II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

ATIVIDADE JUDICIAL E DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS: AS FRASES DO TRIBUNAL INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y AMBIENTALES: LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Magda Yadira Robles Garza

Resumo

Proteção de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Direitos Ambientais (DESC) no sistema interamericano está nas mãos de Direitos Artigo 26 da ADH Convenção. Um assunto muito debatido na Corte Interamericana após a interpretação da normativa. Mas em 31 de agosto, de 2017, a CIDH declarou, pela primeira vez, a violação deste preceito no processo relativo ao direito ao trabalho e estabilidade no emprego. A sentença não chega silenciosamente. Ele vem depois de amplo debate judicial iniciado na sequência da abordagem da Comissão Inter-Americana sobre a violação do dispositivo 26 da Convenção em 2003, através do famoso caso Cinco Pensionistas vs. Peru (Corte IDH, 28 de fevereiro de 2003). Depois de quase uma dezena de resoluções, o debate dentro da Corte Interamericana se intensifica com duas posições claramente antagônicas. Neste contexto de interpretação de ativismo judicial contra o argumento de falta de competência e deferência ao legislador nacional por razões de ordem pública e orçamental, principalmente; Neste artigo proponho analisar posições judiciais segurando uma interpretação contraditória deste texto através de casos que foram reivindicadas (pela Comissão Interamericana e seus representantes) a violação deste direito. Tudo isso terá o objetivo principal de expor a mudança na interpretação judicial da Corte Interamericana de passar de uma posição de auto-contenção interpretação jurídica e restritiva da regra, aquele que detém o Tribunal dos últimos dois anos, identificado como do ativismo judicial e do confronto com o que se conhece como judicialização da política. Para isso, proponho estudar primeiro o conteúdo do artigo 26 da ADH Convenção, a fim de esclarecer se os direitos ESC pode ser derivada directamente aplicáveis. Posteriormente, discutirei os casos em que o Tribunal de Justiça se recusou a pronunciar-se sobre a violação do referido dispositivo 26 da Convenção ADH e casos até à data (2018), no qual disse que transgredir padrão convencional, através do estudo dos argumentos dos juízes da Corte IDH. Finalmente, uma vez definido o conteúdo essencial dos critérios normais e legais em relação à sua aplicação, em seguida, a questão-chave para esclarecer devem identificar os argumentos que levaram à ESCER foram considerados como direitos sejam protegidos diretamente pela CIDH e os efeitos das obrigações impostas aos Estados pela sua proteção em matéria de reparações.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Direitos humanos, Direitos econômicos, sociais e culturais, Exigibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

La protección de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en el sistema interamericano está en manos del artículo 26 de la Convención ADH. Un asunto bastante debatido en el tribunal interamericano a raíz de la propia interpretación de la disposición normativa. Pero, el 31 de agosto de 2017 la Corte IDH declaró, por primera vez, la violación de tal precepto en caso relativo al derecho al trabajo y a la estabilidad laboral. La sentencia no llega de manera silenciosa. Llega posterior a un amplio debate judicial que inició a raíz del planteamiento de la Comisión IDH de la violación del dispositivo 26 de la Convención en 2003, a través en el famoso asunto Cinco Pensionistas vs. Perú (Corte IDH, 28 febrero 2003). Luego de casi una docena de resoluciones, el debate en el seno del tribunal interamericano recrudece con dos posturas claramente antagonistas. En este contexto de interpretación de activismo judicial frente al argumento de la falta de competencia y deferencia al legislador nacional por razones de política pública y presupuestaria, principalmente; propongo analizar en este trabajo las posturas judiciales que sostienen una interpretación contradictoria de este texto a través de los casos en los que se ha reclamado (por la Comisión IDH y sus representantes) la vulneración de este derecho. Todo esto tendrá el propósito principal de exponer el cambio en la interpretación judicial de la Corte IDH al pasar de una postura de auto-restricción judicial e interpretación restrictiva de la norma, a aquella que sostiene la Corte a partir de los últimos dos años, identificada como de activismo judicial y de un enfrentamiento con lo que se conoce como judicialización de la política. Para tal intención, planteo estudiar en primer término el contenido del artículo 26 de la Convención ADH con el fin de precisar si es posible derivar DESCA directamente exigibles. Posteriormente, analizaré los casos en los que la Corte IDH ha rechazado pronunciarse sobre la vulneración al citado dispositivo 26 de la Convención ADH y, los casos hasta la fecha (2018) en los que declaró la trasgresión de la norma convencional, a través del estudio de los argumentos de los jueces de la Corte IDH. Finalmente, una vez delimitado el contenido esencial de la norma y los criterios judiciales respecto a su aplicación, entonces la cuestión clave a esclarecer será identificación de los argumentos que dieron lugar a que los DESCA fueran considerados como derechos a ser protegidos directamente por la Corte IDH y, los efectos de las obligaciones impuestas a los Estados para su protección en materia de reparaciones.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos sociales, Derechos humanos, Activismo judicial, Exigibilidad

LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y AMBIENTALES: LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

MAGDA YADIRA ROBLES GARZA[1]

I. INTRODUCCIÓN

Existen cuatro documentos esenciales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos que refieren a la salvaguardia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Ellos son, en orden histórico de aparición. El primero de ellos, la DADDH, establece los derechos económicos, sociales y culturales y, también, los derechos civiles y políticos. La Declaración plasmó como derechos la protección de la maternidad y la infancia (artículo VII), la preservación de la salud y del bienestar (artículo XI); la educación (artículo XII), los beneficios de la cultura (artículo XIII), el derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), los derechos al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV) y el derecho a la seguridad social (artículo XVI).

Por su parte, la Convención ADH siguió el esquema divisorio de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas (1966), al registrar un catálogo extenso de derechos civiles y políticos sin un reconocimiento explícito a la defensa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante derechos sociales o DESCA). No obstante, en este catálogo de derechos humanos se incluye la norma número 26 que remite a las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA.

Posteriormente, a partir de noviembre de 1999, el sistema interamericano cuenta con un documento específico en materia de DESCA, que es el Protocolo Adicional a la Convención ADH, es decir, el PSS. A pesar del gran avance que significó en el progreso normativo de estos derechos, no es posible su invocación directa en el marco de las peticiones individuales que se tramitan ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y posteriormente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en virtud del artículo 19.6 del citado PSS. Bajo este numeral, los únicos derechos directamente exigibles ante la Corte IDH son el derecho a la educación y a la sindicación. Por tanto, los demás DESCA son de imposible enjuiciamiento ante el órgano judicial interamericano, en virtud de tener competencia para aplicar sólo la Convención ADH y estos dos derechos sociales mencionados.

La lista de DESCA que el PSS enumera es bastante amplia. Por ejemplo, el Protocolo consagra los derechos al trabajo, a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo, los sindicales, a la seguridad social, a la salud, al medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, a los beneficios del progreso de la cultura, la protección a la familia, los derechos de la niñez, protección a las personas de edad avanzada y a las personas con discapacidad.

---

[1] Doctora en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid; Master en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y actualmente Directora e investigadora del Centro de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Academia Interamericana de Derechos Humanos, de la Universidad Autónoma de Coahuila (México). Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, del CONACYT, México.

Por tanto, la protección de los DESCA en el sistema interamericano está en manos del artículo 26 de la Convención ADH. Un asunto bastante debatido en el tribunal interamericano a raíz de la propia interpretación de la disposición normativa. Pero, el 31 de agosto de 2017 la Corte IDH declaró, por primera vez, la violación de tal precepto en caso relativo al derecho al trabajo y a la estabilidad laboral. La sentencia no llega ex abruptamente. Llega posterior a un amplio debate judicial que inició a raíz del planteamiento de la Comisión IDH de la violación del dispositivo 26 de la Convención en 2003, a través en el famoso asunto *Cinco Pensionistas vs. Perú* (Corte IDH, 28 febrero 2003). Luego de casi una docena de resoluciones, el debate en el seno del tribunal interamericano recrudece con dos posturas claramente antagonistas, como se verá más adelante.

En este contexto de interpretación de activismo judicial frente al argumento de la falta de competencia y deferencia al legislador nacional propongo analizar en las líneas siguientes las posturas judiciales que sostienen una interpretación contradictoria de este texto a través de los casos en los que se ha reclamado (por la Comisión IDH y sus representantes) la vulneración de este derecho. Todo esto tendrá el propósito principal de exponer el cambio en la interpretación judicial de la Corte IDH al pasar de una postura de auto-restricción judicial e interpretación restrictiva de la norma, a aquella que sostiene la Corte a partir de los últimos dos años, identificada como de activismo judicial y de un enfrentamiento con lo que se conoce como judicialización de la política.

Para tal intención, planteo estudiar en primer término el contenido del artículo 26 de la Convención ADH con el fin de precisar si es posible derivar DESCA directamente exigibles. Posteriormente, analizaré los casos en los que la Corte IDH ha rechazado pronunciarse sobre la vulneración al citado dispositivo 26 de la Convención ADH y, los casos hasta la fecha (2018) en los que declaró la trasgresión de la norma convencional, a través del estudio de los argumentos de los jueces de la Corte IDH. Finalmente, una vez delimitado el contenido esencial de la norma y los criterios judiciales respecto a su aplicación, entonces la cuestión clave a esclarecer será identificación de los argumentos que dieron lugar a que los DESCA fueran considerados como derechos a ser protegidos directamente por la Corte IDH y, los efectos de las obligaciones impuestas a los Estados para su protección en materia de reparaciones.

II. EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Tanto la Comisión como la Corte IDH tienen competencia para aplicar este artículo. La Comisión IDH lo hace a través del sistema de informes a los Estados para el cumplimiento de los DESCA. Y la Corte IDH recientemente, ha derivado una postura judicial que deriva una plena justiciabilidad de esta norma DESCA, a partir de una interpretación extensiva del principio *pro persona* y de la inferencia de derechos de la Carta de la OEA. La cuestión a dilucidar será, entonces, cuál es el contenido esencial de esta Carta (III) y cuál ha sido la interpretación de los jueces interamericanos (IV).

El texto del artículo 26 de la Convención ADH señala 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 Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos

disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (Convención ADH, 22 noviembre 1969).

Respecto al contenido de la norma, la idea es elaborar un análisis que permita determinar de qué derechos estamos hablando y cómo se hace posible su protección. Entonces, los avances van en varios sentidos: primero, si efectivamente se refiere a DESCA y, si son, a qué derechos se refiere; segundo, los medios para hacerlos efectivos, es decir, a las llamadas *providencias;* y, tercero: si el cumplimiento es progresivo y qué significa esto en términos de exigibilidad.

III. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LA NORMA: LOS DERECHOS QUE COMPRENDE

Como señala Courtis (2005: 365), la determinación del alcance de la norma 26 de la Convención ADH deviene de dos pasos previos. Uno es dictaminar cuáles son las normas económicas, sociales, de educación, cultura y ciencia contenidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Y el segundo, una vez identificadas dichas normas, determinar si de ellas es posible derivar los derechos, como lo menciona el artículo 26 de la Convención ADH que analizamos.

En cuanto al primer camino, la Carta de la OEA hace mención a disposiciones sobre la naturaleza y propósito de la propia OEA en el Capítulo I (artículos 1 y 2) y respecto a los principios firmados por sus miembros (Capítulo II, artículo 3). Courtis lo ha advertido, a este nivel es posible ver principios de política pública que permiten derivar derechos de las personas (2005: 365). En otro nivel mucho más detallado, se encuentran las disposiciones recogidas bajo el epígrafe de "Desarrollo integral" en el Capítulo VII de la Carta. En esta materia, como propone el autor, acudiendo a la interpretación de normas de derechos económicos, sociales y culturales (como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el PSS, Observaciones del Comité DESC de la ONU, incluso la misma DADDH) es posible que el intérprete de la norma 26 de la Convención ADH, a partir del proceso de interpretación integrador, "derive" –como manda dicho precepto– los derechos humanos a tutelar en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Siguiendo esta propuesta interpretativa, sería entonces posible hablar de los derechos económicos, sociales y culturales que *derivan* de la Carta de la OEA, al menos, los siguientes: derecho a la educación,[2] derechos laborales,[3] derecho a la seguridad social,[4] derecho a la vivienda,[5] derecho a la alimentación,[6] derecho a la salud,[7] derechos culturales,[8] derechos del consumidor[9].

[2] Fundamento: artículos 49, 34 h), 50, 47, 48 (todos de la Carta de la OEA). En correlación con la Observación General núm. 11 y 13 del Comité DESC de la ONU y la Observación General núm. 1 del Comité de Derechos del Niño.
[3] Fundamento: artículos 45, 45 g), 34 g). En correlación con el Convenio para la Protección de Trabajadores Migrantes y Familiares, Convenio de los Derechos de las Personas con Discapacidad y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aplicables a la materia.
[4] Fundamento: artículos 45 h), 46, 3 j), 45 b), 2 g), 3f), 34, 45 a), 45 f).
[5] Fundamento: artículo 34 k), l).
[6] Fundamento: artículo 34 j), en correlación con el 12.2 del PSS y 11. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).
[7] Fundamento: artículo 34 i), en correlación con el artículo 10 del PSS, artículo XI de la DADDH y artículo 12 del PIDESC.
[8] Fundamento: artículos 50, 30, 31, 47, 52, en correlación con el artículo XIII DADDH y artículos 15 del PIDESC y 14 del PSS.
[9] Fundamento: artículos 34 f), 39 b. i), en correlación con el Capítulo III de la Convención ADH

En segundo término, como se desprende de su lectura, la norma indica el compromiso de los Estados de adoptar las *providencias* necesarias para lograr *progresivamente* los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.

Esto significa que la norma no despliega *directamente* los derechos económicos, sociales y culturales, sino que remite a las normas de la Carta. Lo que sí hace la norma es establecer el compromiso de los Estados sobre la adopción de *providencias* para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos. A esto debe atribuirse otra afirmación: los Estados firmantes se han obligado a hacer efectivos estos derechos. Es decir, los Estados reconocen principios y postulados en la medida que las providencias pueden ser de naturaleza diversa, sin que necesariamente tenga que atribuírseles significado de justiciabilidad o exigibilidad directa.

De ahí que la noción de *progresividad* implique un segundo sentido, es decir, el de *progreso*, el cual consiste en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESCA. De ahí que autores, como Abramovich y Rossi, consideren que de esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales puedan derivarse acciones exigibles judicialmente (2007: 42). En otras palabras, esto significaría que, si el Estado se obliga a mejorar las condiciones de estos derechos, al mismo tiempo asume la obligación de no reducir los niveles de protección de los DESCA vigentes o, en su caso, derogar los existentes.

Respecto a la progresividad de estos derechos humanos, el Comité DESC de la ONU señala tres aspectos esenciales. Por un lado, debe interpretarse a la luz del objetivo general del PIDESC, es decir, establecer obligaciones para los Estados con respecto a la plena efectividad de los derechos en cuestión. Este deber de *progresividad* impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible, con miras a lograr ese objetivo. Por otro lado, establece la obligación de los Estados de justificar plenamente la regresividad de los derechos y, finalmente, que las medidas requieren la justificación en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

Entonces, una vez planteado el anterior punto en torno a la naturaleza jurídica de los DESCA pasemos a la siguiente cuestión: Estos derechos de obligatorio cumplimiento para el Estado, ¿son exigibles? y si lo son, ¿cuál es su alcance? Veamos la discusión judicial.

IV. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN ADH POR LA CORTE IDH

1. Los ejes temáticos en torno a los DESCA

En este apartado se analizarán los asuntos en los que los jueces, mediante la herramienta del voto (disidente o concurrente), explican los criterios de interpretación por los cuales ellos consideraron que la norma 26 debía ser aplicada, aunque no se hubiera alegado o peticionado por las víctimas. Cabe mencionar que, todos los procesos en los que se ha discutido la cuestión, hasta la sentencia del 31 de agosto de 2017, fueron declarados improcedentes respecto a la violación del precepto citado. Se identifican diferentes ejes temáticos: derechos laborales y de la seguridad social, derechos de propiedad de los pueblos y comunidades indígenas y derechos de los menores de edad.

Caso *Cinco pensionistas vs. Perú*, 28 febrero 2003[10]

Respecto a la justiciabilidad del precepto 26 de la Convención ADH esta sentencia, no obstante su importancia histórica en materia de reconocimiento y protección en el tema de pensiones y derechos laborales, desestima el petitorio de la Comisión IDH. Por tanto, la Corte IDH sostuvo que el desarrollo progresivo de los DESCA se debe medir en función de la creciente cobertura de tales derechos 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 personas pensionistas, no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente (*Cinco pensionistas*: párr. 147).

Si bien la sentencia desestimó la petición de la Comisión IDH respecto a la vulneración del artículo 26, es importante destacar, para nuestro análisis, que la sentencia cuenta con 3 votos de los jueces que integraron la Corte IDH en ese momento. Uno de ellos, del juez Carlos Vicente De Roux Rengifo, estuvo de acuerdo con la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el artículo 26 de la Convención, pero por razones distintas a las planteadas. En efecto, considera que la Corte IDH carecía de una base sólida para dictar violentado el 26, porque no entró al fondo de la cuestión, es decir, al ordenamiento jurídico interno de los cinco pensionistas, ni determinó si la reducción de las pensiones correspondió a una interpretación válida del alcance de las disposiciones legales preexistentes en el ámbito nacional. Sobre todo, porque la Corte IDH no tenía elementos para monitorear o conocer sobre la situación de los derechos humanos en un país. Al contrario, actúa frente a casos de violaciones de derechos humanos cometidas contra una o determinadas personas (Voto Razonado del Juez De Roux, *Cinco Pensionistas:* 4).

Por otra parte, el juez Sergio García Ramírez formuló su voto para sustentar que, para un futuro, contemplaría la eventualidad de que la Corte IDH estudiara este tipo de asuntos, pero que, en el caso actual, no valdría la posibilidad de tal análisis (Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, *Cinco Pensionistas:* 3). El otro voto corresponde al Juez Antonio Cançado Trindade, quien subrayó la importancia de los roles que tienen los individuos peticionarios y la Comisión IDH en el procedimiento ante la Corte (Voto concurrente razonado del Juez A.A. Cançcado Trindade, *Cinco pensionistas:* 1).

---

[10] Este asunto se inició en febrero de 1974, cuando se emitió el Decreto-Ley (DL) N° 20530 titulado "Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto-Ley 1990". Cinco pensionistas trabajaron en la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y cesaron después de haber prestado más de 20 años de servicios a la Administración.

El personal de la SBS se encontraba dentro del régimen laboral de la actividad pública, hasta que, mediante una ley de 1981, se dispuso que el personal se ubicaría en el régimen laboral de la actividad privada, salvo los trabajadores comprendidos en el DL 20530. Las cinco personas eligieron continuar con el Régimen del DL 20530, conforme al cual el Estado reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable.

Las nivelaciones se efectuaron de manera sucesiva y periódica, cada vez que se producía un incremento, por escala, en las remuneraciones de los trabajadores y funcionarios activos. En abril de 1992, la SBS suspendió el pago de la pensión de uno de los pensionistas y redujo el monto de la pensión de los demás en aproximadamente un 78%, sin previo aviso ni explicación alguna. Cada uno de los pensionistas interpuso una acción de amparo contra la SBS y, durante 1994, todas fueron declaradas fundadas por la Corte Suprema. En vía de ejecución de la sentencia, los correspondientes Juzgados Especializados en lo Civil emitieron resoluciones a través de las cuales ordenaron a la SBS y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) que cumplieran con lo dispuesto en dichas sentencias definitivas. Luego de haber presentado acciones de cumplimiento, el Tribunal Constitucional de Perú se pronunció en el mismo sentido.

Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú,* 24 noviembre 2006[11]

Para el análisis de este fallo es importante señalar dos aspectos. Por otra parte, respecto al petitorio de justiciabilidad del artículo 26 de la Convención ADH, la Comisión IDH señaló que el Estado es responsable por la violación a tal precepto, dado el carácter arbitrario del cese de las víctimas y porque su no reposición trajo consecuencias graves, como la privación injusta de su empleo y el derecho a una remuneración, así como demás beneficios laborales, la interrupción de la seguridad social, la interrupción de acumulación de sus años de servicio de las víctimas, lo que impidió que no pudieran acceder a su jubilación y generó efectos graves en su salud.

Sin embargo, a juicio de la Corte IDH, el objeto de la sentencia fue respecto a las garantías judiciales que violó el Estado por la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos considerados vulnerados y la existencia de impedimentos normativos para un efectivo acceso a la justicia. Por tanto, la Corte IDH es consciente de las consecuencias jurídicas de tal violación de derechos, en tanto que reconoce también que son las consecuencias comunes a cualquier cese, propias de una relación laboral. Y, para ello, considera estas consecuencias en el apartado de Reparaciones y desestima el estudio del petitorio respecto al 26 (*Trabajadores Cesados del Congreso*: párr. 136).[12]

En este asunto se destaca el voto razonado del Juez Antonio Augusto Cançando Trindade, quien manifiesta su insatisfacción con lo resultado de la argumentación expuesta sobre la transgresión al artículo 26 de la Convención. Explica el Juez que, en su entendimiento, todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables por la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos (Voto razonado del Juez Antonio Augusto Cançando Trindade, *Trabajadores Cesados del Congreso:* párr. 7).

Caso *Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú,* 01 julio 2009[13]

---

[11] Los hechos del presente asunto se ubican en Perú, en el contexto del autogolpe de Estado. Mediante la expedición del Decreto Ley N° 25640 de 1992, se autorizó la ejecución del proceso de disminución del personal del Congreso de la República. El 6 de noviembre de 1992, la Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República emitió dos resoluciones por las que fueron cesados 1110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales se encontraban las 257 víctimas de este caso. Dichas personas presentaron una serie de recursos administrativos que no tuvieron mayor resultado. Asimismo, interpusieron un recurso de amparo que fue desestimado.

[12] En materia de reparaciones, la Corte IDH dispuso la creación de un recurso sencillo y eficaz para determinar si dichas personas fueron cesadas regular y justificadamente del Congreso o, en caso contrario, determinar y fijar las consecuencias jurídicas correspondientes.

[13] Los hechos que dieron inicio a este proceso sucedieron cuando los 273 miembros de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú se acogieron al régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley Nº 20530, el cual establecía una pensión de jubilación nivelable progresivamente con la remuneración del titular en actividad de la Contraloría General de la República (CGR) que ocupara el mismo puesto o función análoga a la que ellas desempeñaban a la fecha de su jubilación. Sin embargo, el 7 de julio de 1992, mediante el Decreto Ley Nº 25597, encargó al MEF asumir el pago de las remuneraciones, pensiones y similares que, hasta ese momento, le correspondía pagar a la CGR, y recortó el derecho de Cesantes y Jubilados de la Contraloría a continuar recibiendo una pensión nivelable que ya percibían conforme al Decreto Ley Nº 20530. El 27 de mayo de 1993, la Asociación interpuso una acción de amparo contra la CGR y el MEF ante el Sexto Juzgado en lo Civil de Lima, a fin de que declarara la inaplicación de los dispositivos legales mencionados a favor de sus integrantes. Luego de agotar los recursos, los miembros de la Asociación acudieron ante el Tribunal Constitucional del Perú, el cual, mediante las sentencias emitidas con fecha 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, ordenó "que la Contraloría General de la República cumpla con abonar a los integrantes de la Asociación actora las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los servidores en actividad de la citada Contraloría que

El Estado dio cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, al nivelar las pensiones a partir de noviembre de 2002. Sin embargo, no cumplió con restituir los montos pensionarios retenidos desde el mes de abril del año 1993 hasta octubre de 2002. Como puede observarse, en casos similares en materia de estabilidad en el empleo y prestaciones de la seguridad social, la Corte IDH condenó por la violación al artículo 25 (protección judicial) por incumplimiento de las sentencias dictadas, tanto por el Tribunal Constitucional como la Sala Civil, sin que éstas hayan sido efectivamente cumplidas. La ineficacia de dichos recursos ha causado, a juicio de la Corte IDH, que el derecho a la protección judicial de las víctimas haya resultado ilusorio, determinado por la misma negación del derecho involucrado (*Acevedo Buendía y otros:* párr. 77).

Respecto a la vulneración del artículo 26, la Corte IDH sostuvo lo siguiente. Primero, establece que el *desarrollo progresivo* de los DESCA (para ello se apoya en el criterio del Comité DESC de la ONU), en el sentido de la plena efectividad de aquellos, no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo y que, en esa medida, se requiere un dispositivo de flexibilidad vital que refleje las necesidades del mundo y las dificultades que implica, para cada país, asegurar dicha efectividad. En este contexto, señala que el Estado tendrá, esencialmente, una obligación de hacer, es decir, adoptar providencias y brindar medios y elementos necesarios para lograr la efectividad de estos derechos, en la medida de sus recursos económicos. Así, la implementación *progresiva* de estas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver estas violaciones de derechos humanos (*Acevedo Buendía y otros*: párr. 102).

En efecto, la Corte IDH consideró que, en el presente caso, no se está frente a ninguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien, el incumplimiento estatal del pago ordenado por los órganos judiciales. Así, la Corte concluyó que los derechos afectados son el 21 y 25 de la Convención ADH y no el 26, por lo cual desestimó la petición (*Acevedo Buendía y otros*: párr. 106).

En este asunto nuevamente, el Juez García Ramírez se pronuncia en torno al tema de la progresividad de los DESCA, señalando que comparte la decisión de la Corte IDH de no encontrar incumplimiento del artículo 26 de la Convención ADH. Y agrega que la sentencia trae nuevas reflexiones en torno a la progresividad de tales derechos y a su propia competencia para examinar esta materia.

Por su parte, el Juez García Toma (Voto concurrente del Juez ad hoc Víctor García Toma, *Acevedo Buendía y otros:* párrs. 99 a 103) sostiene que la argumentación hecha en dicha sentencia no guarda relación directa ni tiene vínculo indisoluble o conectivo con el caso materia de controversia. Pues dichos argumentos no se acreditan con ninguna de las peticiones hechas en la demanda. En este sentido, señala que toda concepción doctrinaria expuesta en una *litis* debe efectuarse, necesariamente, en consideración a las circunstancias específicas y concretas del caso mismo. Señala que, agregar concepciones doctrinarias como apostilla inconexa puede generar interpretaciones de importante

---

desempeñen cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados", respecto de 273 integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República (*Acevedo Buendía y otros:* párr. 44).

impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; lo que debe merecer un tratamiento más prolijo y exhaustivo.

Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012[14]

Aquí los representantes de las víctimas solicitaron se incluyera en el petitorio de la Comisión IDH la declaración de la violación del derecho a la cultura, derivado del contenido del artículo 26 de la Convención ADH, en perjuicio de los miembros de la Comunidad. Sin embargo, la Corte IDH consideró que los hechos y las violaciones que han sufrido los miembros de la Comunidad han quedado suficientemente analizados y, las trasgresiones, conceptualizadas bajo los derechos a la propiedad comunal, a la consulta y a la identidad cultural del Pueblo *Sarayaku*, en los términos del artículo 21 de la Convención ADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, y que, por tanto, no se pronunció sobre la violación del 26 (*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku:* párr. 230).

Caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs Paraguay*, 02 septiembre 2004[15]

En el presente caso, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de su libertad, tiene, además de las responsabilidades señaladas para tales personas, una obligación adicional tratándose de la establecida en el 19 de la Convención ADH, es decir, debe tomar las medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del menor (*Instituto de Reeducación del Menor*: párr. 160). Con este contexto, la sentencia analiza los derechos a la salud, a la educación, alimentación de los menores privados de su libertad (*Instituto de Reeducación del Menor*: párr. 172). Así como la protección de su propia vida ante los riesgos de estar en el centro penitenciario, como los adecuados sistemas de seguridad, higiene, y medidas de evacuación y emergencia necesarias en caso de accidentes, como los incendios que ocurrieron en el lugar (*Instituto de Reeducación del Menor*: párr. 78). Por lo anterior, y ante el reconocimiento del Estado de su responsabilidad, la sentencia sostuvo que las violaciones a los derechos a la vida digna, salud, educación y recreación, en atención a los

[14] Los hechos del presente caso se enmarcan en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena *Kichwa de Sarayaku*. Esta población, la cual tiene alrededor de 1200 habitantes, subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio, de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. En 1996 fue suscrito un contrato para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo de la región amazónica, entre la empresa estatal de petróleos del Ecuador y el consorcio formado por dos compañías, una nacional y otra extranjera. El problema inicia porque el espacio territorial, otorgado a las empresas extractoras, comprendía una superficie de 200,000 Ha, en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo *Kichwa de Sarayaku*. En el año 2002 se reactivó la fase de exploración sísmica, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. La empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, necesarios para el consumo de agua de la comunidad, taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria en *Sarayaku*. Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fue denunciada una serie de hechos, de amenazas y hostigamientos, realizada en perjuicio de los líderes y miembros de la comunidad *Sarayaku*.

[15] Los hechos de la primera causa transcurren dentro del Instituto *Panchito López*, un establecimiento en el que permanecían internos los niños en conflicto con la ley. El instituto no contaba con la infraestructura adecuada para un centro de detención, circunstancia que se agravó en la medida que la población superó la capacidad máxima de éste. Asimismo, las condiciones en las que vivían los internos eran precarias: las celdas eran insalubres, los internos estaban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada. Muchos de ellos carecían de camas, frazadas y/o colchones. Del mismo modo, el programa educativo del Instituto era deficiente. Adicionalmente, no se contaba con un número adecuado de guardias en relación con el número de internos y, los que estaban, hacían uso de castigos violentos y crueles con el propósito de imponer disciplina. Tres incendios ocurrieron en este centro en febrero de 2000, febrero de 2001 y julio de 2001. Ello provocó las lesiones de algunos internos y la muerte de otros. Después del tercer incendio, el Estado cerró definitivamente el instituto. Se iniciaron procesos civiles por indemnización de daños y perjuicios y se abrió un proceso penal, como consecuencia de los sucesos acontecidos. No obstante, no se realizaron mayores gestiones ni investigaciones.

derechos 4 y 5 de la Convención ADH, en relación con los artículos 19 y 13 de la misma, son suficientes para que el Tribunal no se pronuncie en relación a la vulneración del artículo 26 de la Convención (OC-9/87: párr. 255).

Caso *Furlán y Familiares vs. Argentina,* 31 agosto 2012[16]

En esta sentencia Sebastián Furlán es menor de edad y en condición de discapacidad, por tanto, reitera su jurisprudencia en la que sostiene que toda persona que se encuentre en 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 (*Furlán y Familiares vs. Argentina:* párr. 134).[17] Respecto al artículo 26, los representantes de las víctimas alegaron la violación al desarrollo progresivo de los DESCA, en perjuicio de Sebastián Furlán y su familia. Sin embargo, la Corte IDH en la sentencia no hace referencia alguna a la vulneración o no del artículo 26 de la Convención ADH.

Destaca, en mi parecer, es el voto emitido por la Jueza Margarette May Macaulay a favor de la justiciabilidad directa de los DESCA. Para ello, emplea dos argumentos. Defiende este postulado al decir que el artículo 26 de la Convención ADH remite a las normas de la Carta de la OEA, dentro de la cual hay una clara referencia al derecho a la salud. Por otra parte, recurre al criterio de la Corte IDH según el cual indica que "los Estados Miembros han entendido que la Declaración" Americana de los Derechos y Deberes del Hombre "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". Por tanto, en relación con este caso, la DADDH contiene estándares

[16] Este asunto refiere al joven Sebastián Furlán, de 14 de años de edad, que en 1988 ingresó a un predio cercano a su domicilio, propiedad del Ejército Argentino, con fines de entretenimiento. El inmueble no contaba con alambrado alguno o cerco perimetral que impidiera la entrada al mismo, hasta el punto que era utilizado por niños para diversos juegos, esparcimiento y práctica de deportes. Sebastián sufrió un accidente al golpearse en la cabeza con una pieza de 45 o 50 kilogramos de peso dentro de dicho predio donde jugaba. El diagnóstico, fue de traumatismo encéfalo craneano con pérdida de conocimiento en estado de coma grado II-III, con fractura de hueso parietal derecho. Debido a este accidente, su padre, Danilo Furlán, interpuso una demanda en 1990 en el ramo civil contra el Estado de Argentina, para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo. Por lo que, como resultado, condenó al Estado Nacional-Estado Mayor General del Ejército a pagar a Sebastián Furlán la cantidad de 130.000 pesos argentinos, más sus intereses en proporción y con ajuste a las pautas suministradas en la sentencia. El resarcimiento reconocido a favor de Sebastián Furlan quedó comprendido dentro de la Ley 23.982 de 1991, la cual estructuró la consolidación de las obligaciones que consistiesen en el pago de sumas de dinero. Dicha Ley estipuló dos formas de cobro de indemnización: i) el pago diferido en efectivo, o ii) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a 16 años de plazo. Danilo Furlán optó por la suscripción de bonos de consolidación en moneda nacional para una rápida obtención del dinero, por lo que, en 2003, el Estado le entregó 165.803 bonos. Después de pagar los gastos incurridos en los procesos judiciales de primera y segunda instancia, en definitiva, a Sebastián se le entregó lo equivalente a 38.300 pesos argentinos, de los 130.000 originalmente ordenados por la sentencia. Sebastián Furlán recibió tratamientos médicos inmediatamente después de ocurrido el accidente en 1988, y algunos dictámenes médicos resaltaron la necesidad de contar con asistencia médica especializada debido a que contaba con un 70% de discapacidad. Ante la imposibilidad económica de sostener este tratamiento especializado y el intento de suicidio de su hijo, en 2009 Danilo solicitó nuevamente que se le concediera una pensión no contributiva por invalidez.

[17] Los derechos vulnerados a Sebastián, de acuerdo con la sentencia, son el derecho a la protección judicial (artículo 25) y al derecho a la propiedad privada (artículo 21). De acuerdo con esto, la Corte IDH observa que existe una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad. Es decir, la restricción a su derecho patrimonial no es proporcional porque no contempló ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía (*Furlán y Familiares*: párr. 222).

sobre el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social (Voto concurrente de la Jueza Margarette May Macaulay, *Furlán y Familiares:* párr. 3).

Finalmente, de la mayor relevancia también es el otro argumento planteado para sostener esta justiciabilidad, que lo hace residir en la consideración de que el problema que enfrenta la Corte IDH

> […] no es una discusión sobre la realización progresiva o regresión de estos derechos, más bien gira en torno al deber de garantizarlos. Por lo tanto, sería útil basarse en las fuentes que permiten una interpretación al contenido de esta obligación de garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social. Generalmente estas fuentes especifican la manera en que el Estado debe garantizar el uso efectivo de los derechos sociales y la obligación de adoptar medidas para quitar cualquier potencial obstáculo al goce de estos derechos (Voto concurrente de la Jueza Margarette May Macaulay, *Furlán y Familiares:* párr. 6).

Para ello, el PSS puede ser utilizado para la interpretación del alcance de las disposiciones de la Convención ADH. Según el artículo 4 del Pss, 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 contiene o lo reconoce en un menor grado. Esto lo apoya en el artículo 29 de la Convención ADH, en el sentido de que ninguna disposición de la misma puede entenderse en el sentido que restrinja o limite un derecho de los protegidos por el estatuto interamericano (Voto concurrente de la Jueza Margarette May Macaulay, *Furlán y Familiares:* párr. 7)

En el caso concreto, la Jueza sostiene que, a pesar de que Sebastián Furlán pudo haber recibido acceso a un plan de salud y seguridad social, dicho acceso no ocurrió dentro de un plazo razonable, ocasionando así un efecto negativo en su integridad por la falta de mayor diligencia en la adopción de medidas especiales de protección requeridas por el principio de no discriminación. Por ende, en su parecer, el Estado violó el artículo 26 de la Convención ADH, en relación con el artículo 5 y 1.1 de la misma Convención, en perjuicio de Sebastián Furlán (Voto concurrente de la Jueza Margarette May Macaulay, *Furlán y Familiares:* párr. 15).

2. Los argumentos de los jueces en otros asuntos

a. Argumentos a favor

A diferencia de la sección anterior, aquí la iniciativa interpretativa no deriva del pliego petitorio o del catálogo de derechos vulnerados alegados en la demanda presentada por la Comisión IDH (o los representantes de las víctimas) ante la Corte IDH, sino por el contrario, deviene del impulso de algunos de los jueces de la Corte IDH que abrieron el debate en torno a la cuestión. Esto, sin duda, trajo una serie de reflexiones que nos permite estudiar los argumentos vertidos tanto por una postura como por la otra.

Siguiendo en orden cronológico, en 2013, en ocasión de la resolución dictada en *Suárez Peralta vs. Ecuador* (Corte IDH, *Suárez Peralta vs. Ecuador*, 21 mayo 2013), el Juez Eduardo Ferrer MacGregor sostuvo en voto concurrente, que se debió reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 de la Convención ADH, entendiendo así la justiciabilidad directa. “Se debió haber declarado

violado dicho artículo de manera autónoma" en relación con el derecho a la salud (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Suárez Peralta:* párr. 3).

Para plantear la anterior, manifiesta en primer lugar que:

> […] las obligaciones generales de respeto y garantía, que prevé el mencionado precepto convencional, aplican a todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad, lo que implica aceptar que los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí, pudiendo ser justiciables de manera directa los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Suárez Peralta:* párr. 4).

En segundo término, dicta que la competencia de la Corte IDH para conocer y aplicar el derecho a la salud deviene directamente del artículo 26 de la Convención ADH, 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 (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Suárez Peralta:* párr. 6). Además, considera aplicables los artículos 34.i) y 45 h) de la Carta de la OEA, el artículo XI de la DADDH y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances al derecho a la salud.

En tercer término, para sustentar la justiciabilidad directa del derecho a la salud, acude, además de los criterios de interdependencia e indivisibilidad expuestos en el voto, a analizar ampliamente la llamada "tensión entre el Pacto de San José y el Protocolo de San Salvador" (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Suárez Peralta:* párr. 36). Es decir, entre la aplicación del 26 de la Convención ADH y el PSS debe aplicarse el principio de interpretación más favorable. Esto es, en su opinión, que la Corte IDH debe resolver esta aparente "tensión" o "problema" a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva, a partir de la elucidación más benéfica para impulsar la protección del ser humano (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Suárez Peralta:* párr. 45).

Finalmente, el voto apuesta a favor de la interpretación del artículo 26 de la Convención conforme al principio *pro persona*. Y una vez este criterio, conforme al referido artículo 29, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en otras leyes, incluyendo las constituciones de los Estados parte, así como los derechos previstos en otras convenciones de las que el Estado es parte y la Declaración Americana, se incorporarían al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarlo (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Suárez Peralta:* párr. 66).

El segundo voto a analizar es el concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer MacGregor en el caso *Canales Huapaya y otros vs. Perú* (Corte IDH, 24 junio 2015). La sentencia dictada en este asunto tiene como punto central el despido de más de mil personas, de las cuales tres son las que figuran como víctimas. Las irregularidades del despido y la falta de una causa justa para el mismo llevaron a la Corte IDH a declarar la violación al derecho al trabajo e impactó en los derechos adquiridos que habían ingresado al patrimonio de las víctimas. En este contexto, los dos Jueces firmantes declararon su desacuerdo con la decisión de la Corte IDH de no involucrar el análisis del derecho al trabajo a la luz del artículo 26 de la Convención ADH.

Es interesante porque no sólo el voto reitera los mismos argumentos vertidos en los anteriormente observados, sino que es relevante porque analiza otro DESCA: el derecho al trabajo como derecho autónomo. La opinión contempla la regulación del derecho al trabajo en el derecho comparado y el reconocimiento de su justiciabilidad directa por parte de las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales de la región y, estudia el alcance del derecho al trabajo en lo correspondiente al presente caso. Respecto de esto último, los firmantes sostienen que la Corte IDH debió utilizar como referente judicial el caso *Trabajadores Cesados del Congreso,* dada su similitud en el cese del trabajo de las víctimas (*Canales Huapaya y otros:* párr. 44).[18]

El tercer voto a analizar es el Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor en el caso *Gonzáles Lluy vs. Ecuador*, 1 septiembre 2015.[19] En este voto, el Juez Ferrer MacGregor sostiene, como lo hizo en *Suárez Peralta vs. Ecuador*, que el derecho a la salud puede ser interpretado como un derecho susceptible de justiciabilidad directa en el marco de lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención ADH (*Gonzáles Lluy*: párrs. 13-17). Para ello, propone una interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención ADH en relación con los artículos 1.1 y 2, conjuntamente con el 29 de dicho tratado; y a la luz de una interpretación sistemática con los artículos 4 y 19.6 del Protocolo de San Salvador (*Gonzáles Lluy*: párrs. 18-23).

El cuarto voto a observar estableció una postura a favor de la justiciabilidad directa del derecho a la salud, a través de la interpretación directa del 26 (Voto razonado del Juez Roberto F. Caldas en la sentencia *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, 29 febrero 2016).[20] El voto, aunque concurrente con la decisión unánime de la Corte IDH, disiente al señalar que a la fundamentación de la sentencia se debió agregar la violación directa de los artículos 26 de la Convención y 10.1 del PSS (Voto razonado del Juez Roberto F. Caldas, *Chinchilla Sandoval:* párr. 2). El razonamiento sostiene que:

> […] la progresiva evolución de la protección a los derechos humanos en la región autoriza reconocer que el derecho a la salud, además de ser un antecedente necesario para la garantía de los derechos a la integridad física y a la vida, es también un derecho autónomo de la víctima y verificable por esta Corte. (Voto razonado del Juez Roberto F. Caldas, *Chinchilla Sandoval:* párr. 3).

Otro argumento para sostener la justiciabilidad directa del derecho a la salud a través del 26 es la perspectiva histórica. Señala el Juez Caldas, que la consolidación de la línea jurisprudencial de protección por conexión debe llevar a los jueces y juezas a explicar tales derechos para el efectivo cumplimiento por los Estados (*Baena Ricardo y otros:* párr. 16). Sobre todo, afirma, porque la situación histórica que dio origen a la distinción entre los derechos ahora no tiene cabida ni

[18] También destacan la aplicación del *corpus iuris* internacional en la materia laboral, como lo son: la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a que el derecho al trabajo implica, entre varios aspectos, el de no ser privado injustamente de empleo (*Canales Huapaya y otros*: párr. 45); el Convenio Nº 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), que establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente (*Canales Huapaya y otros:* párr. 46). En este contexto, el voto afirma que la arbitrariedad de los ceses ocurridos lleva a concluir que se generó una restricción desproporcional en el derecho al trabajo de las víctimas, lo cual impactó en el goce efectivo de sus salarios y otras prestaciones (*Canales Huapaya y otros:* párr. 47).

[19] Los Jueces Roberto F. Caldas y Manuel E. Ventura Robles se adhirieron a este voto.

[20] El caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* se refiere a una mujer que cumplía su pena en un centro penitenciario en Guatemala, donde su estado de salud se deterioró progresivamente, generando, por sus complicaciones, discapacidad y, finalmente, su fallecimiento, antecedido por atención médica y de emergencia insuficientes para impedir estos daños.

reconocimiento en los instrumentos internacionales posteriores a 1966 (*Baena Ricardo y otros:* párrs. 19 y 20).

En este mismo asunto (*Chinchilla Sandoval*) y en sentido análogo al del voto del Juez Caldas, el juez mexicano, Eduardo Ferrer MacGregor, como ha venido sosteniendo desde *Suárez Peralta*, mantiene su postura a favor de declarar la violación al derecho a la salud a través de la interpretación y aplicación directa del 26 convencional, para dar "oportunidad al Tribunal Interamericano de aportar mayores elementos a los estándares interamericanos sobre la accesibilidad, los ajustes razonables y la protección del 'derecho a la salud' de las personas con discapacidad privadas de la libertad." (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Chinchilla Sandoval*: párr. 1).[21]

Tal como lo reitera, en la sentencia del caso *I.V. vs. Bolivia* (Corte IDH, 30 noviembre 2016), el Juez Ferrer MacGregor se inclinó a manifestar además en la aplicación del principio *iura novit curia*; generando un nuevo ejercicio interpretativo del tradicional enfoque de subsunción de derechos por la vía de la conexidad; y porque, en su parecer, no abona al fortalecimiento de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, especialmente en los tiempos actuales de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *I. V. vs. Bolivia:* párr. 1).[22]

b. Posturas en contra de la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención ADH

En el citado caso *Gonzales Lluy* aparecen dos votos que asumen posturas contrarias. El primero de ellos las razones del Juez se enfocan en el asunto competencial y, en segundo término, sostiene la libre actuación de los Estados, pues al interpretar la norma del 26 entiende que se trata de un mero compromiso de desarrollo progresivo para los Estados, y no implica un reconocimiento de derechos (Voto concurrente del Juez Alberto Pérez Pérez, *González Lluy:* párrs. 7 y 9 y Voto concurrente del Juez Humberto Sierra Porto en el caso *González Lluy y otros:* párr. 29).

En la más reciente y polémica sentencia de la Corte IDH en relación con los DESCA (*Lagos del Campo vs. Perú*, 31 agosto 2017), se sostuvo la justiciabilidad directa del derecho al trabajo y a la estabilidad laboral a través de la interpretación del 26 de la Convención ADH, para sustraer de la norma derechos directamente aplicables, como es el derecho al trabajo.

El fallo fue aprobado por mayoría de cinco contra dos. Los dos votos disidentes coinciden en sustentar su postura reiterando los argumentos hasta ahora vertidos. Uno de los votos disidentes afirma: "no significa que sea contrario en general a la tesis de que los DESC son derechos justiciables…" (Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Sierra Porto, *Lagos del Campo:* párr. 2), sino que resalta su

[21] El argumento para plantear su discrepancia con el entendimiento del fallo reside en lo siguiente. El tradicional análisis que ha realizado la Corte IDH en otros asuntos que involucran aspectos del derecho a la salud, pero han sido reconducidos a la luz del derecho a la vida e integridad personal, resulta limitado en el presente caso, dado que estos dos derechos no incorporan específicamente obligaciones asociadas específicamente con el *derecho a la salud*, como la accesibilidad, la disponibilidad, la calidad y la aceptabilidad, o bien, la de adopción de ajustes razonables para garantizar el disfrute del derecho a la salud en el caso de las personas con discapacidad (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Chinchilla Sandoval:* párr. 6).

[22] En su opinión, el enfoque desde los DESCA hubiera ayudado a clarificar aspectos de la sentencia, como la distinción entre el derecho de acceso a la información (artículo 13 de la Convención ADH) y la garantía de la accesibilidad de información como medio o instrumento para materializar el derecho a la salud (artículo 26 Convención ADH) (Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *I. V. vs. Bolivia:* párr. 5).

convencimiento de que, "en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos la justiciabilidad de los DESC no debe realizarse por medio de la aplicación directa del artículo 26 de la CADH" (Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Sierra Porto, *Lagos del Campo:* párr. 4), como se efectuó en este presente caso. [23]

Las razones no son novedosas, se refieren a las hasta ahora vertidas en los votos anteriores, como lo son: 1) Los DESCA no son justiciables a partir del artículo 26 de la Convención ADH, por la falta de competencia del tribunal. En este punto convergen los dos votos disidentes de la sentencia (Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Sierra Porto, *Lagos del Campo:* párrs. 14, 18 y 20; Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, *Lagos del Campo:* 4); y, 2) la imposibilidad de derivar derechos directamente exigibles de la normativa 26, pues remite a la Carta de la OEA, la cual, en su parecer, no es un catálogo de derechos, sino una mera carta de intenciones y postulados (Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Sierra Porto, *Lagos del Campo:* párrs. 8-10).

En este último aspecto se advierte la preocupación, porque la resolución interamericana inicia una lógica de funcionamiento que no sólo pone en tela de duda la competencia de la Corte IDH, sino que, al remitir a la Carta de la OEA, entra a modificar el catálogo de derechos protegidos por la Convención ADH (Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Sierra Porto, *Lagos del Campo:* párr. 14).

Por otro lado, el voto trae al debate otro de los elementos más conflictivos de la discusión: la asignación presupuestaria y sus efectos en asuntos de índole política interna de los Estados parte. Esta postura sostiene que las decisiones judiciales de un tribunal internacional sobre utilización y distribución adecuada de los recursos económicos conlleva una intervención intensa en asuntos de índole interna de los Estados. En este sentido, al declarar violentado el 26, las sentencias podrán y, en su caso, deberán, establecer reparaciones con incidencia en políticas públicas de forma más acentuada que en el pasado y, por tanto, será necesario establecer las relaciones de disponibilidad económica que permitan orientar las prioridades de inversión en contextos de recursos escasos (Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Sierra Porto, *Lagos del Campo:* párr. 33).

Sin duda, no es irrelevante el tema que pone sobre la mesa el Juez Sierra Porto, porque, como se ha visto, en materia de reparaciones, la incidencia en políticas públicas e, incluso, legislativas hace que los Estados estén muy lejos del cumplimiento, al cien por cien, de las sentencias de la Corte IDH. Con este nuevo enfoque, resulta de suma trascendencia la fundamentación de las sentencias de la Corte IDH.

De esta forma, el método interpretativo tiene una función importante, que es el ir actualizando las normas convencionales con las necesidades de los nuevos tiempos (Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Sierra Porto, *Lagos del Campo:* párr. 42). Sin embargo, advierte el autor del voto que, la supuesta interpretación evolutiva se convierte en una mutación convencional, pues implica un cambio sustancial al texto de la Convención a través de interpretaciones contrarias a la interpretación conforme de la misma. Haciendo con ello, una interpretación extensiva del 26. No se realizó una interpretación evolutiva, puesto que una evolución no puede llevar a contrariar una convención: "una

[23] En el mismo sentido la Corte IDH dictó *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf

cosa es resolver asuntos novedosos no advertidos por los creadores de la norma y otra diferente, cambiarlos" (Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Sierra Porto, *Lagos del Campo:* párr. 43).

V. CONCLUSIONES

Quedan sobre la mesa algunas reflexiones que dejan abierta la discusión sobre el futuro de los DESCA en la región interamericana. Me referiré, para empezar por algún sitio, en el argumento que con mayor fuerza ha sido alertado desde la sede judicial. Es decir, la falta de competencia de la Corte IDH para conocer de asuntos DESCA distintos de los permitidos por el PSS: educación y sindicación. Sin duda, el propósito de hacer efectiva la justicia social en el sistema interamericano no basta. Querer acertar, en justicia internacional, es insuficiente, pues genera un factor de deslegitimación de los tribunales, especialmente, de la Corte IDH. Llamada a mayores propósitos en cuanto al respeto y protección de los derechos humanos.

La idea aquí vertida me lleva a buscar otros espacios de reflexión sobre los alcances de la resolución adoptada por los casos dictados contra Perú en 2017, ambos que protegen el derecho al trabajo como derecho autónomo a partir de la interpretación del 26. Apunto algunos temas que abonen a la discusión: a) visibilizar los problemas que generan decisiones de tal alcance en materia de políticas públicas y la asignación de presupuesto; b) se requieren sentencias que determinen con precisión y exactitud los compromisos que debe adoptar el Estado para el respeto y garantía de los derechos humanos en el futuro, así como las garantías necesarias para asegurar la no repetición de los mismos; c) evitar los riesgos de legitimidad e inseguridad jurídica que se puedan desprender de las sentencias de la Corte IDH que sigan este derrotero.

Finalmente, lo obvio, pero no por ello menos importante, las sentencias y los votos emitidos por los jueces interamericanos, en sus diversas etapas históricas, son una demostración evidente del diálogo entre tribunales e instancias internacionales y al interior la Corte IDH. La deferente consideración entre sus miembros, la disertación abierta sin duda, dignifica la valiosa labor que realizan en la región interamericana de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta (2007): "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*, vol. 9, número especial, 34-53.

Courtis, Christian (2005): "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, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IX, UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México, 361-438.