la luz del art. 26.

⁶⁶ *Cfr.* OIT. Convenio Número 87 Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, de 17 de junio de 1948 y Convenio Número 98 Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, de 8 de junio de 1949. *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, supra*, párr. 158. *Cfr.* Protocolo de San Salvador, art. 19.6; Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador, opinión consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22, párr. 87, y *Caso Huilca Tecse vs. Perú, supra*, párr. 74.

legítimos de los trabajadores”;⁶⁷ iii) la Carta de la OEA reconoce el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses,⁶⁸ mientras que la DADDH, en su artículo XXII, también protege el derecho a asociarse,⁶⁹ y iv) el preámbulo de la Carta Democrática Interamericana⁷⁰ reconoce que el derecho de los trabajadores a asociarse para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos.

En vista de lo anterior, el Tribunal determinó que en el caso concreto, como consecuencia del despido, el señor Lagos del Campo no pudo continuar con sus labores de representación de los trabajadores. Asimismo, el despido privó a los mismos de la representación de uno de sus líderes y pudo haber tenido un efecto amedrentador e intimidante en el grupo, por lo que se declaró la violación de los artículos 16.1 y 26 de la CADH en relación con otros derechos.

4. LA FÓRMULA DEL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DESCA

La sentencia titula el análisis de los artículos 8 y 25 de la CADH como “El acceso a la justicia para tutelar la estabilidad laboral, como derecho protegido en la Constitución”.

Recordemos que el artículo 25 de la CADH establece el derecho a la existencia de recursos *adecuados* y *efectivos* que amparen contra violaciones a derechos, *no solo reconocidos en la CADH sino en la Constitución o en las leyes*. Es decir, bastaría que un DESCA esté reconocido internamente para que pudiera ser exigible

⁶⁷ *Lagos del Campo*, *supra*, párr. 158.

⁶⁸ Carta de la Organización de los Estados Americanos, art. 45.c.

⁶⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

⁷⁰ Carta Democrática Interamericana, Preámbulo, y Convenio sobre los representantes de los trabajadores, *supra*, art. 3.b.

la existencia de un recurso adecuado y efectivo de conformidad con el artículo 25 convencional. Esta fórmula no ha sido del todo abordada por la jurisprudencia y representa también la apertura a reclamos de derechos que inclusive no están reconocidos en la Convención o sus posibles derivaciones a la Carta, pero sí en la legislación del propio Estado.

Al respecto, en el año 2007 la CIDH emitió un informe sobre esta hipótesis titulado “*El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”.⁷¹ Resulta relevante atender las conclusiones de este informe a fin de desarrollar vías de protección de los DESCA.

Como ya precisamos, en el caso *Lagos del Campo* la Corte reiteró que tanto la Constitución Política de 1979 como la de 1993 de Perú y la ley laboral, al momento de los hechos, reconocían explícitamente el derecho a la estabilidad laboral.⁷²

Cabe hacer notar que en el caso resuelto, dicho análisis correspondió a un momento procesal distinto al despido y subsecuente proceso ante las instancias laborales. En particular, el debate se generaba respecto de los demás recursos que el señor Lagos interpuso para reclamar el despido injustificado, luego de haberse revertido la decisión de primera instancia laboral que le había dado la razón. Es decir, frente a la decisión de segunda instancia, no contó con otro recurso adecuado y efectivo que revisara las omisiones tanto procesales como sustantivas. Se podría

⁷¹ Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodes-ci-ii.sp.htm>

⁷² Cfr. Congreso de la República del Perú, Constitución Política del Perú, 12 de julio de 1979. Artículo 48. El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada. Congreso de la República del Perú, Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993, Artículo 22. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona y en Artículo 27. La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. Congreso de la República del Perú Ley 24514. Artículo 2. Están amparados por la presente ley los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada o de las empresas públicas sometidas al régimen de la actividad privada [...].

afirmar, entonces, que la víctima se quedó en estado de indefensión. Es por ello que en este aspecto estamos hablando de una vulneración adicional a la ya acreditada en materia sustantiva con el despido y propiamente abordado en los artículos 8, 13, 26 y 16 convencionales.

En materia penal, dicha cuestión equivaldría a lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención (derecho al doble conforme) y la jurisprudencia de la Corte IDH aplicable en la materia.⁷³ Sin embargo, dicho dispositivo no está previsto, al menos de manera explícita para otras materias, por ejemplo respecto la laboral (art. 8.1). Sin perjuicio de ello, el artículo 25 debe ser garante de otros recursos que deban tutelar la protección de los derechos humanos.

En el caso particular, el señor Lagos interpuso al menos siete recursos judiciales y varias solicitudes ante los órganos judiciales de Perú, que fueron todos denegados por distintos motivos procesales, mediante los cuales intentó dejar sin efectos la sentencia que avaló el alegado despido injustificado, haciendo alusión particular a sus derechos constitucionales a la *estabilidad laboral y el debido proceso*.⁷⁴

Así, lo relevante en este punto de análisis consiste en proyectar cómo el artículo 25 convencional puede ser un portal de protección judicial para otros derechos que quizás no hayan alcanzado el umbral de consolidación internacional como los derechos explícitos que se derivan de la Carta o la Declaración.

5. LOS DEBATES GENERADOS EN LA CORTE IDH CON MOTIVO DEL CASO *LAGOS DEL CAMPO* Y EN OTROS ANÁLISIS

Es claro que el presente caso generó un intenso debate en el seno de la Corte IDH. Como se deriva de la sentencia, el caso se de-

⁷³ Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C, núm. 255.

⁷⁴ Véase Resumen Oficial de la Sentencia *Lagos del Campo*, *supra*, párr. 181.

liberó en dos periodos de sesiones (18 de mayo y 29 de agosto de 2017),⁷⁵ asimismo, contó con una votación de cinco votos a favor y dos en contra respecto de los puntos más novedosos previamente abordados (art. 26). Lo anterior demuestra, por un lado, la pluralidad de opiniones con que cuenta esta Corte, pero también, el privilegio que aún tiene este Tribunal Interamericano de reflexionar en torno a sus sentencias, en cuanto a tiempo de análisis para deliberar e inclusive que los jueces emitan sus opiniones por escrito. Cuatro votos particulares escritos fueron fruto de esta sentencia y con ello, sin lugar a dudas, se enriquece el debate en la materia. Si bien también denota una diferencia de criterios, de la votación no se desprende el riesgo de que el precedente sea revertido a corto plazo, sino más bien que este se vaya consolidando.

Por parte del bloque a favor se destacan los votos del entonces presidente Roberto F. Caldas y el entonces vicepresidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor, mientras que los votos disidentes corresponden a los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Sierra Porto.

El juez Caldas enfatizó la trascendencia de la sentencia como primer paso jurisprudencial en la materia y desarrolló reflexiones respecto de la utilización del principio *iuria novit curia* en este caso y la protección vía el derecho al acceso a la justicia. También destacó los objetivos de la Carta Social de las Américas que refrendan el compromiso en la región en la observancia de los DESCAs,⁷⁶ entre otros. En particular, señaló:

que esta es una decisión histórica, que representa un paso jurisprudencial. Si bien, un demorado trayecto pero debidamente estudiado, reflexionado, ponderado y trabajado [DESCA) por diversas composiciones judiciales de este Tribunal de San José, y con ello la decisión de declarar violado por primera vez, en su historia jurisprudencial, el artículo 26 de CADH”). Esta decisión se adoptó de manera tan consciente y madura que me parece importante reflejar la fuerza conjunta de todas las composiciones que en ese momento llegasen a la misma conclusión. Aunque ampliamente mayoritaria

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 13.

⁷⁶ Voto razonado del juez Roberto Caldas en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*.

la votación (cinco votos contra dos), creemos que la siempre deseable unanimidad llevará algún tiempo [en] alcanzar debido a las distintas formaciones o experiencias nacionales.⁷⁷

El juez Ferrer tituló su voto como “La justiciabilidad directa de los [DESCA:] una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana”. Luego de varios votos precedentes a este y de gran relevancia, los cuales han reflejado sus aportes a la temática, en el presente voto desarrolló temas como la justiciabilidad del derecho al trabajo mediante el artículo 26 de la Convención Americana y la aplicación del principio *iura novit curia*; el derecho de asociación en la jurisprudencia de la Corte IDH; el derecho de asociación laboral para la protección y promoción de los intereses de los trabajadores como parte del derecho al trabajo, entre otros. Se puede destacar su visión del fallo al referir que:

El caso *Lagos del Campo vs. Perú* abre un nuevo y rico horizonte en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lo anterior debido a la interpretación evolutiva que [la Corte IDH] realiz[ó] del artículo 26 de la [CADH]. Particularmente, por el paso que se da hacia la justiciabilidad plena y directa de los [DESCA]. [...] Así, los avances realizados en el caso *Lagos del Campo* en materia del derecho al trabajo (estabilidad y asociación laboral), y en materia de la protección y garantía de los DESCAs por la vía directa y mediante un análisis integral y conglobado de los [DESCA], permiten dar un paso histórico hacia una nueva época de la jurisprudencia interamericana.

Este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o no regresividad, o sobre aspectos sobre la disponibilidad de recursos, o sobre la legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas. Pensar que los derechos sociales se reducen a este tipo de análisis es perpetuar los falsos mitos relativos a que los DESCAs solo dependen del paso del tiempo para ser garantizados. Esta creencia no tiene en cuenta que existen las obligaciones estatales de respeto y garantía, que son aplicables a todos los derechos humanos sin distinción. No se pretende judicializar las políticas públicas sociales, sino de lograr la protección efectiva de los derechos humanos en un caso particular.

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 1.

A partir de ahora, el Tribunal Interamericano puede abordar las diversas problemáticas que se le presenten, ya no a través de la conexidad o vía indirecta, subsumiendo el contenido de los DESCAs en los DCyP; sino teniendo una visión social más amplia de las violaciones que se presenten en los futuros casos [...]. Estoy convencido que esta nueva visión de los derechos sociales interamericanos, permitirá el análisis más detallado y comprensivo de los derechos y obligaciones comprometidos en un caso, permitiendo el desarrollo de criterios jurídicos y estándares, que aborden de modo más propio y puntual asuntos de hondo impacto en la vigencia de los derechos humanos en la región.⁷⁸

Por su parte, el juez Vio Grossi discrepó respecto de la referencia al artículo 26 de la CADH. Mostró su respeto a la decisión, pero enfatizó que, sin ánimo de debilitar los efectos de la sentencia, expresaba su disidencia con la declarada violación del artículo 26, por lo que acudiendo a los documentos interamericanos y las normas de interpretación sostuvo que:

[...] se discrepa de lo resuelto en la Sentencia habida cuenta que, haciendo la Convención una clara distinción entre los derechos políticos y civiles y los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho al trabajo, incluyendo al derecho a la estabilidad en el empleo, en tanto integrante de los últimos mencionados, no es derecho “reconocido” en la Convención y no se encuentra, consecuentemente, al amparo del sistema de protección previsto en ella únicamente para el primer tipo de derechos señalados. Para que los derechos económicos sociales y culturales pudieran judicializar ante la Corte, sería menester la suscripción de un protocolo complementario, lo que no ha acontecido, salvo parcialmente en el Protocolo de San Salvador, pero para materias ajenas a las de autos.

Se disiente también en mérito de que lo que establece el artículo 26 de la Convención son obligaciones de comportamiento de los Estados, no reconocimiento de derechos de los seres humanos, norma que, por lo demás, se remite a la Carta de la OEA, la que, a su vez, tampoco lo hace, sino más bien estipula “metas” o “finalidades” o “principios y mecanismos” que los Estados se comprometen a alcanzar o a implementar, según corresponda. Adicionalmente, no se

⁷⁸ Voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párrs. 1, 51-52.

comparte lo decidido puesto que, al permitir que lo previsto en el artículo 26 citado se pueda judicializar ante la Corte, no solo deja sin sentido lo dispuesto tanto en los artículos 31, 76.1 y 77.1 de la Convención como en el Protocolo de San Salvador, sino que permitiría que todos los derechos que se derivan de la Carta de la OEA lo sean, eventualidad evidentemente del todo alejada de lo convenido.⁷⁹

El juez Sierra Porto expresó sus puntos de disidencia respecto de la justiciabilidad de los DESCAs, derivados de la CADH y su desacuerdo con el análisis desarrollado en el fallo y las consecuencias de la decisión en la legitimación de la Corte. Al respecto, señaló que

Si de por sí, intentar construir un catálogo de DESC a partir de la Carta es una tarea interpretativa compleja, entrar a utilizar cuanto tratado de derechos humanos existe para llenar de contenido al artículo 26 de la CADH, lo único que puede generar es una dinámica de “vis expansiva” de la responsabilidad internacional de los Estados. Es decir que al no tener presente un catálogo definido de los DESC cuya infracción genera responsabilidad de los Estados, estos no pueden prevenir ni reparar internamente las posibles infracciones porque básicamente la Corte IDH puede modificar el catálogo de los derechos dependiendo del caso.⁸⁰

A manera de contexto con otras composiciones de este Tribunal, podemos observar que el expresidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente en el caso *Acevedo Buendía*, resaltó que el dispositivo del artículo 26 no se trata de expresiones programáticas que induzcan políticas públicas, sino de fórmulas normativas que determinan el sentido y el contenido de esas políticas, de las disposiciones en las que estas se expresan y de los actos en que unas y otras se concretan.⁸¹ La también expresidenta del Tribunal Interamericano, Cecilia Medina Quiroga, ha señalado en este sentido que no puede haber dudas de que la

⁷⁹ Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 5.

⁸⁰ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, p. 5, párr. 13.

⁸¹ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia en el caso *Acevedo Buendía y otros*, *supra*, párr. 19.

Convención parte de la base de que sí emergen derechos desde la Carta y que la función del intérprete, por tanto, es precisarlos.⁸² Por su parte, la exjueza Margarette May Macaulay abogó por la justiciabilidad del artículo 26 y precisó que correspondía a la Corte IDH actualizar el sentido normativo de este artículo, ya que de la interpretación histórica no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana a los DESCA.⁸³

Por otra parte y en sentido coincidente, el expresidente de la Comisión IDH, Victor Abramovich, ha resaltado que resulta indudable que el artículo 26 denota la voluntad de los Estados de reconocer obligaciones legalmente vinculantes con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar del camino que debe recorrerse para determinarlo.⁸⁴

6. RELEVANCIAS ADICIONALES DEL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA *LAGOS DEL CAMPO*

Siendo que varios puntos de análisis han sido destacados en el artículo y se desarrollan principalmente en los votos particulares de los jueces Caldas y Ferrer, a continuación merece la pena destacar cuatro puntos adicionales que son relevantes del análisis de la sentencia *Lagos del Campo*, a saber: a) *Derechos sociales, un paso a la vez*; b) *Visión garantista y transparencia*; c) *Derivación de la responsabilidad estatal*, d) *Reparación integral con nexo causal*.

6.1. Derechos sociales, un paso a la vez

Con el análisis desarrollado en la sentencia, la Corte abre la puerta a la evaluación de los DESCA. ¿Qué significa ello y cuáles y

⁸² Medina, C., *op. cit.*, p. 227.

⁸³ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlán vs. Argentina*, *supra*, párr. 9.

⁸⁴ Rossi, J. y Abramovich, V., “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Estudios Socio-Jurídicos Colombia*, vol. 9, núm. especial, abril de 2007, p. 38.

cuántos derechos calificarían en esta interpretación? Considero que son puntos que deberán ser analizados caso a caso. Si bien dicho examen de “verificación de la consolidación de derechos” puede aplicar a varios DESCAs, habrá otros en que la derivación normativa sea quizás más colateral o emergente (como los llamados “derechos de cuarta generación” o “subsecuentes”). Desde mi punto de vista, lo substancial será analizar en los determinados casos qué tan consolidado se encuentra el derecho en cuestión en el derecho nacional e internacional, a fin de acreditarse como un derecho protegido por el artículo 26 de la CADH.

No obstante, considero que lo relevante en el caso *Lagos del Campo* es que el “derecho al trabajo” cumplía con todos los elementos de verificación de su consolidación. Frente a ello, estimo que el paso dado por la Corte con esta primera interpretación fue acertado al haberlo realizado con un derecho de esta naturaleza e inclusive marcando las pautas, de oficio, del nuevo paradigma.

6.2. Visión garantista y transparencia

Dicho análisis revela también una visión humana y garantista de los derechos esenciales de una persona que sufre las consecuencias de un acto arbitrario avalado por las autoridades estatales. Resulta muy difícil argumentativamente que un caso que trata a todas luces sobre un despido injustificado y ventilado ante instancias laborales se tenga que “revestir” exclusivamente de la tutela de derechos como la *libertad de expresión (DCP)*. En función exclusiva de este derecho, lo que se habría analizado y determinado en favor de la víctima habría sido la protección a expresar sus ideas como representante, desconociendo que en realidad también se le despidió irregularmente y por ende se quedó sin trabajo. La anterior falencia ha quedado evidenciada en muchos otros casos donde el Tribunal ha realizado muchos esfuerzos argumentativos de la llamada “vía indirecta”, a fin de abstenerse de revelar el derecho analizado, a través de un fraseo que lo encubre para enmarcarlo en otro derecho de los llamados DCP.⁸⁵

⁸⁵ Véase por ejemplo los casos Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviem-

6.3. Derivación de la responsabilidad estatal

Resulta de gran relevancia la aproximación realizada por la Corte en la sentencia *Lagos del Campo* respecto de una materia poco abordada en su jurisprudencia. Me refiero en particular, a la adjudicación de la responsabilidad del Estado por acciones en primera instancia de terceros o privados.

Recordemos que la mayoría de la jurisprudencia ha versado respecto del incumplimiento del Estado a sus obligaciones de respeto o garantía frente a personas o grupos de personas. Es decir, actos u omisiones del Estado que violan directamente derechos humanos (como sería el caso de violaciones graves a derechos humanos). Otro tipo de casos también ha tenido que ver con el deber del Estado frente a acciones de particulares, pero vía el deber de garantía y debida diligencia frente a un riesgo conocido (deber de prevenir violaciones de derechos humanos).⁸⁶ También se han verificado omisiones en el deber de investigar o garantizar el acceso a la justicia (*garantías judiciales y/o protección judicial*), en el marco de los procesos judiciales o administrativos. Adicionalmente se han abordado los deberes de vigilancia y fiscalización de la actuación de particulares cuando esta afecta derechos como la vida o integridad (DCP).⁸⁷ Por su parte, en casos de vulneraciones a la libertad de expresión (art. 13), siempre se ha lidiado con sanciones impuestas por el Estado directamente (a través de órganos judiciales), sea porque la víctima incurrió en alegadas injurias o calumnias, o respecto de los límites y alcances de las responsabilidades ulteriores.⁸⁸

bre de 2016. Serie C, No. 329, y *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246. Véase también el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el *caso Suárez Peralta vs. Ecuador*.

⁸⁶ Por ejemplo ver casos: *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205; *Caso Luna López vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C, núm. 269.

⁸⁷ Por ejemplo: *Casos Ximenes López, Albán Cornejo, Suárez Peralta*.

⁸⁸ Revisar el tema de Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de

El caso *Lagos del Campo* es novedoso en el análisis de la responsabilidad internacional estatal, ya que la misma derivó no por una sanción o limitación directa de la autoridad, sino *por haber avalado, a través de sus autoridades judiciales, una acción arbitraria de un privado*, por lo que esto no solo viola derechos procesales (arts. 8 y 25), sino también las dimensiones sustantivas de los derechos en cuestión, como en este caso la *libertad de expresión, la estabilidad laboral y el derecho de asociación* (arts. 13, 26 y 16).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado de manera robusta esta línea jurisprudencial de responsabilidad por decisiones judiciales que avalan arbitrariedad,⁸⁹ pero siempre a través de DCP como lo dispone su tratado (Convención Europea de Derechos Humanos).

A la luz de este análisis de responsabilidad y vigencia de los DESCAs, resultaría interesante reflexionar: ¿cómo hubiera analizado la Corte otros casos previamente deliberados, por ejemplo, los casos *Mémoli vs. Argentina*, *Suárez Peralta vs. Ecuador*, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *Cinco Pensionistas vs. Perú*, *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, etc.).

Esta línea de análisis abre la posibilidad también a una nueva generación de casos no solo de derechos sociales, sino de vulneraciones en la esfera privada, donde la autoridad avala o incumple con obligaciones de garantía frente a particulares (y no solo desde la perspectiva de la fiscalización administrativa). Lo anterior corresponde a una dimensión mucho más actual y realista de los derechos humanos, pues en muchos casos hemos superado la etapa de las violaciones deliberadas por parte de la autoridad y nos enfrentamos a acciones de particulares que no respetan dimen-

2013, párr. 123; Cfr. *Caso Kimel vs. Argentina* y *Caso Granier y otros vs. Venezuela*.

⁸⁹ TEDH, *Caso Palomo Sánchez y otros vs. España*, [GS] núms. 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06. Sentencia de 12 de septiembre de 2011, párr. 56; *Caso Fuentes Bobo vs. España*, núm. 39293/98. Sentencia de 29 de febrero de 2000, párr. 38; *Caso Özgür Gündem vs. Turquía*, núm. 23144/1993. Sentencia 16 de marzo de 2000, párr. 43-50, y *Caso Dink y otros vs. Turquía*, núms. 2668/2007, 6102/2008, 30079/2008, 7072/2009 y 7124/2009. Sentencia de 14 de septiembre de 2010, párr. 106.

siones esenciales de los derechos humanos, por ejemplo, el caso de las empresas transnacionales. Resulta pertinente recordar que en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015)* se advirtió que:

la Corte toma nota de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”,⁹⁰ avalados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos.⁹¹ En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, *los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas*. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante

⁹⁰ Cfr. ONU, Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Informe del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas, John Ruggie, presentado durante el 17º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf y <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TransnationalCorporations/Pages/Reports.aspx> El Consejo de Derechos Humanos avaló dichos principios y creó un comité para promover su implementación. Cfr. Consejo de Derechos Humanos, resolución 17/4, UN, doc. A/HRC/17/4, 6 de julio de 2011, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement> Asimismo, cfr. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Guía para la interpretación, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf En similar sentido, la OEA en su resolución de 4 de junio de 2014 hace evidente la necesidad de continuar implementando instrumentos que sean jurídicamente vinculantes sobre las empresas y el “desarrollo de mecanismos que permitan el intercambio de buenas prácticas y experiencias en cuanto a la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial”. Cfr. resolución AG/RES. 2840 (XLIV-O/14), sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el ámbito empresarial. Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2840_XLIV-O-14.pdf

⁹¹ Cfr. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, *supra*, Principios 1, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 22, 25.

políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.⁹² (Las curvas son nuestras)

En similar sentido, dicho criterio ha sido reiterado por la opinión consultiva OC-23/17, sobre obligaciones estatales en relación con el medio ambiente.⁹³

6.4. Reparación integral con nexo causal

¿Cuál fue el efecto de la declaración del artículo 26 en las reparaciones del caso concreto en *Lagos del Campo*? En el capítulo de reparaciones, la Corte derivó el nexos causal⁹⁴ de sus reparaciones en la violación, entre otros derechos, del artículo 26, pero particularmente este fue el fundamento causal para determinar las indemnizaciones por *lucro cesante*, correspondiente a los salarios dejados de percibir (28,000.00 USD) y, sobre todo, del pago por la *pérdida de la pensión y beneficios sociales* (30,000.00 USD).

Lo anterior resulta importante en el sentido de dotar a la “reparación integral” de un nexos *verdaderamente causal* para de-

⁹² Cfr. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, *supra*, Principio 1. *Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párr. 225 (el subrayado es nuestro).

⁹³ Corte IDH. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal. Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos, opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, párr. 154. En particular, sobre el impacto de grandes proyectos en el medioambiente, específicamente la región del mar Caribe, y la consecuente afectación de los derechos a la vida e integridad personal de las personas que habitan y subsisten en dichas zonas.

⁹⁴ La Corte ha establecido que las reparaciones deben tener un nexos causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho. Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 191, párr. 110.

terminar el tipo de reparaciones que la Corte provee en muchos casos. Cabe señalar que en anteriores oportunidades, la Corte ordenó medidas que protegían o garantizaban DESCAs, pero sin haber declarado violaciones al respecto en el análisis de fondo del caso.⁹⁵ La oportunidad de que haya una coherencia en el análisis del fondo con lo resuelto en las reparaciones, brinda también seguridad jurídica a las partes y particularmente a los Estados. Tómese nota de que la falta de nexo de causalidad ha venido siendo el principal motivo de la desestimación de las solicitudes de reparaciones por parte de peticionarios que no se ordenan en las sentencias. Así, hoy en día se clasifican en un apartado que se denomina como “otras medidas solicitadas”.⁹⁶

Lo anterior podrá tener un impacto relevante, no solo en las indemnizaciones, pero sobre todo en las medidas de *restitución* de derechos (DESCA), *satisfacción* con alcance social o ambiental y *garantías de no repetición*, a través de rubros tales como capacitaciones en estas materias, adopción de medidas de derecho interno, e inclusive, reformas legislativas.

7. PASADO, PRESENTE Y FUTURO:
REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA RELEVANCIA
Y DESAFÍOS DE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCAs

La jurisprudencia de la Corte IDH en materia de DESCAs se puede apreciar desde los siguientes tres momentos:

7.1. Pasado

En esa etapa se desarrolló de manera importante la “protección indirecta” de algunos DESCAs, a través de la interpretación de

⁹⁵ Entre otros, véase los casos *Yean y Bosico vs. República Dominicana (referente a medidas sobre educación)* y *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (referente a medidas sanitarias en la comunidad)*. En el caso *Kaliña y Lokono vs. Suriname*, en el análisis de ausencia de estudios de impacto ambiental (como parte del derecho a la consulta), la Corte ordenó a Suriname a Rehabilitar el territorio afectado por la degradación ambiental.

⁹⁶ Véase *Lagos del Campo*, *supra*, párrs. 202-209.

derechos civiles y políticos (arts. 4, 5, 21 y 24).⁹⁷ También se dieron algunas luces en cuanto al entendimiento del análisis de “la progresividad” de estos derechos, sin que se pudiera declarar una violación específica en el caso concreto.⁹⁸ No obstante, fue relevante que la Corte estableciera su competencia para conocer del artículo 26 convencional sin cerrar la puerta a su interpretación.⁹⁹ También se emitió un fallo en el que se declaró la violación del derecho a la educación, derivado de la violación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador.¹⁰⁰

7.2. Presente

La interpretación actual del artículo 26 de la CADH en la sentencia *Lagos del Campo* abre un *portal* para la justiciabilidad directa de los DESCA, siempre y cuando el derecho en análisis cumpla con ciertos elementos de “verificación de su consolidación como derecho exigible”. Por el momento, en la Sentencia *Lagos del Campo*, los derechos *al trabajo (estabilidad laboral)* y *de asociación* se configuraron como derechos vinculantes en sus términos. Sin embargo, queda aún un catálogo importante de derechos por ser interpretados, los cuales se derivan de la Carta de la OEA, la Declaración Americana y el *corpus iuris* nacional e internacional.

Recientemente, en noviembre 2017, la Corte reiteró los estándares de *Lagos del Campo* en el caso *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú*,¹⁰¹ respecto de la violación del artículo 26

⁹⁷ Por ejemplo, casos como *Ximénez López, Suárez Peralta, Panchito López, Kaliña y Lokono*, etcétera.

⁹⁸ Casos *Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía*.

⁹⁹ *Caso Acevedo Buendía*.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298. Al respecto, la Corte declaró responsable internacionalmente a Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad.

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C, núm. 344.

referente también al derecho al trabajo. Asimismo, en la opinión consultiva OC-23/17 sobre obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, se reconoció al *derecho al medioambiente* como derecho autónomo tutelado por el artículo 26 de la CADH y el Protocolo de San Salvador,¹⁰² lo cual demuestra la tendencia y convicción del Tribunal en esta materia. Adicionalmente, hoy en día la Corte cuenta con varios casos pendientes de sentencia, donde se alegó por parte de los representantes la violación del artículo 26 de la CADH (Por ejemplo, caso *Poblete Vilches vs. Chile*, respecto del derecho a la salud de adultos mayores)¹⁰³ en los que se podría derivar quizás tal violación de su interpretación (*San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela, Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, entre otros), por lo que la Corte tendrá la oportunidad de verificar su consolidación y afianzar los estándares de justiciabilidad en la materia.

7.3. Futuro inmediato

Una vez abierto este *portal*, los usuarios del SIDH y la propia Corte IDH deberán ir afinando la argumentación empleada para hacer justiciable de manera directa cada derecho exigible y, sobre todo, para determinar su alcance.¹⁰⁴ Solo este aspecto puede involucrar unas cuantas décadas de jurisprudencia. Por su parte, el litigio de temas sobre educación y sindicales, vía el Protocolo de San Salvador, representa un camino viable, vigente y en deuda (caso *Gonzalez Lluy*). Debemos tomar en cuenta que el Protocolo de San Salvador va a cumplir 30 años de su adopción y la CADH casi 50 años. Los derechos analizados en estos instrumentos y los estándares desarrollados aún son mínimos, por lo que resulta indispensable abordarlos y visibilizarlos. Para ello, el diálogo entre organismos internacionales especializados en materia de

¹⁰² Opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, párrs. 62 y 56-70.

¹⁰³ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/poblete_vilches.pdf

¹⁰⁴ Estimo indispensable que el SIDH enfrente de manera celera e integral las temáticas más urgentes y básicas para la región, tales como: la desigualdad, discriminación y pobreza estructural, educación, salud, derechos laborales y ambientales, acceso a la justicia y otros derechos en deuda (*i.e.*, arts. 12-18 del Protocolo).

los DESCA será cada vez más intenso, al igual que la atención a los avances ya alcanzados a nivel interno, a través de altas cortes y organismos de derechos humanos. Considero que la nueva Relatoría DESCA de la CIDH podrá jugar un papel crucial en dar forma a este nuevo paradigma desde la preparación y selección de los casos estratégicos, incluyendo también informes temáticos y posicionamiento del tema en la región.

Otro desafío fundamental será definir dos catálogos de deberes que se derivan del artículo 26. Por un lado, el contenido y alcance de las “obligaciones inmediatas y directas”, bajo el umbral de las obligaciones generales de respeto y garantía (1.1 y 2). Para ello, será indispensable el desarrollo referente a *contenidos mínimos* de los DESCA (lo cual ya es parte del presente). Por otro lado, el contenido, metodología y alcance de *los deberes de progresividad y no regresividad*, a la luz también de los *indicadores de progreso* y temas de desigualdad y no discriminación.¹⁰⁵ Estos preceptos plantean retos para el litigio de otro tipo de casos con dilemas y contenidos más generales, que puedan incluir, entre otros, políticas públicas o distribución de los recursos sin discriminación, e incluso, acciones colectivas.

La *reparación integral* con nexo causal será otro escenario crucial para definir de manera coherente el análisis de fondo de un caso con el alcance de las medidas integrales dispuestas por la Corte IDH. Estimo que con ello se podrá brindar a los usuarios mayor transparencia y certidumbre, sobre todo en medidas tales como *restitución, satisfacción y garantías de no repetición*.

Como parte del futuro mediato para la agenda de los DESCA se puede vislumbrar también la relevancia de comenzar a analizar

¹⁰⁵ Véase Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. El Grupo de Trabajo elaboró el documento “Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1, diciembre de 2011, realizado en base a las normas y a los lineamientos presentados por la CIDH, que fue elevado a consulta a los Estados y la sociedad civil y aprobado por la Asamblea General en su XLII periodo de sesiones ordinarias celebrada en Cochabamba, Bolivia en junio de 2012, AG/RES. 2713, XLII-O/12. Véase también, comentarios del Protocolo Facultativo del PIDESC. IIDH y CIJ, 2008. pp. 15-26.

en el SIDH, mediante informes, foros y peticiones individuales y colectivas, algunas “temáticas emergentes” que indiscutiblemente impactan estos derechos y ya son una realidad que debemos abordar de manera integral. Por ejemplo: *i) en el tema ambiental*, problemas transfronterizos, el uso de energías renovables, la calidad del aire y del agua, así como su acceso, tratamiento de desechos, movilidad urbana, el desarrollo de una justicia climática y ambiental regional, etc; *ii) responsabilidad empresarial*, en relación con temas laborales, ambientales, de salud y conocimientos tradicionales de pueblos originarios, etc; *iii) aproximaciones a la responsabilidad individual y colectiva* respecto de los DESCAs, particularmente la responsabilidad compartida por los Estados; *iv) en las tecnologías*, la inteligencia artificial y derechos laborales, bioética, movilidad humana, etc; *v) interseccionalidad de los DESCAs* con otros derechos y grupos en situación de vulnerabilidad, y *vi) interrelación entre el desarrollo sostenible*, procesamiento de alimentos, crisis alimentaria, comercio internacional y derechos humanos, entre muchos otros.

En conclusión, la sentencia *Lagos del Campo* se posiciona como parteaguas en una nueva época jurisprudencial para los derechos humanos, que se actualiza en mayor medida con los principales acontecimientos de las realidades de nuestro continente, derivado de las condiciones de pobreza, desigualdad y falta de oportunidades de la población.¹⁰⁶ Así, podemos comprender que la justiciabilidad se refiere a la posibilidad de exigir a través de un mecanismo jurídico el cumplimiento o restitución de un derecho. Es decir, los derechos en cuestión adquieren vigencia real al ser vinculantes para quien tiene el deber de cumplirlos y exigi-

¹⁰⁶ Esto no quiere decir que ya no se presenten violaciones a los derechos civiles y políticos, sino que con motivo de la posibilidad —justiciable— de pronunciarse sobre tales derechos en los más de 30 años de jurisprudencia de la Corte IDH, ha permitido un análisis más profundo de sus obligaciones y, por ende, las problemáticas en esas materias han migrado a desarrollos más técnicos o sofisticados, y cada vez menos en la perpetración de graves violaciones, deliberadas y sistemáticas —con sus excepciones—. Por el contrario, en materia de los DESCAs continuaba reinando la impunidad jurídica en aras de que algún día habría los recursos necesarios para atenderlos, generando cada vez una región más desigual, con falta de oportunidades e insostenible.

bles para sus beneficiario. En consecuencia, podemos decir que *los DESCAs ahora tienen vigencia en el SIDH*.

Con la madurez adquirida por una Corte IDH cerca de alcanzar sus 40 años de funcionamiento, el paso dado en la sentencia *Lagos del Campo* es un claro ejemplo del liderazgo, visión y sensibilidad del más alto Tribunal de derechos humanos de la región, ya que contribuye a la evolución y cocreación del derecho internacional de los derechos humanos.

Frente a este escenario, podemos afirmar que “*es el tiempo de los DESCAs*”. Es momento de atenderlos, estudiarlos, analizarlos y determinar sus alcances. Solo así, y no ignorándolos, se podrá lograr la esencia y espíritu integral de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, tal cual fue concebido desde hace casi 70 años en las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos y casi 50 años en la CADH. Sin lugar a dudas, la justiciabilidad de los DESCAs, a través de su respeto y garantía, era una deuda pendiente y ahora el paradigma jurídico más emergente para los derechos humanos.

Finalmente llegó este paso, pero con ello vendrán importantes desafíos para garantizar y desarrollar de manera sólida estándares realistas y útiles para la implementación de los DESCAs en las Américas. Si bien la mayoría de estos derechos ya se encuentran reconocidos a nivel interno en la región, su exigibilidad en vía internacional amplía su vigencia y posibilidades de alcanzar justicia en casos concretos. A mi parecer, es menester de todos los usuarios y beneficiarios del Sistema Interamericano que esta meta navegue hacia buen puerto y contribuya al desarrollo integral de nuestras sociedades, bajo “el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria” (DUDH), pero sobretodo, tendente a su realización como individuo en sociedad.

La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos sociales y culturales en la interpretación y resolución de casos en México

*Fabiola Martínez Ramírez**

Al juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, impulsor de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente americano, con profunda admiración y afecto.

1. INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo, la discusión sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) ha representado un reto importante para los Estados en lo que toca a su *justiciabilidad* y garantía efectiva, más aún desde el lenguaje de los derechos humanos y a la luz de la transformación constitucional y procesal del derecho en México, motivada, entre otras cosas, por la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y por la recepción de la jurisprudencia interamericana, que es vinculante para el Estado mexicano, con independencia de que haya sido parte en el litigio o no.¹

No obstante, se trata de derechos esenciales para la vida humana cuya conceptualización y, sobre todo, exigibilidad ante las autoridades ha representado un enorme desafío, marcado por las

* Doctora en Derecho por la UNAM, profesora de asignatura en el Posgrado en Derecho de la misma institución y directora de Derechos Humanos del Consejo de la Judicatura Federal.

¹ Véase “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”. Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, lib. 5, abril de 2014, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.) , p. 204.

notables diferencias que la propia dogmática ha otorgado en relación con los derechos civiles y políticos. Sin embargo, en recientes años su *justiciabilidad* se ha impulsado en el continente, en gran medida por las trascendentales decisiones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado en la materia.

Cabe destacar que el análisis de los derechos sociales en nuestro país tiene profundas raíces históricas, que inclusive, podríamos decir, son impulsadas a partir de la promulgación de la Constitución de 1917 y desde luego por la incorporación del juicio de amparo instituido a nivel federal en el Acta de Reformas de 1847, que sería retomado por los países de Iberoamérica,² configurando así una verdadera garantía constitucional específica para la protección de los derechos y libertades fundamentales.³

La carta magna de Querétaro de 1917 representó un importante avance en diversos países en materia de derechos sociales. Al respecto, Kristian Complak señala que la más grande originalidad de la Constitución de 5 de febrero concernía en el modo de regular las relaciones de propiedad.⁴

El texto constitucional vigente reconoció la existencia de los derechos sociales, sobre todo en los artículos 3, 4 y 123, relativos al derecho a la educación como obligación del Estado y a los derechos laborales, que contemplaban, a su vez, el deber de los patronos de otorgar un salario mínimo, jornadas laborales re-

² Véase, Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El Derecho de Amparo en el Mundo*. Ed. Porrúa, México 2006

³ Se sugiere revisar, Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional*, México, Senado de la República, Secretaría de Cultura-Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México-IIJ-UNAM, 2017. Véase, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El amparo iberoamericano. Estudio de derecho procesal constitucional comparado”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª ed., México, IIJ-UNAM-Marcial Pons, 2017, pp. 307-337.

⁴ Complak, Kristian, “La Carta Magna de 1917 y los derechos sociales en las constituciones de los países europeos socialistas: influencias, paralelismos y contrastes”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional*, op. cit., p. 146.

guladas, la declaración de que “para trabajo igual, debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo, ni nacionalidad”, la creación de sociedades cooperativas, entre otros.

Por todo lo anterior, es posible afirmar que la Constitución mexicana fue pionera en todo el mundo al considerar a los derechos sociales como derechos humanos, influyendo de manera notable en la construcción de un modelo social y democrático que se fortalecería años más tarde a partir de la configuración de los derechos humanos en la posguerra, instituyéndolos en las cartas constitucionales de diversos regímenes, logrando con ello su reconocimiento y una importante evolución.

Sumado a lo anterior, resulta indiscutible el influjo del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia, el cual ha permitido avances al respecto en nuestro país. Numerosos instrumentos han recogido tales principios, por ejemplo, la Carta Internacional de las Naciones Unidas, la Carta Social Europea de 1961, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo de San Salvador de 1988, entre otros.

El 4 de junio de 2012 se aprobó por la Asamblea General de la OEA la “Carta Social de las Américas”, que entre sus disposiciones indica que “Los Estados miembros harán esfuerzos en el plano nacional e internacional, según sea apropiado, basados en el respeto por los derechos humanos y el Estado de derecho, dentro del marco de las instituciones democráticas, para eliminar los obstáculos al desarrollo con miras a lograr la plena vigencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.⁵

Sobresale además, la entrada en vigor, en 2013, del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que —conviene precisar— no ha sido ratificado por el Estado mexicano, así como la relevancia del artículo 26 de la Convención Americana, cuyo contenido incorpora una cláusula de progresividad al disponer que “los

⁵ Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio del 2012, OEA/Ser.P/AG/doc5242/12rev.2.

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”.

Esta cláusula se vincula sin lugar a dudas con el deber de respeto y garantía al que se encuentran comprometidos los Estados parte, determinado por los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, que contienen el deber de adoptar todas las disposiciones de derecho interno. Es decir, motivado por los procesos paralelos de *constitucionalización* de los derechos humanos e internacionalización del derecho constitucional, existen en la actualidad obligaciones específicas para el reconocimiento y, sobre todo, garantía de los DESCAs en nuestro territorio.

Van Hoof, en este apartado, propone un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de “niveles” de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con su propuesta, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones; respetar, proteger, garantizar y promover el derecho en cuestión.⁶

Lo cierto es que la obligación estatal de proteger tales derechos implica la adopción de medidas que protejan, aseguren y promuevan estos derechos. La fuerza vinculante y la “justiciabilidad” de los mismos no solo dependen de la disponibilidad de recursos por parte del Estado, o inclusive de sus “deberes positivos”, sino que exige una obligación directa entre el Estado y

⁶ G. van Hoof, cit., p. 99. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue, *Basic Rights*, Princeton, 1980, cit. por, Abramovich, Víctor y Curtis Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, M., y Curtis, Ch., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos*, Argentina, Editores del Puerto, 1997, pp. 283-350.

las personas. Tales supuestos los advertimos en los derechos a la alimentación, educación, salud y vivienda.

A pesar de ello, el panorama sigue siendo desalentador si consideramos la desigualdad y pobreza latente en nuestra región, y que de acuerdo con los parámetros de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, América Latina revela actualmente una tendencia al estancamiento de los esfuerzos en la reducción de la pobreza. De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), las cifras de la pobreza e indigencia indican que el número de personas que viven en situación de pobreza creció en 2014 hasta alcanzar 168 millones, de las cuales 70 millones se situaron en condición de indigencia.

En términos de desigualdad, resulta preocupante que la región de América Latina y el Caribe continúe siendo la más desigual en el mundo.⁷ En México, de acuerdo con cifras del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), el número de personas en situación de pobreza para 2016 fue de 53 millones, lo que representaba 43.6% de la población. Asimismo, el número de personas en situación de pobreza extrema para ese año era de más de nueve millones, lo que constituía 7.6% de la población total en nuestro territorio.⁸

Dichos estándares interpretativos, que involucran no solo a las disposiciones normativas de las que el Estado sea parte, sino también a su interpretación, han coadyuvado a precisar el contenido de los derechos y, sobre todo, a identificar las obligaciones para los Estados y sus autoridades en la materia, definiendo incluso las modalidades para el acceso y disfrute de los mismos, y en algunos casos han rebasado resistencias y otorgado la posibilidad de acceso a la justicia en esta materia ante tribunales nacionales o internacionales, otorgando su efectividad.

⁷ CIDH, Pobreza y Derechos Humanos, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, CIDH-OEA, 2017, pp. 45-46.

⁸ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la Pobreza en México y en las Entidades Federativas 2016*, México, 2017, disponible en http://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Pobreza_16/Pobreza_2016_CONEVAL.pdf

2. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA
EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES Y SU INFLUENCIA
EN EL DERECHO MEXICANO

El primer caso en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia del “Protocolo de San Salvador” es el denominado *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, el cual declaró la violación del derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del mencionado Protocolo, teniendo en cuenta que la víctima fue expulsada a los cinco años de edad del jardín infantil en el que se encontraba estudiando, por motivos relacionados con su salud, al haber sido contagiada con VIH, señalando la autoridad responsable que la promovente podía ejercer su derecho a la educación “mediante una instrucción particularizada y a distancia”. Sobre el caso particular, la Corte Interamericana resolvió condenar a Ecuador.⁹

Cabe precisar que en este caso, el órgano judicial interamericano incorporó por primera vez el concepto de *interseccionalidad* de la discriminación, al considerar los múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y contagiada con VIH. En la actualidad, en el sistema de impartición de justicia mexicano, el análisis de *interseccionalidad* es indispensable para la aplicación de la perspectiva de género, considerando aquellos casos en donde existe una asimetría de poder entre las partes, que motiva la desigualdad y discriminación y que las y los jueces deben considerar a la hora de emitir una resolución.¹⁰

⁹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr., 1, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer MacGregor.

¹⁰ Se sugiere revisar, “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. elementos para juzgar con perspectiva de género”. Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), t. II, lib. 29, abril de 2016, p. 836; de rubro: “Retractación de una mujer víctima de explotación sexual en sus declaraciones. Al valorarla el órgano jurisdiccional debe considerar los factores de vulnerabilidad que

Lo anterior evidencia el influjo notable que ha permitido socializar dicho concepto como parte de la metodología propuesta en casos donde se involucra el género como factor de discriminación en México.

El caso resuelto en el plano regional, significó un análisis valioso sobre el derecho a la educación y el derecho a la salud y la importancia que tales derechos tienen para el desarrollo integral de la vida de las personas, dejando visible la estigmatización que la víctima sufrió, relacionada con su enfermedad, sosteniendo el concepto de la discriminación múltiple, es decir, la existencia de diversos factores que propician la discriminación, exclusión, distinción o restricción de los derechos y libertades fundamentales.

Por otra parte, resulta paradigmático el reciente caso *Lagos del Campo vs. Perú* donde, por primera vez, el Tribunal regional realizó una interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana, declarando la responsabilidad internacional para Perú y analizando las obligaciones de los Estados para la *justiciabilidad* plena y directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente, considerando el derecho a la estabilidad laboral como un derecho fundamental protegido por la Convención Americana.¹¹

En la sentencia se aborda la violación del derecho a la libertad de expresión desde el ámbito de las relaciones entre particulares en contextos laborales de trabajador/empresa, y se comprueba que no existió una necesidad imperante que justificara el despido del señor Lagos del Campo, quien promueve el juicio interamericano.

El artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica, a la luz del artículo 29 del mismo documento, no es solo una norma programática, pues constituye una norma imperativa que impone a los Estados que forman parte del sistema la obligación de cumplir

la llevaron a realizarla”. Décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.2o.P.56 P (10a.), viernes 15 de diciembre de 2017, 10:27 h.

¹¹ Véase, Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

con los deberes derivados de las normas económicas, sociales y culturales. Es decir, se reitera la cohesión existente para la garantía efectiva de los DESCA a la luz del deber de respeto y garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno para el cumplimiento eficaz de los derechos fundamentales.

Por ello, el debate sobre la forma de otorgar justicia a estos derechos, los mecanismos para su tutela y las obligaciones de hacer por parte de los Estados, así como el desarrollo y vigencia de los mismos, constituye una de las principales preocupaciones del continente en la actualidad. Para el caso particular, debemos considerar los cambios sustantivos en el sistema jurídico mexicano y el reconocimiento de los tratados internacionales, lo cual deja una importante puerta abierta para la exigencia de tales prerrogativas ante los órganos jurisdiccionales.

Desde luego, la influencia que dicha jurisprudencia —sobre todo de años recientes— tiene, se advierte en la interpretación que ha realizado también la Suprema Corte en el tema. Muestra de ello es el reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral de grupos en situación de vulnerabilidad, pues ha señalado que en el caso de las mujeres embarazadas, considerando la realidad que muchas enfrentan —entre ellas la falta de estabilidad en el empleo, por la carga que supone para algunas empresas el otorgar una licencia de maternidad, que les obligan a suplir a la empleada embarazada—, es necesario aplicar la herramienta de perspectiva de género, que implica reconocer la realidad sociocultural en que se desenvuelve la mujer y la eliminación de barreras y obstáculos que la colocan en una situación de desventaja, proponiendo al tenor de dicha argumentación su inclusión.

Por tanto, en cumplimiento al deber de juzgar con perspectiva de género, cuando el motivo alegado por la trabajadora sea un acto discriminatorio —como el consistente en que el patrón haya dado terminación a la relación de trabajo porque aquella se encuentra embarazada o en periodo de licencia postnatal— y, posteriormente, en el juicio laboral ofrezca el empleo, el efecto de revertir la carga probatoria carece de operatividad, pues ante la desventaja de la mujer trabajadora el patrón pierde este beneficio procesal y rige la regla general de que a la demandada

corresponde la carga de la prueba de acreditar la inexistencia del despido por ese motivo discriminatorio.¹²

Es en este contexto, por tanto, que los principales documentos relativos a derechos humanos obligan al establecimiento de normas que favorezcan más a las personas, Estas transformaciones han sido motivadas por la evolución del derecho y las nuevas relaciones que se dan entre los Estados y los órganos internacionales, promoviendo una conciencia plena de que tales derechos no son solo objetivos, sino verdaderas normas jurídicas que se deben cumplir.

Los adelantos, entonces, han culminado a nivel regional, inclusive en el seguimiento que actualmente se da al cumplimiento del Protocolo de San Salvador, a través del Grupo de Trabajo conformado a partir de lo decidido por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su resolución AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07).¹³

Resulta indispensable señalar el caso *Yarce vs. Colombia*, relevante en el tema de la interpretación del derecho a la vivienda, sobre todo a la luz del voto concurrente del presidente de la Corte Interamericana, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien señaló la posibilidad de abordar el derecho a la vivienda de manera autónoma en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisando el concepto de vivienda y distinguiéndolo del de propiedad, o del de domicilio.

Asimismo, resulta plausible que en dicho asunto se retome el tema de género como una consideración adicional para la vulnerabilidad de los derechos de las personas, propiciando la inclusión de los grupos desaventajados social y económicamente, motivada por razones de género, entre otras.

En lo que toca al derecho a la vivienda, como se ha señalado de manera precisa por el Tribunal Interamericano, es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, incor-

¹² Décima Época, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. II, lib. 43, junio de 2017, Tesis: 2a./J. 66/2017 (10a.), p. 1159.

¹³ Disponible en <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/grupo-trabajo.asp>

porado en el capítulo III del tratado, denominado “Derechos económicos, sociales y culturales”, la cual impone a los Estados parte obligaciones generales y posibilita su observancia, de ser el caso, por la vía judicial.

Ahora bien, en ese sentido, el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor abordó las obligaciones estatales relacionadas con la vivienda, y precisó que son las mismas respecto de cualquier otro derecho protegido por la Convención Americana, señalando que el derecho a la vivienda es el derecho de toda persona a un hogar seguro, asequible y habitable.¹⁴

En México, aún resulta indispensable la interpretación progresiva de este tema, sobre todo a la luz de un concepto tan amplio que involucra no solo la propiedad o el domicilio, sino la creación de marcos legislativos y políticas públicas apropiadas para garantizarlo de manera eficaz.

Sin concluir este apartado, resulta propicio comentar la reciente opinión consultiva OC/24/17 de 24 de noviembre de 2017, relativa a la identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, en donde se aprecia una interpretación evolutiva del órgano judicial interamericano, al disponer que el reconocimiento de la identidad de género resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas *trans*, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y de asociación.¹⁵

El respeto a la diversidad y la situación desaventajada de algunos grupos cobra significativa importancia en materia de derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo si tenemos en cuenta la desigualdad social a partir de diferencias biológicas, o bien, derivadas de las asignaciones de sexo, por lo que su derecho a la igualdad garantiza su dignidad como personas.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs Colombia*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, párr. 131, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

¹⁵ Opinión consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, párr. 101, inc. i.

3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 Y SU INFLUENCIA EN LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La trascendental reforma constitucional en México, en 2011, representó un avance considerable para los derechos y libertades intrínsecas de las personas y, de manera específica, para la revaloración de los derechos sociales, alejando el mito que existía sobre si los mismos representan solo políticas públicas o si es necesaria la actuación programática por parte del Estado para lograr los alcances de los derechos contemplados, o inclusive si resulta útil la discusión de las diferencias con los derechos civiles y políticos.

Se incorporó a nivel constitucional la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo que abona en la convicción de que nada impide que los tribunales conozcan de su cumplimiento y logren su efectividad a partir de la interpretación que sobre el caso particular realiza el juez.

Los operadores jurídicos tienen ante sí una gran oportunidad para adoptar un sistema de interpretación en relación con los tratados internacionales diferente al tradicional, considerando al principio pro persona como un principio interpretativo que permite una ampliación protectora de los derechos de las personas, ligado a otras pautas hermenéuticas para la aplicación y resolución de los conflictos entre normas de derechos humanos, obligando al juez a ponderar los elementos para una integración normativa que permita cumplimentar el deber de respeto y garantía adoptado por el Estado mexicano.

La propia interpretación nutre un sistema de estándares interpretativos mínimos en la materia y que pueden ser objeto de remisión hacia otros marcos de protección normativa que se traduzcan en una tutela judicial efectiva. Por ello, es necesario coordinar en la práctica la forma de convertirlos en recursos judiciales idóneos que permitan una posibilidad real y material, que supere las justificaciones para evadir tales disposiciones y obligue a las autoridades, mediante vía judicial, a su cumplimiento.

Gutiérrez Rivas señala que la modificación del artículo primero, junto al reciente reconocimiento dentro de la misma Constitución de los derechos al agua y a la alimentación, coloca al conjunto de los derechos sociales dentro de un marco de actuación institucional, así como de reflexión teórica, radicalmente distinto.¹⁶

Sin lugar a dudas, la modificación constitucional representa el resultado de años de esfuerzos y luchas constantes que en muchos casos fueron emprendidas por organizaciones sociales y grupos en situación de vulnerabilidad, motivando la exigibilidad en todos los casos ante las autoridades y que contribuye a la reivindicación social que sobre el tema tiene el Estado.

4. LA POBREZA EN MÉXICO COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL HISTÓRICA

El cumplimiento de la reducción de la pobreza representa un anhelo o ideal para las autoridades, sobre todo si tenemos en cuenta que gran parte de la desigualdad estructural existente en nuestro país es motivada por las diferencias considerables en cuanto al ejercicio de los derechos, el ingreso económico, el rezago educativo, el acceso a los servicios de salud, el acceso a la seguridad social, la alimentación, la vivienda, entre otros.

En nuestro país, los estados con mayor población en situación de pobreza son: Chiapas con 77.1%, Oaxaca con 70.4% y Guerrero con 64% de la población. Así, consideramos que la discriminación sustantiva en razón de la pobreza existente constituye una de las principales violaciones a los derechos y garantías fundamentales, pues impide el goce y disfrute de las otras libertades fundamentales.

¹⁶ Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “De los derechos sociales como derechos programáticos, a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos humanos”, en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Möller, Carlos María (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 2016, pp. 143-160.

La información anterior resulta útil para examinar el problema tan grave que constituye el cumplimiento y consolidación de los derechos sociales con obligaciones claras y programas funcionales que construyan una base sólida para la justiciabilidad de los mismos.

La Corte Interamericana ha tenido la posibilidad de pronunciarse en diversas ocasiones analizando el contexto de discriminación basado en la pobreza. Por ejemplo, referente al fenómeno del trabajo esclavo en Brasil, resulta representativo el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, de 20 de octubre de 2016, en el que se reconoció a la “pobreza” como parte de la prohibición de la discriminación por “posición económica”.¹⁷

Bajo las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para eliminar la pobreza y la pobreza extrema, a través de decisiones políticas y económicas suficientes, así como otras medidas entre las que se incorporan las judiciales a través de la garantía, interpretación y definición del contenido de los derechos, donde los jueces materializan la importante obligación de tutela que tienen las autoridades.

Para ello, es necesario que los jueces conozcan las causas que motivan las violaciones sistemáticas a las libertades intrínsecas, que redundan en desigualdad, y resuelvan por vía interpretativa las asimetrías de poder a través de la tutela judicial efectiva, lo cual resulta posible sobre todo a partir de la transformación de nuestro juicio de amparo, que permite su promoción basado en un interés legítimo. Es así, al menos en el Estado mexicano, donde el principal instrumento procesal para la tutela y garantía efectiva de los derechos humanos lo constituye este proceso.

La relatora especial para la Pobreza y los Derechos Humanos ha considerado que las personas que viven en pobreza son objeto de discriminación por la propia pobreza; y muchas veces porque pertenecen a otros sectores desfavorecidos de la población,

¹⁷ Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318.

como los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las minorías étnicas y las personas con VIH/SIDA, entre otros.¹⁸

Algunos instrumentos normativos, inclusive, contemplan como objetivo primordial que toda persona tiene derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social.¹⁹ Esta premisa parece dejar en claro que el marco teórico de los DESCAs se encuentra indisolublemente asociado a las razones de desigualdad y pobreza.

Por otra parte, el relator especial sobre el Derecho a la Educación, en su misión a México realizada en 2010, identificó asimetrías estructurales en el sistema educativo mexicano, como las desigualdades entre las zonas rurales y urbanas, y entre las escuelas públicas y las privadas, situación que se ha agudizado en la actualidad. En el país, más de cinco millones de personas mayores de 15 años de edad no saben leer ni escribir, en su mayoría mujeres indígenas y habitantes de las zonas rurales. La tasa de analfabetismo llega hasta 50% en ciertas zonas y existe un número inestimable de analfabetismo funcional.

De acuerdo con indicadores de 2015, en México, de la población total mayor de 15 años, 5.48% es analfabeta. De dicho porcentaje, 38.5% son hombres y 61.50% son mujeres.²⁰

Dicho lo anterior, resulta posible que los derechos económicos, sociales y culturales sean tutelados a través del juicio de amparo, considerando que a partir de la interpretación y argumentación de un marco jurídico ampliado, el juez puede resolver cuestiones de hecho a la luz de estándares internacionales.

¹⁸ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36, párr. 42, cit. por, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Acerca de la discriminación estructural histórica, en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo”, en Bogdandy, Armin von et al., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Max Planck Institute-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pp. 278-279.

¹⁹ Carta Social Europea de 1961, art. 30.

²⁰ Informe alternativo conjunto sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en México, 2017, p. 16, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/MEX/INT_CESCR_CSS_MEX_28752_S.pdf

Resulta apropiado señalar los avances que en materia de interpretación de los DESCA, a pesar de las resistencias del propio sistema, han generado los tribunales nacionales, sobre todo a la luz del paradigma constitucional de 2011 y del influjo considerable de la jurisprudencia interamericana, así como la incorporación del interés legítimo, que posibilita la defensa de los derechos colectivos y difusos y amplía la base de usuarios y el acceso a la justicia.

De este modo, los desafíos que sobre el particular existen radican, por un lado, en el acceso a la justicia a partir de la admisibilidad de los casos, permitiendo la exigencia de su cumplimiento y, por otro lado, pareciera que lo representa la ejecución y cumplimiento de las sentencias.

Los avances significativos se han impulsado sobre todo a partir del conocimiento de asuntos a través del amparo, nutriendo la jurisprudencia en temas como, derecho a la salud, (caso *Mini Numa*²¹ y *Pabellón 13*²²), derechos de los pueblos indígenas a la tierra y su territorio, derecho a un medioambiente sano, derecho a la consulta previa e informada (*Comunidades Mayas vs. Transgénicos*),²³ derecho a la consulta y al territorio (caso *La Parota*),²⁴ derecho al agua (*Tribu Yaqui* y su oposición a la construcción del acueducto Independencia),²⁵ derecho a la educación

²¹ Juicio de Amparo 1157/2007-II. Sentencia 1157/2007-II 11 de julio de 2008 que resuelve el juicio de amparo promovido por la Comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero México, emitida por el juez séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero.

²² Décima Época; Amparo en revisión 378/2014, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, lib. 12, noviembre de 2014, Tesis Aislada 2a. CIX/2014 (10a.), p. 1190. .

²³ Juicios de amparo 753/2012 y 762/2012. Sentencia de amparo de 753/2012 de 7 de marzo de 2012 emitida por el juez segundo de Distrito de Campeche.

²⁴ Juicio Agrario número 446/2006 resuelto el Tribunal Unitario Agrario del Distrito 41 con sede en Acapulco.

²⁵ Amparo en revisión 631/2012. Versión pública del Amparo en Revisión 631/2012, disponible en http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2012/2/2_144699_1712.doc

y acceso a la justicia (Comunidad de Buenavista , Atlixnac),²⁶ entre otros.

Estos ejemplos han permitido establecer, mediante sentencias judiciales, un cambio estructural que ha motivado una reflexión importante de las posibles prácticas discriminatorias y de violación sistemática, ocasionada, en muchos casos, por la omisión de las autoridades. Se pretende que tales adelantos incidan en una adecuada garantía y en cambios normativos e interpretativos para el cumplimiento de políticas públicas eficientes.

Del mismo modo, el Máximo Tribunal del país ha señalado que “el principio de progresividad estuvo originalmente vinculado a los [así llamados] derechos económicos, sociales y culturales, porque se estimaba que estos imponían a los Estados, sobre todo, obligaciones positivas de actuación que implicaban el suministro de recursos económicos y que su plena realización estaba condicionada por las circunstancias económicas”.²⁷ El avance judicial demuestra que tales derechos son genuinos derechos humanos y que imponen obligaciones de cumplimiento inmediato a los Estados, como la de garantizar niveles mínimos en el disfrute de esos derechos, garantizar su ejercicio sin discriminación, y la obligación de tomar medidas deliberadas, concretas y orientadas a su satisfacción; así como obligaciones de cumplimiento mediano que deben ser acometidas progresivamente en función de las circunstancias específicas de cada país.²⁸

²⁶ Juicio de Amparo 893/2012. Sentencia 893/2012 que resuelve el juicio de amparo promovido por la comunidad indígena Me’phaa de Buena Vista, Atlixnac, Guerrero, Juzgado Primero de Distrito con sede en Chilpancingo, Guerrero.

²⁷ “Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no solo a los llamados económicos, sociales y culturales”. Décima Época, 2095306 Jurisprudencia, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, t. I, lib. 47, octubre de 2017, Tesis: 1a./J.86/2017 (10a.), constitucional, p. 191.

²⁸ “Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no solo a los llamados económicos, sociales y culturales”, Décima Época, Primera Sala, Tesis jurisprudencial, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a./J. 86/2017 (10a.), t. I, lib. 47, octubre de 2017, constitucional, p. 191.

La ejecución de las sentencias que ordena dicho cumplimiento otorgaría a los mecanismos de protección la efectividad que permite el acceso a la justicia, su eficacia y protección, sobre todo para los grupos en situación de vulnerabilidad.

En ocasiones anteriores hemos señalado que el amparo, por tanto, no solo representa la posibilidad legal y constitucional de someter a través de un proceso jurisdiccional imparcial el análisis de un acto o norma general al escrutinio de la Constitución, y de advertir si este representa algún tipo de violación de los derechos humanos. El amparo del siglo XXI representa en sí mismo un derecho humano, a través del cual toda persona puede solicitar la intervención del poder judicial para someter a un procedimiento establecido, el análisis de la constitucionalidad de una ley o acto que lesione su esfera jurídica y, sobre todo, sus derechos humanos, así como la posibilidad de su reparación.²⁹

5. CASOS PARADIGMÁTICOS EN MÉXICO SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los derechos fundamentales han sido una preocupación constante por el Estado mexicano, su posibilidad de protección se ha conformado a la luz de un constitucionalismo transformador, en donde, motivado por un proceso de nacionalización del derecho internacional, otorga una respuesta más garantista al análisis de los DESCAs.

No obstante lo anterior, existen diversas resistencias que representan verdaderos obstáculos para la materialización de los mismos, así como la infortunada persistencia de brechas de desigualdad entre las personas, motivadas en muchos casos, como se ha insistido, por la pobreza.

²⁹ Martínez Ramírez, Fabiola, “El juicio de amparo mexicano como recurso judicial efectivo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917, pasado, presente y futuro*, México, IJ-UNAM, 2017, pp. 99-111.

Pese a las innumerables resistencias, destacan pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en materia de derecho a la salud. Como muestra tenemos el caso del *Pabellón 13*, a través del cual se planteó la necesidad de proporcionar atención clínica especializada a los pacientes con VIH hospitalizados y en etapas avanzadas de la enfermedad.

Con la finalidad de brindar un control apropiado de dichos pacientes, el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas” (INER), desde el 2007 pretendió dar inicio a los trámites necesarios para llevar a cabo la remodelación de la “clínica 4”, con el objetivo primordial de mejorar el servicio médico que se brinda a pacientes con VIH.³⁰

Posterior a los resultados de un análisis realizado por las autoridades del INER, se identificó que las necesidades de las personas que viven con VIH no podrían ser satisfechas con una simple remodelación, sino que resultaba indispensable la construcción de un nuevo edificio, aprobando un nuevo proyecto denominado “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”, conocido también como “Construcción del Pabellón 13”, lo que permitiría una mayor y adecuada atención.

El INER dio inicio a la tramitación de los diversos permisos necesarios para su ejecución, consiguiendo un apoyo económico por parte del Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud, sin embargo, en marzo de 2012 las autoridades de dicho instituto informaron al presidente del Comité de Usuarios con VIH/SIDA de los Servicios de Salud del INER que la ejecución del proyecto había sido suspendida.

El 20 de diciembre de 2012, tres pacientes promovieron demanda de amparo indirecto en contra de la omisión que se atribuye a las autoridades para el cumplimiento en la ejecución de tal proyecto, alegando la obligación de hacer efectivo el derecho a la salud de los pacientes con VIH.

³⁰ Amparo en revisión 378/2014, disponible en http://207.249.17.176/segunda_sala/asuntos%20lista%20oficial/AR-378-2014.pdf

Inicialmente el amparo fue negado, por lo que inconformes con lo anterior, presentaron recurso de revisión, en donde el Tribunal Colegiado de Circuito determinó remitir los autos a nuestro Máximo Tribunal para la decisión sobre el ejercicio de la facultad de atracción, solicitada por los quejosos.

La segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el asunto bajo el amparo en revisión 378/2014, el 8 de octubre de 2014, otorgando la protección de la justicia a los tres quejosos que lo solicitaron y declarando violado el derecho a la salud, y ordenando al INER la remodelación y construcción de un hospital con las características y condiciones necesarias para los enfermos con SIDA.³¹

Esta resolución resulta paradigmática, en la medida en que nuestro máximo intérprete constitucional del país se pronunció sobre cuestiones relativas al derecho a la salud, considerando que la plena realización del derecho humano a la salud es uno de los requisitos fundamentales para que las personas puedan desarrollar otros derechos y libertades de fuente constitucional y convencional, por lo que la justicia social no puede ignorar el papel de la salud en la vida humana y en las oportunidades de las personas para alcanzar una vida sin enfermedades y sufrimientos que se resulten evitables o tratables.

Este ejercicio evidenció la relevancia de la garantía judicial del amparo y su posibilidad real de defensa de los gobernados frente a los actos de autoridad que limiten el goce y ejercicio de sus derechos.

El siguiente asunto materia de análisis es el amparo en revisión 631/2012, relativo al derecho al agua. En 2010, el Estado mexicano impulsó la construcción y operación del “Acueducto Independencia”, el cual pretendía trasladar agua desde la presa “El Novillo”, en la cuenca del río Yaqui, hasta la cuenca del río Sonora, para la ciudad de Hermosillo. Dicho proyecto planteaba una estación de bombeo, un acueducto de acero para la distribución de agua nacional y una línea de transmisión eléctrica que, según la tribu yaqui, lesionaba su derecho a disponer del 50%

³¹ Véase, Amparo en revisión 378/2014, ...*cit.*

del agua del río Yaqui, otorgado mediante decreto presidencial de 1940.³²

La tribu yaqui alegaba la necesidad de una consulta previa e informada, así como el respeto a su derecho al agua como derecho fundamental. Así, en 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó la realización de la consulta indígena en la Evaluación de Impacto Ambiental del Acueducto Independencia, conduciendo al establecimiento de nuevos criterios sobre la satisfacción a plenitud de los derechos de pueblos y comunidades indígenas.

Dicho proceso judicial representó una lucha social que discutió las obligaciones de las autoridades en materia de consulta, y a través de procedimientos establecidos a nivel nacional e internacional.

Este caso repercutió, a través de la interpretación de la ley fundamental y otras disposiciones, en la garantía efectiva de los derechos para la tribu yaqui, pero a su vez, a la afirmación de que el “juez de amparo” puede subsanar la deficiencia de las autoridades y motivar la tutela de los derechos humanos de manera más eficaz, encontrando así una puerta abierta a su “justiciabilidad”.

6. CONCLUSIONES

Resulta innegable el influjo que ha adquirido el derecho interno de las decisiones judiciales interamericanas, no obstante, aún son muchos los retos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, los cuales involucran a diversas instancias, e inclusive, la asignación de presupuesto para contar con eficientes políticas públicas que favorezcan a grupos que se encuentran en mayor situación de desventaja social y económica.

Sin embargo, del breve recorrido realizado en supralíneas, podemos advertir que respecto a la “justiciabilidad” de tales derechos, resulta indispensable fortalecer la posibilidad de defensa de los derechos colectivos, difusos, entre otros, así como discutir

³² Véase, Amparo en revisión 631/2012, ...cit.

sobre la existencia de mecanismos procesales idóneos que garanticen la plena efectividad y vigencia de tales libertades, al tenor del denominado “recurso sencillo, rápido y efectivo”.

De este modo, si bien existen grandes desafíos en la materia, sobre todo si consideramos las grandes brechas de desigualdad existentes en nuestro territorio, lo cierto es que la tutela de los derechos, por lo menos en nuestro país, se ha impulsado por vía del amparo y en sede administrativa ante los tribunales agrarios.

Destacan resoluciones a favor de personas, e inclusive de comunidades, que en lo colectivo interponen recursos para plantear la defensa de la tierra y su territorio, la consulta previa e informada, y los derechos básicos que deben otorgarse en igualdad de circunstancias, tales como vivienda, alimentación y educación.

Los avances conseguidos a partir de paradigmáticas resoluciones se traducen en criterios interpretativos cuya cobertura, por vía de jurisprudencia, alcanza un espectro mayor, pero también motivan el análisis crítico respecto de la eficacia de las mismas y las estrategias necesarias para su debido cumplimiento e inclusive reparación.

Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha incrementado, a través de sus mecanismos procesales, el conocimiento y discusión de temas relacionados con los derechos sociales, también es cierto que en muchos casos, el incumplimiento por parte de las autoridades en perjuicio de comunidades afectadas se hace presente, lo que motiva la interposición constante de recursos que redundan en una inadecuada e incluso estéril “justicia de los derechos sociales”.

La ocasión del presente artículo permite discutir sobre los obstáculos que existen en este conjunto y entramado de derechos, las obligaciones de los Estados y las obligaciones constitucionales y convencionales de los órganos judiciales, los retos que representan para los operadores jurídicos, la nueva configuración del juicio para la protección de los derechos humanos en México, que redunde en una eficiente impartición de justicia y la recepción de la jurisprudencia interamericana que puede dar luz en este tema.

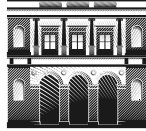
No debe soslayarse la importancia de la ratificación del Estado mexicano del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permitiría de manera subsidiaria un mayor acceso a la justicia a este grupo de derechos.

El trabajo de los órganos judiciales constituye un importante impulso para la transformación de las barreras que motivan la desigualdad y exclusión social propiciada por la pobreza, y a su vez, respresenta el pilar en la nueva configuración de la justicia mexicana de los derechos humanos. Cabe precisar que existe un notable trabajo para la formación y capacitación de jueces para abordar dichos casos, así como la elaboración de guías metodológicas en la materia.³³

Sin duda alguna, la existencia del control difuso en México, la interpretación conforme y el control de convencionalidad coadyuvarán a direccionar la práctica en el sistema mexicano, con la finalidad de ser útiles en la garantía real de los derechos y libertades de las personas.

³³ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014; *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014; *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

***Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs
en la jurisprudencia interamericana***
El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi
y Rogelio Flores Pantoja (coords.)
se terminó de imprimir en enero de 2018,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
su tiraje consta de
1000 ejemplares.



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

OTRAS PUBLICACIONES

*Los derechos de los pueblos indígenas
Una visión desde el sistema interamericano
de protección de los derechos humanos*

KARLA QUINTANA
ROGELIO FLORES
COORDINADORES

*Individuo y política en El Príncipe de Maquiavelo
Naturaleza, formas y sujetos del poder*

ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

*Derechos humanos en Latinoamérica
y el Sistema Interamericano
Modelos para (des)armar*

ARIEL DULITZKY

Ius Constitutionale Commune en América Latina

Textos básicos para su comprensión

ARMIN VON BOGDANDY
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
COORDINADORES

Constitución y derechos fundamentales

PAOLO COMANDUCCI

*Realizando los derechos.
Su filosofía y práctica en América Latina*

RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA

INCLUSIÓN, *IUS COMMUNE* Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCAs EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA EL CASO *LAGOS DEL CAMPO* Y LOS NUEVOS DESAFÍOS

Este libro tiene como propósito reflejar el cambio de paradigma en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), en su ruta de la protección indirecta hacia la justiciabilidad directa, con base en la reciente decisión del caso *Lagos del Campo* de 2017, en el marco de la inclusión como pilar fundamental del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) y bajo el enfoque del constitucionalismo transformador.

El estudio de la jurisprudencia está precedido por las aproximaciones destinadas a la noción de inclusión en su doble vertiente: constitucional e internacional, llave para el sustento de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho en la región. Una característica específica del discurso latinoamericano está constituida precisamente por el acento en la dimensión social de los principios constitucionales.

En el contexto latinoamericano, los argumentos tanto a favor como en contra de la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos continúan en la agenda y se enlazan con la necesidad de construir una dogmática particular de los DESCAs en el espacio jurídico interamericano. Avances como el caso *Lagos del Campo*, bajo el entendimiento de la inaplazable inclusión en América Latina junto a la creación de una institucionalidad específica como la Relatoría Especial de la CIDH, son pasos relevantes que provocan una redefinición del litigio estratégico y facilitan la determinación del acervo común que integre el derecho comparado y permanezca enraizado en la protección universal.

ISBN 978-607-7822-39-4



9 786077 822394



QUERÉTARO
ESTÁ EN NOSOTROS



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO