

## La navegación de los DESCAs en la jurisdicción interamericana

### *The ESCER navigation in the Inter-American jurisdiction*

Sofía RECA MILANTA<sup>1</sup>

**Resumen:** El desembarco de los DESCAs en la jurisdicción interamericana generó un gran debate a raíz de las diversas posiciones en relación con la judiciable directa y autonomía del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este marco, el año 2022 atestiguó el cambio más radical en toda la historia del Tribunal, planteado el interrogante sobre la continuidad de la línea jurisprudencial en torno a los DESCAs. El objetivo del presente artículo es, por tanto, analizar cómo ha sido su desarrollo desde sus inicios hasta la actualidad y evaluar el impacto que ha tenido la nueva composición de la Corte.

**Palabras claves:** derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, reparación estructural.

**Abstract:** The arrival of the ESCER in the Inter-American jurisdiction has raised a great debate due to the different positions in relation to the direct judiciable and autonomy of Article 26 of the American Convention on Human Rights. In this framework, the year 2022 witnessed the most radical change in the entire history of the Court, raising the question of the continuity of the jurisprudential line around ESCER. The purpose of this article is, therefore, to analyze its development from its beginnings to the present and to evaluate the impact of the new composition of the Court.

**Key words:** Economic, social, cultural and environmental rights, Inter-American Court of Human Rights, structural reparations.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España). Abogada por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España). Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Becaria en el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional de España (Madrid). Correo electrónico: [sofireca@hotmail.com](mailto:sofireca@hotmail.com)

## 1. Introducción

Von Bogdandy apunta que la “autoridad pública”<sup>2</sup> que ejercen los tribunales internacionales requiere una forma de “legitimación democrática” que radica, principalmente, en tres componentes: la “selección de los jueces y las juezas”, las “garantías del proceso judicial” y la “argumentación de la sentencia”<sup>3</sup>.

En esa línea, el magistrado Pérez Manrique, actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señala que la legitimidad de esa jurisdicción se funda en la “solidez de sus razonamientos”, “la prudencia de sus fallos” y el “consenso de sus miembros”<sup>4</sup>. Mucho se ha debatido sobre cuál es la mejor forma como se determina el *consenso* entre los jueces y juezas; si se requiere “unanimidad”<sup>5</sup>, “mayoría” (pero cuál), o cómo los tribunales seleccionan la “muestra” para determinar si hay convergencia o disparidad<sup>6</sup>.

Sin duda, entendemos que la posibilidad de emitir votos particulares tiene un potencial de legitimación democrática al dar lugar a diversas opiniones favoreciendo el “debate público”<sup>7</sup>, aunque algunos autores consideran que esa práctica lejos de reforzar la legitimidad de los tribunales, la socava<sup>8</sup>.

El desembarco de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en la jurisdicción interamericana en el año 2017 generó un gran debate en el seno de la Corte IDH, a raíz de las diversas posiciones que se plasmaron allí en relación con la “judiciabilidad directa” y “autonomía” de la cláusula de progresividad del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

A ello se añade que el año 2022 atestiguó el cambio más radical en toda la historia del Tribunal con la incorporación de cuatro nuevos integrantes: la jueza Verónica Gómez (Argentina), la jueza Nancy Hernández López (Costa Rica), la jueza Patricia Pérez Goldberg (Chile) y el juez Rodrigo Mudrovich (Brasil).

Sin duda, este escenario plantea nuevos interrogantes y desafíos en una de las materias más

2 Von Bogdandy la define como la “potestad jurídica de impactar en otros actores en el ejercicio de sus libertades”. Von Bogdandy (2014), p. 112.

3 Von Bogdandy (2014), p. 202.

4 Voto parcialmente disidente Pérez Manrique, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 16.

5 Algunos autores sostienen que la forma más idónea en que la jurisdicción puede ejercer su autoridad pública es mediante decisiones que se resuelvan de manera “unánime”. Orentlicher (2022), p. 310; Seidman Diamond *et al.* (2012), pp. 1-42.

6 Clérico (2020), p. 53; Orentlicher (2022), p. 310; Seidman Diamond *et al.* (2012), pp. 1-42; Von Bogdandy (2014), p. 186.

7 Von Bogdandy (2014), p. 178.

8 Seidman Diamond *et al.* (2012); Orentlicher (2022).

controvertidas en los últimos años en la jurisdicción interamericana.

Es por ello que el objetivo del presente trabajo es analizar el desarrollo jurisprudencial de los DESCAs desde su desembarco, en el año 2017, hasta la actualidad con la finalidad de evaluar el impacto que ha tenido en su evolución la nueva composición de la Corte IDH.

## 2. El desembarco de los DESCAs

La irrupción de los DESCAs en la jurisdicción interamericana en el año 2017 planteó un novedoso escenario al dar operatividad a la cláusula de progresividad del artículo 26 CADH<sup>9</sup> en las emblemáticas sentencias *Lagos del Campo* (2017) y *Trabajadores Cesados Petroperú* (2017).

Las referidas resoluciones reconocieron, por primera vez, la “judiciabilidad directa” y “autonomía” del artículo 26, enfocando su protección en el derecho al *trabajo*.

No es casual que, luego de un largo peregrinaje<sup>10</sup>, la autonomía de los DESCAs haya sido reconocida durante la presidencia del magistrado Figueiredo Caldas (2016-2017), quien, junto a los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura Robles, fue uno de sus grandes defensores en los años más recientes, tal como lo refleja su voto razonado en el caso *Chinchilla Sandoval* (2016)<sup>11</sup>.

En los años subsiguientes, durante la presidencia del magistrado Ferrer Mac-Gregor (2018-2019), el Tribunal promovió la expansión de los derechos tutelados por el artículo 26 a materias como *salud*<sup>12</sup>, *vivienda*<sup>13</sup>, *seguridad social*, *haberes y beneficios sociales*<sup>14</sup>.

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

10 El juez Cançado Trindade en su voto razonado en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* en el año 2006 ya postulaba la operatividad de la cláusula convencional del artículo 26 de la CADH.

11 Voto razonado juez Figueiredo Caldas, *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.

12 Corte IDH, *Casos Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018; y *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

13 Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 36.

14 Corte IDH, *Caso Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375; y *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394.

El *progresivo* desarrollo jurisprudencial fue acompañado de un nuevo estándar convencional de las medidas de reparación que se centró en su dimensión *estructural*, extendiendo sus efectos más allá de las partes del proceso con la finalidad de erradicar los factores de “desigualdad”, “inequidad” y “exclusión social”<sup>15</sup>.

Siguiendo esa orientación, en el precedente *Cuscul Pivaral* (2018), que condenó a Guatemala por la falta de atención médica a personas con VIH y en situación de pobreza, la Corte ordenó al Estado “mejorar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones de salud para personas que viven con el VIH”, “garantizar la provisión de antirretrovirales y la demás medicación indicada a toda persona afectada” y “ofrecer a la población las pruebas diagnósticas para detección del VIH”<sup>16</sup>.

En similar línea, en el caso *Poblete Vilches* (2018) el Tribunal ordenó a Chile a “diseñar una política general de protección integral a las personas mayores”<sup>17</sup>, mientras que en la sentencia *Asociación Nacional Cesantes* (2019) ordenó a Perú a crear un registro que identifique “otros integrantes que no figuran como víctimas” y que enfrentan “condiciones similares” a fin de que se “reconozca, restituya u otorgue los derechos pensionarios”<sup>18</sup>.

El inicio de la presidencia de la magistrada Odio Benito (2020-2021) tuvo como desafío principal la emergencia sanitaria a causa del COVID-19<sup>19</sup> que, lamentablemente, exacerbó los déficits en la respuesta a problemáticas que habían sido invisibilizadas o, al menos, desplazadas por los gobiernos de la región.

Como un vaticinio, ese angustiante y alertador escenario realzó la trascendencia y oportunidad en dar operatividad directa a los DESCAs, con especial incidencia en la “pobreza” como factor “estructural” de discriminación<sup>20</sup>.

15 Voto razonado jueces Ferrer Mac-Gregor, Odio Benito y Pazmiño, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 45.

16 Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, punto resolutive 14.

17 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, punto resolutive 16.

18 Corte IDH, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párr. 225.

19 Cervantes *et al.* (2020).

20 Ese presupuesto ya había sido utilizado años antes por los jueces Ferrer Mac-Gregor y Odio Benito en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* (2016), que también condenó a Brasil por perpetuar una situación “estructural” e “histórica” de exclusión. En esa oportunidad, los referidos magistrados sustentaron su posición haciendo eco de las violaciones estructurales en la experiencia europea en las denominadas “sentencias piloto” (Voto razonado jueces Ferrer Mac-Gregor y Odio Benito, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 58 y 60).

Bajo ese rumbo, en la sentencia *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo* (2020) el Tribunal estableció, por primera vez, un nexo “directo” entre los “hechos” del caso, el “fenómeno estructural e interseccional de discriminación” y las “medidas de reparación estructural”<sup>21</sup>.

Cabe aclarar que en el referido precedente la Corte condenó a Brasil por la explosión en una fábrica en la que fallecieron 60 personas, atribuyendo como una de las causales de la responsabilidad el factor “pobreza” como un supuesto de “discriminación estructural”<sup>22</sup>. Consecuentemente, ordenó al Estado “promover la inserción laboral para toda la población de Santo Antonio de Jesús dedicados a la fabricación de fuegos artificiales”<sup>23</sup>.

Siguiendo esa línea argumental, el Tribunal impulsó el desarrollo de la cláusula convencional del artículo 26 con carácter innovador en la tutela de nuevos derechos como *medio ambiente, alimentación, agua, participación en la vida cultural*<sup>24</sup> y *huelga, asociación y libertad sindical*<sup>25</sup>.

En ese sentido, una de las sentencias más emblemáticas fue el caso *Lhaka Honhat* (2020) que reconoció, por primera vez, los derechos de las comunidades indígenas a “participar en la vida cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua”. Para su efectiva protección, la Corte IDH ordenó al Estado argentino “garantizar el acceso permanente a agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a alimentación nutricional y culturalmente adecuada”<sup>26</sup>.

En similar línea, el caso de los *Buzos Miskitos* (2021), que condenó a Honduras por los accidentes de buceo sufridos por 42 miskitos mientras trabajaban para empresas privadas, ordenó “implementar las medidas de fortalecimiento del sistema de salud de La Moskitia desde la

21 Voto concurrente Pérez Manrique, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 53.

22 Ese presupuesto ya había sido utilizado años antes por los jueces Ferrer Mac-Gregor y Odio Benito en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* (2016), que también condenó a Brasil por perpetuar una situación “estructural” e “histórica” de exclusión. En esa oportunidad, los referidos magistrados sustentaron su posición haciendo eco de las violaciones estructurales en la experiencia europea en las denominadas “sentencias piloto” (Voto razonado jueces Ferrer Mac-Gregor y Odio Benito, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 58 y 60).

23 Voto concurrente Pérez Manrique, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr.53.

24 Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 344; y *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de octubre de 2021. Serie C No. 440.

25 Corte IDH, *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Serie C No. 445.

26 Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, punto resolutive 11.

perspectiva del desarrollo social inclusivo”; “adoptar las medidas estructurales necesarias para garantizar el acceso a la justicia en la región”; “fortalecer el sistema educativo” y “garantizar la accesibilidad de todas las instituciones públicas para personas con discapacidad”<sup>27</sup>.

Finalmente, el precedente *Manuela* (2021), que declaró la responsabilidad del Estado por la criminalización de una mujer que buscó servicios de salud reproductiva en medio de una emergencia obstétrica y, años más tarde, falleció en prisión, ordenó a El Salvador garantizar la “atención integral en casos de emergencias obstétricas”<sup>28</sup>.

## 2.1. UN DEFINIDO RUMBO: LA DIMENSIÓN ESTRUCTURAL

Del análisis jurisprudencial se desprende que el desarrollo de los DESCAs a partir del año 2018 se orientó a fortalecer la dimensión *estructural*<sup>29</sup>. Así lo pone de manifiesto el voto razonado de los jueces Ferrer Mac-Gregor, Odio Benito y Pazmiño en el caso *Cuscul Pivaral* al señalar que:

A cuatro décadas de entrada en vigor de la Convención Americana, es la primera ocasión en que la Corte aborda ambas dimensiones de un DESCAs (exigibilidad inmediata y progresividad) y se fijan medidas de reparación acorde a cada una de estas dimensiones. Este será el camino a seguir en el futuro, y aunque implique retos normativos y metodológicos, la Corte no puede quedarse de lado ante el grave problema de la desigualdad, la inequidad y la exclusión social que prevalecen en la región y en la desprotección en materia de DESCAs sobre todo para los grupos más vulnerables<sup>30</sup>.

Es relevante, por tanto, delimitar qué componentes otorgan rasgos específicos a la dimensión estructural de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana.

En primer lugar, siguiendo a Puga entendemos que un aspecto relevante es la “causalidad estructural” que reconoce como fuente de la violación de derechos a una “política institucio-

27 Corte IDH, *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, punto resolutivo 6.

28 Corte IDH, *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441, punto resolutivo 18.

29 La dimensión *estructural* de los DESCAs fue impulsada, principalmente, por el juez Ferrer Mac-Gregor y la jueza Odio Benito como lo evidencia el voto concurrente de los referidos magistrados en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* en el año 2016, que condenó al Estado por perpetuar una situación “estructural” e “histórica” de exclusión (Voto razonado jueces Ferrer Mac-Gregor y Odio Benito, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 58 y 60).

30 Voto razonado jueces Ferrer Mac-Gregor, Odio Benito y Pazmiño, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 45.

nal” o una “condición o situación social” que supone ciertas condiciones *sine qua non* del agravio<sup>31</sup> relacionado “al estado, a políticas legislativas, y a derechos públicos relativos a ellas”<sup>32</sup>.

En relación con la condición o situación social, Clérico y Aldao apuntan que la “igualdad” en el contexto interamericano responde a una desigualdad que combina problemas de “redistribución” y “reconocimiento” según los déficits que, en términos de “acceso a recursos materiales”, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos, y en el “acceso a los recursos simbólicos” divide a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas<sup>33</sup>.

Esos fueron los criterios utilizados por la Corte IDH en los precedentes *Cuscul Pivaral*, *Poblete Vilches*, *Asociación Nacional Cesantes*, *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús*, *Llhaka Honhat*, *Buzos Miskitos* y *Manuela*. El común denominador en todos los casos fue que la vulneración del artículo 26 atendió a factores de discriminación relacionados con los déficits de “redistribución” (factor pobreza como condición determinante) o de “reconocimiento” (pertenencia a ciertos colectivos históricamente discriminados como pueblos indígenas, mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas LGTBI, privadas de libertad, con discapacidad, mayores, con VIH, migrantes, refugiados, desplazados).

Por otro lado, la nueva dimensión de los DESCAs reforzó las obligaciones convencionales de los Estados al expandir los efectos de la sentencia “sobre quienes no están presentes en el proceso, pero que se hallan ineludiblemente conectados por la definición judicial del conflicto”<sup>34</sup> al ordenar medidas reparatorias de tipo estructural.

En esa línea, Bergallo clasifica los tipos remediales en: (a) “daños” compensatorios o punitivos; (b) “declaración de los derechos y obligaciones de las partes”; y (c) “órdenes” (*injunctives*) que instruyen al demandado a detener una conducta dañina o comenzar otra requerida por el derecho<sup>35</sup>. A su vez, las órdenes pueden ser “preventivas”, orientadas a evitar daños futuros; “reparatorias”, reservadas a la reparación de daños pasados; y “estructurales”, destinadas a reorganizar instituciones sociales y políticas públicas<sup>36</sup>.

Siguiendo a la referida autora, lo que caracteriza a la reparación estructural es su vocación “transformadora”<sup>37</sup> con la finalidad de mejorar e implementar prácticas y políticas institu-

31 Puga (2013), pp. 26, 27 y 26.

32 Puga (2013), p. 52.

33 Clérico *et al.* (2011), pp. 143 y 152.

34 Puga (2013), pp. 26, 27 y 29. Para mayor desarrollo ver Cano Blandón (2023).

35 Bergallo (2005), p. 3.

36 Bergallo (2005), p. 4.

37 Bergallo (2005), p.10.

cionales a través del diseño *ad hoc* de soluciones cuyas consecuencias exceden, como fuera analizado, a las partes del proceso.

Como vimos, la Corte utilizó esas medidas como un medio para erradicar los factores de desigualdad estructural para que ciertos sectores sociales puedan acceder a sus necesidades básicas como la salud, agua, alimentación, vivienda, trabajo y otros servicios esenciales.

Las medidas estructurales difieren de otros remedios de alcance “colectivo” que se dirigen a “restituir o reparar, reponer o preservar bienes que exceden al lesionado inmediato —aunque pudieran abarcarlo— y corresponden a la sociedad en su conjunto”<sup>38</sup>. Así ocurre con las garantías de no repetición cuando se dispone la reforma de una norma opuesta a la Convención o se ordena investigar y sancionar al responsable de la violación de derechos, libertades o garantías. En efecto, la persecución de los delitos satisface al ofendido, pero ante todo “protege bienes jurídicos colectivos”<sup>39</sup> con una finalidad “preventiva” o “correctiva” orientada a evitar daños futuros o reparar daños pasados.

La reforma, abolición o derogación de normas incompatibles con la Convención, o bien, en contrapartida, emisión de disposiciones compatibles, tiene como fundamento la obligación que compete al Estado de cumplir con las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la CADH, que se proyectan sobre el conjunto del tratado<sup>40</sup>.

Por su parte, el reconocimiento del deber de investigación, persecución y enjuiciamiento de quienes incurren en violación de los derechos humanos es, por cierto, uno de los deberes nucleares del Estado para evitar la impunidad que constituye uno de los “pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”<sup>41</sup>.

En cambio, las medidas estructurales inciden en prácticas o políticas públicas con el objetivo primordial de erradicar los factores de discriminación que ocasionaron el perjuicio. Es por ello que la interferencia del Poder Judicial en el accionar de la administración pública ha sido arduamente debatida en la doctrina.

Desde la óptica del constitucionalismo dialógico, autores como Dixon, Gargarella y Rodríguez Garavito apoyan la intervención de los tribunales en políticas públicas para promover la “colaboración” y “deliberación” entre las diferentes ramas del poder y la ciudadanía sobre

38 García Ramírez (1999), p. 331.

39 García Ramírez (1999), p. 332.

40 García Ramírez (1999), p. 344.

41 García Ramírez (1999), p. 345.



cuestiones públicas. La intervención judicial está dirigida a introducir nuevas ideas, perspectivas o incluso equilibrios en el proceso político con miras a “profundizar el compromiso de los regímenes democráticos” con estándares decentes de bienestar económico<sup>42</sup>.

Sin embargo, otro sector cuestiona la “legitimidad”<sup>43</sup> de los tribunales para intervenir activamente en ese tipo de decisiones. En esta línea, Tushnet define a los tribunales “activistas” como aquellos que optan por medidas “fuertes”, no solo para establecer una vía que permita solucionar los fallos de las políticas públicas, sino también para definir en detalle las nuevas políticas a adoptar<sup>44</sup>.

Para delimitar el campo de actuación judicial, el referido autor señala que los remedios “débiles” serían la mejor forma de proteger los derechos sociales ya que dejan en manos de los Estados la modalidad y los plazos en los que se van a implementar las medidas reparatorias, convirtiéndolas en “meras declaraciones”<sup>45</sup>. En idéntica línea, Huneeus sugiere emprender tales litigios mediante el uso de *soft-power mechanisms*<sup>46</sup>.

Como veremos seguidamente, en esa dirección se orientaron algunos de los jueces de la Corte IDH.

## 2.2. LOS VIENTOS EN CONTRA

La navegación de los DESCAs en la jurisdicción interamericana no es, ni ha sido, para nada pacífica. Desde el precedente *Lagos del Campo* en el año 2017, y en todos los casos que le sucedieron, los magistrados Sierra Porto y Vio Grossi manifestaron su posición en disidencia respecto de la “judiciabilidad directa” y autonomía” del artículo 26 de la CADH.

El argumento principal de los referidos jueces se sustentó en el “principio de complementariedad” que rige en el ámbito internacional y que confiere “con exclusividad” la función normativa a los Estados en torno a la cláusula de progresividad, que no fue delegada por los Estados al momento de redactar la Convención<sup>47</sup>.

---

42 Dixon (2007), p. 407; Gargarella (2016), p. 124; Rodríguez Garavito (2017), p. 119.

43 Tushnet (2004), pp. 1897-1898; Hunneus (2015), p. 4; Bergallo (2005), p. 5.

44 Tushnet (2004), pp. 1909-1911.

45 Tushnet (2004), pp. 1909-1911.

46 Hunneus (2015), p. 23.

47 Votos disidentes jueces Sierra Porto y Vio Grossi, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

Por su parte, el magistrado Sierra Porto señaló que la posición asumida por la mayoría de la Corte “desconoce el tenor literal de la Convención Americana como tratado que otorga competencia a la Corte”; “ignora las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”; “modifica la naturaleza de la obligación de progresividad consagrada en el artículo 26”; “ignora la voluntad de los Estados” y “mina la legitimidad del Tribunal en el ámbito regional”<sup>48</sup>.

Adicionalmente, hizo hincapié en que frente a materias de profundo interés político y social se debe evitar que la Corte IDH se convierta en un Tribunal “contramayoritario” al entrar en esos debates<sup>49</sup>, afectando no solo la “legitimidad” de las sentencias interamericanas, sino también su “implementación”<sup>50</sup>.

El avance del judicial *law-making* interamericano hacia la dimensión *estructural* de los DESCA recrudesció la reticencia de algunos jueces. Un claro ejemplo se observa en el voto del juez Vio Grossi en el *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús* (2020) al considerar que las reparaciones estructurales ordenadas eran “desproporcionadas” y “ajenas” a la competencia jurisdiccional<sup>51</sup>, alegando que “la mera referencia a la discriminación estructural histórica no implica que se esté declarando, en general, la responsabilidad internacional del Estado en virtud de ella”<sup>52</sup>.

En idéntica línea se posicionó el juez Sierra Porto en contra de las medidas de fiscalización ordenadas por la Corte para garantizar las reparaciones estructurales en el caso *Lhaka Honhat*, al entender que “no requieren la supervigilancia directa de un tribunal, menos aún uno internacional”<sup>53</sup>.

48 Voto disidente juez Sierra Porto, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, párr. 3.

49 Voto parcialmente disidente juez Sierra Porto, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párr. 10.

50 Voto disidente Sierra Porto, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 25-26.

51 Voto parcialmente disidente magistrado Vio Grossi, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.

52 Voto parcialmente disidente magistrado Vio Grossi, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.

53 Votos parcialmente disidentes jueces Sierra Porte, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 28.

La *polarización* en el seno de la Corte IDH se evidenció, aún más, en las reñidas decisiones dictadas en los casos *Lhaka Honhat* (2020) y *Spoltore* (2020) que se definieron a favor de las víctimas por el voto calificado de su presidenta, la magistrada Odio Benito, patentizando la necesidad de lograr un mayor consenso entre los jueces y juezas.

El juez Sierra Porto expresó que “esta particularidad en alcanzar la mayoría pone en manifiesto que se trata de un tema que merece consenso [...] En la medida en que se oriente más a una protección eficaz de los derechos y menos a una elaboración jurisprudencial aparentemente innovadora, que en todo caso dista mucho de ser consolidada”<sup>54</sup>.

En idéntica línea, el magistrado Pérez Manrique argumentó que, si bien la Corte IDH tiene competencia para conocer y pronunciarse sobre los DESCAs tanto en su aspecto individual como colectivo, la “legitimidad” del Tribunal se funda en la “solidez de sus razonamientos”, “la prudencia de sus fallos” y el “consenso de sus miembros”<sup>55</sup>.

Adicionalmente, el referido magistrado propone la tesis de la “interconexidad” para lograr un mayor consenso mediante la interpretación y aplicación de los DESCAs en función de la coexistencia de la violación con varios derechos convencionales, sin necesidad de recurrir a justificaciones a partir de la invocación “autónoma”<sup>56</sup> del artículo 26 CADH<sup>57</sup>.

---

54 Votos parcialmente disidentes jueces Sierra Porto, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 21.

55 Voto parcialmente disidente Pérez Manrique, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 16.

56 “No es procedente ni necesario declarar una violación autónoma y separada del derecho a la vida cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua a partir del artículo 26 de la Convención. Lo pertinente habría sido [...] declarar violación del artículo 21 en relación con el artículo 26 y 1.1 de la Convención, con un análisis delimitado —y breve— de la afectación de los derechos sociales antes mencionados como resultado del incumplimiento del Estado de garantizar una tutela efectiva del derecho a la propiedad” (Voto parcialmente disidente Pérez Manrique, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 13).

57 Voto razonado concurrente del juez Pérez Manrique, *Caso Mina Cuero vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2022. Serie C No. 464.

La tesis de la interdependencia fue acogida por el Tribunal en el precedente *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús* (2020). El magistrado Sierra Porto se adhirió al voto mayoritario “por la forma como fue agrupado el análisis de las alegadas violaciones al derecho al trabajo, a los derechos de las niñas y los niños y al derecho a la igualdad y no discriminación”, dejando sentado que “no debe entenderse como una aceptación de la tesis [...] sobre la posibilidad de declarar violaciones autónomas al artículo 26 de la Convención Americana (Voto parcialmente disidente magistrado Sierra Porto, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 8 y 12).

### 3. Un nuevo y desconocido rumbo

El año 2022 atestiguó el cambio más radical en toda la historia de la Corte IDH con la incorporación de cuatro nuevos integrantes tras la finalización del mandato de los jueces Pazmiño, Vio Grossi, Zaffaroni y de su presidenta, la jueza Odio Benito, una de las voces más influyentes en el desarrollo de los DESCAs.

Sin duda, ese escenario plantea un nuevo y desconocido rumbo en la travesía de los DESCAs, que inicia con la presidencia del juez Pérez Manrique (2022-2023).

Desde el mes de mayo de 2022 al mes de noviembre de 2023, la Corte IDH dictó 34 sentencias de fondo en casos contenciosos<sup>58</sup> que podrían agruparse en tres grandes ejes temáticos: DESCAs, desaparición forzada y libertad de expresión<sup>59</sup>. En lo que aquí interesa, el Tribunal dictó siete resoluciones en las cuales declaró la violación del artículo 26 de la CADH.

La primera de ellas, la sentencia *Guevara Díaz* (2022), condenó a Costa Rica por la discriminación sufrida por la víctima en el acceso y la permanencia en el empleo, vulnerando el derecho al trabajo, a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

En similar línea, los casos *Nissen Pessolani* (2022) y *Aguinaga Aillón* (2023) abordaron el derecho a la estabilidad laboral de los operadores de justicia; en concreto, de los fiscales y las juezas y jueces. La sentencia *Aguinaga Aillon* analizó, por primera vez, la destitución de un juez desde la perspectiva del derecho al trabajo ante los ceses del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en el año 2004 en un contexto de inestabilidad política.

Por su parte, el precedente *Mina Cuero* (2022) reconoció el derecho a la estabilidad laboral de un funcionario de la policía, mientras que la sentencia *Benítez Cabrera* (2022) condenó a Perú por la violación del derecho al trabajo en perjuicio de 184 trabajadores cesados del Congreso de la República de Perú en un contexto generalizado de ineficacia de las instituciones

58 En cuatro de ellas rechazó la demanda: *Casos Habbal vs. Argentina* (2022); *Hendrix vs. Guatemala* (2022); *Scot Cochran vs. Costa Rica* (2023) y *Bendezú Tuncar vs. Perú* (2023).

59 La Corte IDH también resolvió temáticas vinculadas a la integridad personal en los casos *Huacón Baidal vs. Ecuador* (2022); *Cortez Espinoza vs. Ecuador* (2022); *Aroca Palma vs. Ecuador Bissoon vs. Trinidad y Tobago*. Asimismo, se expidió sobre la regulación de la prisión preventiva y el arraigo en México en los casos *Tzompaxtle Tecpile vs. México* (2022) y *García Rodríguez vs. México* (2022); la pena de muerte y tortura en los casos *Dial vs. Trinidad y Tobago* (2022) y *López Sosa vs. Paraguay* (2023), el derecho a la niñez y a la familia en los casos *Angulo Losada vs. Bolivia* (2022) y *María vs. Argentina* (2023); estereotipos de género en el *Caso Olivera Fuentes vs. Perú* (2023) y el derecho a la protección judicial en el *Caso Boleso vs. Argentina* (2023).

Por otro lado, el Tribunal rechazó la demanda en los casos *Habbal vs. Argentina* (2022); *Hendrix vs. Guatemala* (2022); *Scot Cochran vs. Costa Rica* (2023) y *Bendezú Tuncar vs. Perú* (2023).

durante el gobierno de Fujimori.

Por otro lado, los casos *Valencia Campos* (2022) y *Brítez Arce* (2022) abordaron el derecho a la salud. En el primer caso, de una mujer privada de la libertad personal, mientras que en el segundo condenó al Estado por no proporcionar servicios de salud adecuados durante el embarazo, parto y en un periodo razonable después del parto, calificando los hechos como “violencia obstétrica”.

### 3.1. ¿RETORNO AL PUERTO DE ORIGEN?

Del análisis de las resoluciones dictadas por la Corte IDH se desprende que la protección de la cláusula convencional del artículo 26 se restringió a los derechos al *trabajo* y a la *salud* que, casualmente, refieren a la jurisprudencia más consolidada en materia de DESCAs.

Además, en todos los casos referenciados las reparaciones ordenadas conservaron una dimensión *individual*, limitándose a medidas indemnizatorias, de publicación y difusión, que se proyectan, claro está, únicamente sobre las partes involucradas en el proceso.

Así, por ejemplo, en el caso *Guevara Díaz* la Comisión solicitó que se ordene al Estado adoptar las medidas de no repetición necesarias para garantizar el acceso y permanencia en el trabajo de todas las personas con discapacidad<sup>60</sup>, sin embargo, fueron rechazadas por el Tribunal.

Coincidimos plenamente con el juez Mudrovich en que la realización de los DESCAs en casos individuales “no requiere de un esfuerzo hermenéutico muy diferente al utilizado para los derechos civiles y políticos”<sup>61</sup>.

Sin duda, las hipótesis más difíciles y controvertidas son aquellas en las que se configura una violación “colectiva o masiva” por obstáculos deliberativos políticos o fallas de coordinación institucional a nivel doméstico, casos sobre los que la nueva Corte no se ha expedido aún, facilitando que mitiguen los vientos en contra.

---

60 Corte IDH, *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453, párr. 93.

61 Voto concurrente juez Mudrovitshc Corte IDH, *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453.

### 3.2. MITIGAN LOS VIENTOS EN CONTRA

El magistrado Sierra Porto mantuvo firme su postura respecto a que utilizar el artículo 26 de la CADH para declarar la responsabilidad del Estado es “jurídicamente inadecuado y afecta la legitimidad de la decisión”, ignorando la voluntad de los Estados plasmada en el Protocolo de San Salvador<sup>62</sup>.

En idéntica línea argumentativa se posiciona la jueza Pérez Goldberg al señalar que la Corte carece de competencia para declarar la violación “autónoma” del artículo 26; modo de proceder que “afecta la seguridad jurídica que debe garantizar un tribunal internacional y la legitimidad de sus decisiones”<sup>63</sup>.

En clara contraposición, el juez Mudrovich señala que la Corte “no tiene por qué retroceder o rehuir a afirmar que el derecho violado es del tipo no justiciable; bastará con que tenga el debido cuidado y administre remedios dialógicos, deferentes al proceso democrático, al reparto de responsabilidades y a la necesidad de planificación económica y fiscal”<sup>64</sup>. Este enfoque apoya la intervención de la Corte en políticas públicas con la finalidad de promover la “colaboración” y “deliberación” entre las diferentes ramas del poder y la ciudadanía, propia del constitucionalismo dialógico<sup>65</sup>.

En una postura intermedia, el presidente Pérez Manrique reafirma la tesis de la “interconexidad”, reconociendo que, si bien los DESCAs son justiciables de manera “directa” ante la Corte, la referencia al artículo 26 de la Convención es una “norma marco” que permite acceder a su definición y contenido, “pero insuficiente por sí solo para justificar el acceso a la Corte”<sup>66</sup>.

La tesis “moderada” propuesta por el juez Manrique va en línea con la propuesta de Tushnet y Huneeus de utilizar remedios “débiles” (*soft-power mechanisms*) en los litigios sobre derechos sociales<sup>67</sup> con el objetivo de lograr un mayor consenso entre los jueces y juezas.

62 Ver votos parcialmente disidentes magistrado Sierra Porto en los casos *Guevara Diaz vs. Costa Rica* (2022); *Mina Cuero vs. Ecuador* (2022); *Benites Cabrera vs. Perú* (2022); *Valencia Campos vs. Bolivia* (2022); *Brítez Arce vs. Argentina* (2022); *Nissen Pessolani vs. Paraguay* (2022); y *Aguinaga vs. Ecuador* (2023).

63 Voto parcialmente disidente jueza Pérez Goldberg, casos *Guevara Diaz vs. Costa Rica* (2022); *Mina Cuero vs. Ecuador* (2022); *Benites Cabrera vs. Perú* (2022); *Valencia Campos vs. Bolivia* (2022); *Brítez Arce vs. Argentina* (2022); *Nissen Pessolani vs. Paraguay* (2022); y *Aguinaga vs. Ecuador* (2023).

64 Voto concurrente juez Mudrovitshc, *Caso Guevara Diaz vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453.

65 Dixon (2007); Gargarella (2016); Rodríguez Garavito (2017).

66 Voto razonado concurrente del juez Pérez Manrique, *Caso Mina Cuero vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2022. Serie C No. 464.

67 Tushnet (2004), pp. 1909-1911; Hunneus (2015), p. 23.

En clara contraposición, los jueces Ferrer Mac-Gregor y Mudrovich señalan que “pretender absorber o subsumir por la vía de la conexidad el contenido de uno de los derechos dentro del contenido del otro, desnaturaliza el contenido de cada derecho [...] Esta distinción resulta especialmente importante para la generación de estándares de protección específicos en la materia, a la vez que otorga claridad a las obligaciones estatales”<sup>68</sup>.

Como vemos, durante el periodo 2022-2023 las posiciones en disidencia mermaron, y la gran mayoría de casos sobre DESCAs se resolvió con una mayoría de, al menos, cinco votos favorables.

Además, los votos disidentes solo se centraron en la judiciabilidad directa del artículo 26 sin añadir cuestionamientos adicionales, como el alcance de la competencia de la Corte en materia de reparaciones y fiscalización. Claro está que ello se debe a que en ninguno de los casos se configuró una violación colectiva o masiva que, como ya advertimos, son los más complejos y controvertidos de resolver.

#### 4. El mapa de la travesía

Como referimos al inicio, el objetivo central de este trabajo es analizar el desarrollo jurisprudencial en materia de DESCAs, desde su desembarco en la jurisdicción interamericana hasta la actualidad, con la finalidad de evaluar el impacto que ha tenido en su evolución la nueva composición del Tribunal a partir del año 2022.

Los datos que utilizamos para la construcción de ese mapa fueron, por un lado, el número de casos contenciosos sobre DESCAs resueltos por la Corte IDH (en total, 27 resoluciones) durante las presidencias de los jueces Figueiredo Caldas, Ferrer Mac-Gregor, la jueza Odio Benito y el magistrado Pérez Manrique. Además, examinamos los derechos amparados por el artículo 26 CADH, el alcance de las reparaciones (individual o estructural) y los votos en disidencia.

---

68 Voto razonado jueces Ferrer Mac-Gregor y Mudrovitsch en el *Caso Benites Cabrera y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de octubre de 2022. Serie C No 465.

Cuadro. Evolución jurisprudencial DESCAs (2017-2023)

	Figueiredo Caldas (2017)	Ferrer Mac-Gregor (2018-2019)	Odio Benito (2020-2021)	Pérez Manrique (2022-2023) <sup>69</sup>
Número de casos	2	6	12	7
Derechos Artículo 26 CADH	Trabajo	Trabajo Salud Vivienda Seguridad social	Trabajo Salud Vivienda Seguridad social Medio ambiente Alimentación Agua Participación vida cultural Huelga, asociación, libertad sindical	Trabajo Salud
Reparación	Individual	Estructural	Estructural	Individual
Votos disidentes	Sierra Porto Vio Grossi	Sierra Porto Vio Grossi	Sierra Porto Vio Grossi Pérez Manrique	Sierra Porto Pérez Goldberg

Del cuadro se desprende que, en cuanto a los *derechos* amparados por el artículo 26 CADH, inicialmente, se protegió el trabajo y, en los años subsiguientes, el Tribunal fue expandiendo *progresivamente* su alcance a otras materias como salud, vivienda, seguridad social, medio ambiente, agua, alimentación, participación en la vida cultural y libertad sindical.

A partir del año 2022, se advierte un *retroceso* en cuanto al alcance de la cláusula de progresividad que restringió su protección a los derechos al trabajo y a la salud, que corresponden, como ya fue analizado, a las líneas jurisprudenciales más consolidadas. Además, se constata un *retroceso* del número de casos resueltos por la Corte IDH.

En relación con las *medidas reparatorias*, también se verifica un desarrollo *progresivo* hasta el año 2021. En este sentido, observamos que la expansión de los derechos protegidos por el artículo 26 tuvo un impacto *directo* en los tipos remediales que se orientaron a erradicar patrones *estructurales* de discriminación con una vocación transformadora.

<sup>69</sup> Este periodo de tiempo incluye las resoluciones que se dictaron a partir del mes de mayo de 2022, en el que comenzó la presidencia del juez Pérez Manrique.



A partir del año 2022, las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en casos de DESCA conservaron, como al inicio, una dimensión *individual* que restringió su alcance a medidas indemnizatorias, de publicación y de difusión que se proyectan, únicamente, sobre las partes involucradas en el proceso.

Un claro ejemplo de lo expuesto se puede observar al cotejar los casos *Manuela* (2021) y *Brítez* (2022), que condenaron a El Salvador y Argentina<sup>70</sup> por vulnerar el derecho a la salud de mujeres durante y después del parto, hechos calificados como “violencia obstetricia”. Entre las medidas reparatorias estructurales que ordenó la Corte en el caso *Manuela*, incluyó la de garantizar la “atención integral” de todas las mujeres en casos de emergencias obstétricas<sup>71</sup>. No obstante, tan solo un año después, en el caso *Brítez*, el Tribunal circunscribió las reparaciones a medidas indemnizatorias, de publicación y campañas de difusión, que solo se centraron en la víctima y sus familiares.

Con base en lo expuesto, podemos concluir que, respecto de la segunda variable cotejada, también se constata un *retroceso* en el desarrollo jurisprudencial a partir del año 2022.

Finalmente, el tercer aspecto que analizamos fueron los *votos disidentes* en los casos en que la Corte declaró la vulneración del artículo 26. La relevancia de su estudio es definir en qué medida influyeron las voces contrapuestas en el desarrollo progresivo de los lineamientos jurisprudenciales. Intentaremos dilucidar si, como señala Von Vogdandy, los votos particulares y disidentes favorecieron el “debate público”<sup>72</sup> para identificar nuevos enfoques o, por el contrario, lo obstaculizaron.

Desde sus inicios, los jueces Sierra Porto y Vio Grossi dejaron expuesta su posición en disidencia respecto de la “judicibilidad directa” y “autonomía” de los DESCA ante la jurisdicción interamericana. Como ya apuntamos, el principal argumento se centró en que el artículo 26 excede la competencia jurisdiccional al no haber sido delegada por los Estados al momento de firmar la Convención.

Pero, además, corroboramos que a medida que la Corte IDH fue avanzando e impulsando la dimensión *estructural* de los DESCA, se recrudecieron las tensiones entre los jueces y juezas, añadiendo cuestionamientos “adicionales” relacionados con el alcance de las medidas reparatorias y la competencia de la jurisdicción internacional en su fiscalización.

---

70 Cabe aclarar que la regulación del derecho al aborto era diversa en los Estados que fueron condenados.

71 Corte IDH, *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441, punto resolutorio 18.

72 Von Bogdandy (2014), p. 178.

Esa situación llevó a que, en el periodo de mayor desarrollo jurisprudencial, durante la presidencia de la jueza Odio Benito (2020-2021), se produjese, por primera vez, una *polarización* entre sus integrantes en los casos *Llaka Honhat* (2020) y *Spoltore* (2020) que se resolvieron con tres votos a favor y tres en disidencia<sup>73</sup>.

En búsqueda de lograr un mayor consenso, la nueva composición de la Corte optó por una postura “moderada” que reconoce la judicibilidad de los DESCAs, pero restringió el alcance de los derechos tutelados por el artículo 26 y aplicó remedios “débiles” en esos litigios. Ello condujo a que durante el periodo 2022-2023 las posiciones en disidencia mermaran no solo en número, sino también en su argumentación<sup>74</sup> y la gran mayoría de casos se resolviera con, al menos, cinco votos favorables.

Como ya advertimos, ello se debió a que en ninguno de los casos se configuró una violación de tipo estructural, que son los casos de mayor complejidad y los que, sin duda, generan un mayor “impacto” en el ámbito doméstico.

Un ejemplo claro del impacto en los Estados lo refleja la sentencia *Lhaka Honhat* (2020), donde la Corte IDH ordenó ambiciosas reparaciones<sup>75</sup> de tipo estructural como “garantizar el acceso permanente a agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a alimentación nutricional y culturalmente adecuada”<sup>76</sup>.

Para su cumplimiento, en el mes de octubre de 2023 Argentina suscribió el programa “Proyectos Agro XXI”<sup>77</sup> para la ejecución de sistemas agroalimentarios climáticamente inteligentes e inclusivos, que destinará hasta US\$12.050.000 provenientes del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento<sup>78</sup>. Los medios de comunicación y las autoridades nacionales destacaron que “es la primera vez que el Estado Nacional realiza una inversión destinada a apoyar a la totalidad de las 250 familias campesinas”<sup>79</sup> que hace más de 30 años luchan por

73 En ambos casos hubo tres votos a favor de las víctimas (jueces Ferrer Mac-Gregor, Pazmiño y Odio Benito) y tres en disidencia (jueces Pérez Manrique, Sierra Porto y Vio Grossi), resolviéndose por el voto calificado de su presidenta, la magistrada Odio Benito.

74 Los argumentos solo se centran en la judicibilidad directa y autonomía y son mucho más acotados en su desarrollo que los votos disidentes en los años previos.

75 Para un análisis exhaustivo, consultar Ferrer Mac-Gregor *et al.* (2022) y Landa Arroyo (2022).

76 Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, punto resolutivo 11.

77 El “Proyecto AGRO XXI” también financiará la instalación de cercos agroforestales para la producción de alimentos en las comunidades indígenas, una acción que también es parte del cumplimiento de la sentencia del tribunal internacional, que impuso al Estado argentino avanzar en labores para asegurar la soberanía alimentaria.

78 Noticia [disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/>]. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

79 Noticia [disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/>]. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

proteger su dignidad, avanzando decididamente en un “plan integral”.

Como vemos, el impulso de la dimensión estructural de los DESCAs resulta especialmente importante para la generación de estándares de protección específicos en esta relevante y sensible materia, a la vez que genera obligaciones a cargo de los Estados específicas para su tutela. Pareciera que, hasta el momento, no es el rumbo elegido por la actual composición de la Corte IDH.

## 5. Conclusiones

El desembarco de los DESCAs en la jurisdicción interamericana en el año 2017 impulsó el desarrollo progresivo del artículo 26 de la CADH, tutelando los derechos al trabajo, salud, vivienda, alimentación adecuada, agua, medio ambiente y participación a la vida cultural, con la finalidad de erradicar los factores de discriminación estructural propios de nuestra región.

Ello tuvo un impacto directo en las medidas de reparación que, con una vocación transformadora, se orientaron a mejorar e implementar prácticas y políticas institucionales a través del diseño *ad hoc* de soluciones cuyas consecuencias, en la mayoría de los casos, excedieron a las partes del proceso.

El recorrido de ese prometedor horizonte se vio paralizado por la imperiosa necesidad de la nueva composición de la Corte IDH de lograr un mayor consenso entre sus jueces y juezas, restringiendo su impacto en el ámbito interno a un mero efecto simbólico cuyo cometido, creemos, no distingue en modo alguno la protección de los DESCAs de otros derechos convencionales “clásicos”.

En este marco, es importante preguntarnos por el rol de la Corte IDH en el específico contexto social y político de América Latina, en donde existen fenómenos de exclusión estructural y debilidad institucional. Esto lleva a considerar qué otros medios se encuentran disponibles para enfrentar esas preocupaciones, cuál es su grado de efectividad y con qué opciones cuentan los grupos vulnerables para superar sus problemas<sup>80</sup>.

Como expusimos a lo largo del presente trabajo, el Tribunal interamericano ha demostrado ser un claro ejemplo de una jurisdicción que se arriesga a dar “grandes pasos” en vez de pequeños en protección de los derechos humanos, y que no se acobarda cuando tiene que usar

---

80 Von Bogdandy *et al.* (2017), p. 34; Reca Milanta (2023), pp. 163-184.

“*strong language*” o se requieren “interpretaciones muy innovadoras”<sup>81</sup>.

El avance hacia la dimensión estructural de los DESCAs fue convirtiendo gradualmente a la jurisdicción interamericana en un espacio de transformación social, alzando la voz de diversos colectivos sociales históricamente discriminados para que puedan acceder a una mejor calidad de vida.

Lamentablemente, en nuestra región existe un contexto idóneo que legitima a la jurisdicción internacional a intervenir para promover la “colaboración” y “deliberación”<sup>82</sup> entre las diferentes ramas del poder y la ciudadanía sobre cuestiones públicas, con miras a profundizar el compromiso de los regímenes democráticos con estándares decentes de bienestar económico.

Veremos si el mapa que traza la jurisdicción interamericana de aquí en adelante conquista nuevos y prometedores destinos o, definitivamente, retorna al puerto de origen.

## Bibliografía citada

Abramovich, Victor (2009): “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista SUR* (6, 11), pp. 7-39.

Bergallo, Paola (2005): “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”. [Disponible en: [digitalcommons.law.yale.edu](https://digitalcommons.law.yale.edu/)]. [Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2023].

Cervantes, Andrés; Matarrita, Mario y Reza Milanta, Sofía (2020): “Los estados de excepción en tiempos de pandemia: un estudio comparado en América Latina”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (N.º 20), pp. 180-312.

Clérico, Laura y Aldao, Martín (2011): “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Lecciones y Ensayos* (89), pp. 141-179.

Clérico, Laura (2020): “El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos.

81 Clérico (2020), p. 76.

82 Dixon (2007), p. 407; Gargarella (2016), p. 124; Rodríguez Garavito (2017), p. 5.

- Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH”, en *Revista Derecho del Estado* (46, 57.83), pp. 57-83.
- Dixon, Rosaline (2007): “Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited”, en *International Journal of Constitutional Law* (5, 3), pp. 391-418.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo (2017): “Acerca de la discriminación estructural histórica en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo”, en V. B., A., M. A., M., F. M. G., E., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su Comprensión* (Max Planck Institute e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Alemania y México) pp. 267-322.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Von Bogdandy, Armin y Morales Antoniazzi, Mariela (2017): *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su Comprensión* (Max Planck Institute e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Alemania y México).
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Flores Pantoja, Rogelio y Morales Antoniazzi, Mariela (2022): *El Caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización* (Max Planck Institute e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Alemania y México).
- Gargarella, Roberto (2016): “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism”, en B., T. y F., B. G., *Democratizing Constitutional Law* (Switzerland, Springer) pp. 119-146.
- García Ramírez, Sergio (1999): “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (3), pp. 329-348.
- Landa Arroyo, César (2022): *Los DESCA en el Perú. Un enfoque desde la Constitución de la Tierra* (Palestra, Perú).
- Orentlicher, Diane (2022): “Judicial Consensus: Why the Supreme Court Should Decide Its Cases Unanimously”, en *Connecticut Law Review* (54, 2), pp. 303-344.
- Puga, Mariela (2013): *Litigio Estructural*. [Disponible en: [www.researchgate.net/publication/251231477](http://www.researchgate.net/publication/251231477)]. [Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2023].

- Fernando Cano Blandón, Luisa (2023): “La esperanza ¿vacía? de las sentencias estructurales en América Latina”, en A.S.A., *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano* (Tirant lo Blanch, México) pp. 53-80.
- Reca Milanta, Sofía (2023): “El impacto del control de convencionalidad en la cosa juzgada interamericana”, en A.S.A., *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano* (Tirant lo Blanch, México) pp. 159-184.
- Rodríguez Garavito, César (2017): “Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”, en L., M., R. G., C. y R., J., *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento* (Bogotá, Dejusticia) pp. 98-134.
- Seidman Diamond, Shari; Rose, Mary y Murphy, Beth (2012): “Revisiting the Unanimity Requirement: The Behavior of the Non-Unanimous Civil Jury”, en *Northwestern University Law Review*, pp. 1-42.
- Tushnet, Mark (2004): “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, en *Texas Law Review* (82), pp. 1895-1919.
- Von Bogdandy, Armin (2014): *In whose name?: a public law theory of international adjudication* (Oxford University Press, Oxford).

### **Jurisprudencia citada**

- Corte IDH: *Lagos del Campo vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 340, de 31 de agosto de 2017.
- Corte IDH: *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 344, de 23 de noviembre de 2017.
- Corte IDH: *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 348, de 8 de febrero de 2018.
- Corte IDH: *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 359,

de 8 de marzo de 2018.

Corte IDH: *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 359, de 23 de agosto de 2018.

Corte IDH: *Villamizar Durán y otros vs. Colombia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 364, de 20 de noviembre de 2018.

Corte IDH: *Vereda La Esperanza vs. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 36, de 21 de noviembre de 2018.

Corte IDH: *Muelle Flores vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 375, de 6 de marzo de 2019.

Corte IDH: *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 394, de 21 de noviembre de 2019.

Corte IDH: *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 400, de 6 de febrero de 2020.

Corte IDH: *Spoltore vs. Argentina* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 404, de 9 de junio de 2020.

Corte IDH: *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 407, de 15 de julio de 2020.

Corte IDH: *Casa Nina vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 419, de 24 de noviembre de 2020.

Corte IDH: *Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 432, de 31 de agosto de 2021.

Corte IDH: *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 440, de 6 de octubre de 2021.

Corte IDH: *Manuela y otros vs. El Salvador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 441, de 2 de noviembre de 2021.

Corte IDH: *Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Serie C No. 445, de 17 de noviembre de 2021.

Corte IDH: *Guevara Díaz vs. Costa Rica* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 453, de 22 de junio de 2022.

Corte IDH: *Mina Cuero vs. Ecuador* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 464, de 7 de septiembre de 2022.

Corte IDH: *Benites Cabrera y otros vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 465, de 4 de octubre de 2022.

Corte IDH: *Valencia Campos y otros vs. Bolivia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 469, de 18 de octubre de 2022.

Corte IDH: *Brítez Arce y otros vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 474, de 16 de noviembre de 2022.

Corte IDH: *Nissen Pessolani vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 477, de 21 de noviembre de 2022.

Corte IDH: *Aguinaga Aillón vs. Ecuador* (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 483, de 30 de enero de 2023.