

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

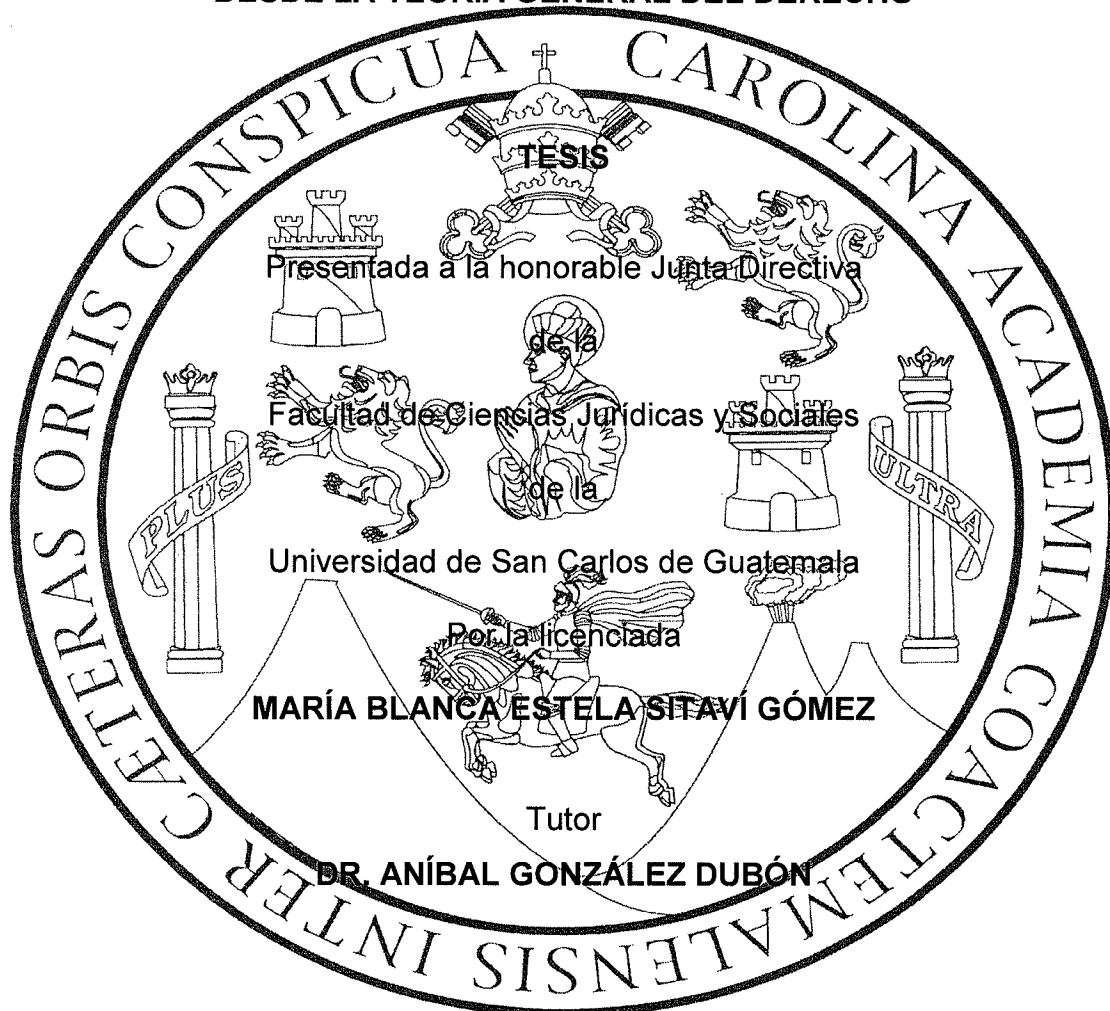


LCDA. MARÍA BLANCA ESTELA SITAVÍ GÓMEZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2024

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**ANÁLISIS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO**



Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, febrero de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Lcda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Lcda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dr.	Saúl González Cabrera
VOCAL:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Cabrera
SECRETARIO:	Dr.	Aníbal González Dubón

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

Guatemala, 5 de julio del año 2022.

Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

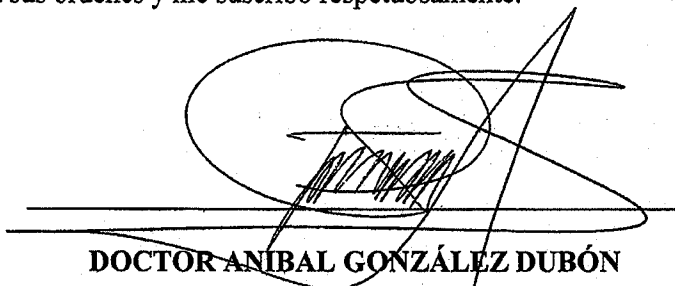
Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, RES. D.E.E.P. D.C. 17-2021, de fecha veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno se me asignó para su tutoría la **Tesis de Maestría en Derecho Constitucional** de la Licenciada **María Blanca Estela Sitaví Gómez**, titulada **"ANÁLISIS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO"**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la **Tesis de Maestría en Derecho Constitucional** de la Licenciada **María Blanca Estela Sitaví Gómez**, y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN



USAC

TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 24 de noviembre de 2023

Doctor:

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

Director de la Escuela de Estudios de Posgrado

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha diecisiete de noviembre de dos mil veintitrés, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que la licenciada: **MARÍA BLANCA ESTELA SITAVÍ GÓMEZ**, de la **Maestría en Derecho Constitucional**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **ANÁLISIS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea para el conocimiento.

Dicho trabajo presenta las partes mínimas requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, la sustentante, ha referido con el modelo latino de citas a pie de página, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que la sustentante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron las referencias del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Cel. 6144

welm
c. c. interesada/o, archivo.



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 12 de febrero del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que la Licenciada María Blanca Estela Sitavi Gómez, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 116-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ANÁLISIS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A DIOS:

Gracias por su infinita bondad y amor, por concederme la vida, permitiendo superarme, para lograr mis objetivos.

A MIS PADRES:

Santiago Sitaví Roquel y Mercedes Gómez de Sitaví (*in memoriam*), por su apoyo, esfuerzo y comprensión en todo momento; y en especial a mi madre **Mercedes Gómez de Sitaví (*in memoriam*)**, por sus enseñanzas que siguen guiándome día a día, por sus sacrificios y amor incondicional. Este logro es en su honor, porque fue gracias a su amor y dedicación que aprendí a nunca rendirme.

A MIS HERMANAS:

Ángela, Angélica (†), Mercedes, María Elena y Flor de María. Con cariño y ejemplo de superación.

A MIS NIÑOS:

Jorge Santiago y Amelia Sofía, Con mucho cariño y ejemplo de superación.

A MIS SOBRINOS:

José Eduardo, Mario Roberto, Jorge Estuardo, María Victoria, Angélica, Stephany y Javier. Con cariño especial.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

En especial a Edna, Mario, Jorge Mario y Miguel. Con especial cariño.

A MI CATEDRÁTICO:

Doctor Aníbal González Dubón, por sus conocimientos invaluable, consejos y apoyo moral y orientación académica.

A:

La Escuela de Estudios de Posgrado, por ser mi casa de preparación académica.

A MI CENTRO DE ENSEÑANZA:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por haberme formado en sus aulas en la licenciatura y maestría.



ÍNDICE

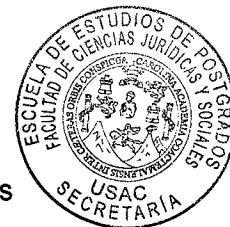
	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El alcance del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional	1
1.1. Evolución del derecho internacional de los derechos humanos	1
1.2. La convencionalización del ordenamiento jurídico	8
1.3. Control de convencionalidad concentrado y originario (Corte IDH) y control de convencionalidad difuso y derivado (Estados nacionales)	15
1.4. El control de convencionalidad y las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno	19
1.5. La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno	23
1.6. Alcance del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno	28

CAPÍTULO II

2. Los derechos económicos sociales y culturales como derechos fundamentales .	33
2.1. Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)	33
2.2. Naturaleza, progresividad y justiciabilidad de los DESC	37
2.2.1. La naturaleza jurídica de los DESC	37
2.2.2. La progresividad de los DESC	39
2.2.3. La justiciabilidad de los DESC	41
2.3. Operatividad de los DESC en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo	42
2.3.1. Igualdad jerárquica e indivisibilidad de derechos	43



2.3.2. Aplicación directa de los DESC y rango constitucional de los tratados internacionales	44
2.3.3. Principio de progresividad de los derechos	44
	Pág.
2.3.4. Cláusula abierta de reconocimiento de los derechos	45
2.4. Tipología de los DESC	46

CAPÍTULO III

3. Los DESC y su inserción en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos	49
3.1. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948	49
3.2. Antecedentes de los DESC en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	49
3.3. La aplicación de la Declaración Americana por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	54
3.4. Los DESC en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	60
3.5. El surgimiento de la Convención Americana y su reconocimiento de los DESC	61
3.6. Los DESC en el Protocolo de San Salvador	64
3.6.1. El origen del Protocolo de San Salvador	65
3.6.2. Obligaciones y derechos en materia de DESC en el protocolo de San Salvador	70
3.6.3. Los mecanismos de control y sus limitaciones	72
3.6.4. La aplicación directa del protocolo de San Salvador	75

CAPÍTULO IV

4. Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado constitucional y democrático de derecho	79
4.1. La teoría argumentativa y los DESC	79
4.2. La construcción comunicativa de los DESC	83
4.3. Los DESC y su reconocimiento normativo	87



4.4. El constitucionalismo social y el papel del Estado	
4.5. Los DESC en el Estado constitucional y democrático de derecho	96
	Pág.
CONCLUSIÓN	105
BIBLIOGRAFÍA	109



INTRODUCCIÓN

Para iniciar este proemio es importante indicar que, en gran parte de los países latinoamericanos, y Guatemala no es la excepción, es evidente la dificultad de conciliar una Constitución progresista en materia de derechos sociales, con una realidad social colmada de necesidades e injusticias, donde predominan la inequidad social, la marginalidad económica, los bajos índices de educación y un nivel bajo de salud.

Lo referido, como ha dicho Rodrigo Umprimy, es la gran paradoja del constitucionalismo social, porque las imbricaciones entre normatividad y realidad, en este campo -en torno a la cuestión social- son evidentes. Aunado a eso, se tiene que, frente a tantas declaraciones, positivización y reconocimientos de derechos sociales, se manifiesta la cruda realidad de su desconocimiento, de violaciones constantes y de ausencia de garantías eficaces.

Sin embargo, la literatura jurídica insiste en llamar a este tiempo, *el tiempo de los derechos*. Ciertamente un tiempo contradictorio, porque también es manifiesta una sistemática exclusión, discriminación, pobreza y otros tantos males que se han pretendido solapar con el discurso de los derechos fundamentales.

Esta situación es preocupante, porque genera un déficit de legitimidad de las conquistas normativas contemporáneas. En ese sentido, Michel Villey, iusfilósofo francés del siglo XX, habría aducido críticamente que los derechos del hombre eran una especie de promesas incumplidas: que era maravilloso verse prometer el infinito y luego ver como aquellas expectativas no se realizaban.



En el caso de Guatemala, se tiene un panorama con diversos problemas. Una dogmática construida al modo de un régimen autoritario de 85 años, con una laguna de diez años, el tipo de democracia débil que se ha ido construyendo con posterioridad a dicho régimen, una concepción ineficaz de Estado y de Constitución, una percepción desilusionante de las instituciones por parte de los ciudadanos, el ineficaz sistema de justicia y, por supuesto, la casi inexistente justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y políticos.

El objetivo de la investigación realizada, cuyo informe se presenta aquí, fue realizar un análisis de los derechos económicos, sociales y culturales, desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, siendo esta parte del programa de Posgrado en Derecho Constitucional, el enfoque es, necesariamente, jurídico, pero con la finalidad de demostrar, que los derechos económicos, sociales y culturales, no solamente se muestran débiles, o casi inexistentes en la práctica de la vida diaria de los ciudadanos, sino también en el área del sistema de justicia, paradójicamente, en donde las garantías de tales derechos deberían ser eficaces.

El problema a resolver se planteó por medio de las siguientes preguntas de investigación: ¿cuáles son los problemas contemporáneos en el Estado Constitucional de Derecho que obstaculizan la efectividad, progresividad y justiciabilidad de los Derechos Sociales, económicos y culturales?; y, desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho, ¿cómo es posible lograr la efectividad, progresividad y justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales?



Para responder a las interrogantes, las hipótesis correspondientes se formularon en la siguiente forma:

1. Los problemas contemporáneos en el Estado constitucional de derecho que obstaculizan la efectividad, progresividad y justiciabilidad de los derechos sociales son los siguientes:
 - a) En cuanto a la *efectividad*, los derechos sociales están asociados con la adopción interna de políticas públicas a través de las cuales se haga posible la vigencia de este tipo de derechos, lo que exige que el Estado diseñe estrategias con verdadera vocación de efectividad y asuma un rol proactivo en su ejecución; esto en cumplimiento del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, esta situación se enfrenta con la dificultad de distinguir entre la incapacidad real del Estado para cumplir con las obligaciones que ha contraído en materia de derechos humanos y la renuencia a cumplirlas.
 - b) En cuanto a la *progresividad*, esta implica que los derechos sociales codificados no son más que un mínimo y su progresión está en manos de los Estados, por lo que las medidas que adopten deben ser “deliberadas y concretas y orientadas hacia el cumplimiento de sus obligaciones”. Sin embargo, la progresividad implica no solo *progreso*, sino *gradualidad* de acuerdo con los recursos disponibles de los Estados y esto ha sido utilizado muchas veces como excusa, pues al implicar prestaciones positivas de dar o hacer por parte de los Estados, en muchos casos ha sido abordado de forma poco efectiva bajo el argumento de que han de alcanzarse



gradualmente acorde con la situación de cada Estado; lo que le ha privado de contenido significativo.

c) En cuanto a la *justiciabilidad*, se puede decir que esta implica que los derechos sociales puedan hacerse exigibles ante un órgano o tribunal judicial. Esta situación enfrenta actualmente los siguientes obstáculos:

c.1) La forma en que están reconocidos los derechos sociales no permite identificar, con toda claridad, su alcance y los mínimos exigibles al Estado, lo que dificulta en ocasiones hacer justiciable un derecho cuyo contenido esencial no está claramente definido.

c.2) En virtud de su carácter programático y la circunstancia de encontrarse limitados por la disponibilidad de recursos, es necesario mostrar que el Estado no actuó con vocación de efectividad, ni destinó el máximo de recursos disponibles para hacer efectivo ese derecho, lo que implica dificultades para probar que se trata de renuencia y no de falta de recursos.

c.3) La dificultad de acreditar la legitimación activa para efectos del proceso de amparo, pues si bien en los últimos tiempos se ha relajado tal exigencia, es necesario demostrar el vínculo entre los derechos sociales y la afectación en la esfera jurídica de la persona y acreditar que, en efecto, se cuenta con un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, situación que puede ser objeto de múltiples valoraciones sin parámetros aun claramente definidos.



c.4) Por último, la politización de los derechos sociales en los tribunales, que se materializa cuando las decisiones del Poder Judicial cobran un contenido más político que jurídico y más que proteger efectivamente a las personas, se ocupan de proteger la funcionalidad sistémica de las normas y actos de las autoridades y las decisiones de poder que guían la política estatal.

2. Desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho, es posible lograr la efectividad, progresividad y justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales ejerciendo su tratamiento como derechos plenos incorporados al ordenamiento jurídico, que poseen destinatarios, pueden ser reclamados ante un ente real que es el Estado y se encuentran garantizados, tanto en el ordenamiento nacional como en el internacional, por lo que son susceptibles de aplicarles las instituciones y herramientas que provee la Teoría General del Derecho.

El informe de investigación consta de cuatro capítulos: en el capítulo uno, se desarrolla el alcance del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional; en el capítulo dos, se analiza el tema de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como derechos fundamentales; en el capítulo tres, se desarrolla los DESC y su inserción en el sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; y, por último, en el capítulo cuatro, se analizan los derechos sociales, económicos y culturales en el Estado constitucional y democrático de derecho.



CAPÍTULO I

1. El alcance del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional

1.1. Evolución del derecho internacional de los derechos humanos

El derecho, en su aspecto más dinámico, ha sido concebido bajo el enfoque de la argumentación, desde la filosofía del derecho; y como paradigma de la Constitución normativa, en tanto proyección de la justicia constitucional en las decisiones de los tribunales, al atender de manera directa a sus contenidos materiales: los derechos fundamentales.

Ante dichos cambios, la interpretación de las normas relativas a los derechos encierra un contenido moral que es necesario concretar a las realidades culturales, así como al modelo de justicia constitucional que cada país adopta: los principios jurídicos y su reconocimiento por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Los juzgadores, legisladores y operadores jurídicos en general, así como los abogados y cualquier persona que se pregunte cómo debe ser el derecho en ellos Estados contemporáneos, se enfrentan a la difícil tarea de buscar las soluciones adecuadas a los casos difíciles. "El sistema de derecho de muchos países latinoamericanos, no ha logrado encontrar una respuesta plausible a la luz del *espíritu del legislador* que solucione un problema jurídico, lo que hace impostergable la participación de la comunidad científica para tratar de vislumbrar el paradigma del Estado constitucional



de derecho y su apertura hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos y su práctica jurisprudencial; tanto por los tribunales constitucionales, como por las cortes internacionales de derechos humanos”.¹

“Bajo la convergencia de las diversas disciplinas jurídicas y a la luz de la rehabilitación de la razón práctica que pregonaba la filosofía del derecho contemporánea, se desarrolla el antipositivismo, como una tendencia consistente y aceptable tanto de la metodología y teoría del derecho compatible con el Estado constitucional de derecho, y cuya tipología específica encuentra causa en el neoconstitucionalismo; entendida como una doctrina que pugna por la materialización del ordenamiento jurídico, cargado de principios y valores contenidos en la Constitución bajo la forma de derechos fundamentales, hace que se unan en un mismo objeto de estudio *filósofos del derecho con vocación de constitucionalistas* como, por ejemplo, Robert Alexy, Ronald Dworkin o Carlos S. Nino y por *constitucionalistas con vocación de filósofos del derecho*, como Zagrebelsky”.²

“En la ciencia del derecho, ocurrió un cambio imprescindible en la forma de decir lo que es y lo que debe ser el derecho tras la Segunda Guerra Mundial; a partir de entonces quedó evidenciado en el panorama mundial de la teoría y filosofía del derecho, que el contenido normativo de la Constitución condensa ciertos principios e ideales morales, que se han ido materializando en las nuevas cartas fundamentales que se han

¹ Flores Saldaña, Antonio. **El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos**. Pág. 49.

² García Figueroa, Alfonso. **Constitucionalismo y positivismo**. En: **Revista española de Derecho Constitucional**. Pág. 75.



promulgado en los últimos cincuenta años”.³ Desde entonces, la distinción entre ley y derecho se hizo patente, pues se podría violar el derecho aduciendo el cumplimiento de la ley.

Ejemplo de ese cambio estructural, lo constituye la aparición de cartas fundamentales que contienen un catálogo muy nutrido de derechos, como las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978). Dichas constituciones han señalado el camino hacia un *cambio de paradigma* en el que los esquemas constitucionales de derecho que rigen la sociedad moderna, han renunciado al antiguo parámetro de la ley como última palabra, contenida en un conjunto de reglas en calidad de *verdades incuestionables*. Ahora, el derecho cuestiona el contenido de la ley y su control a través de la justicia constitucional, se hace patente en el actual control de convencionalidad.

Los principios jurídicos han definido de manera muy importante al nuevo paradigma de *la Constitución como norma jurídica*, en la cual la ciencia y la filosofía del derecho han encontrado respuestas plausibles y racionales, ante el extravío e imposibilidad de dar solución a los cambios paradigmáticos; mismos que implicaron la transformación del Estado constitucional contemporáneo, a lo que en la actualidad los teóricos se han encargado de sistematizar gran parte de los modos de ser de esta variante:

“a) En su aspecto *sustantivo-teórico* la doctrina constitucional contemporánea, ha definido al paradigma de la Constitución como una auténtica norma jurídica, operativa y vinculante, con el nombre de *neoconstitucionalismo*.

³ Perelman, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Pág. 93.



b) Por otra parte, ha encontrado cauces muy influyentes en la doctrina latinoamericana, la enorme influencia de la justicia constitucional en el desarrollo *adjetivo-práctico*, el Derecho Procesal Constitucional y Convencional, se encarga de conceptualizar; sistematizar y orientar la evolución de los medios de control constitucional en el plano nacional, con la recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos a nivel de la misma Constitución”.⁴

Por lo anterior, el neoconstitucionalismo, como disciplina dogmática y filosófica del derecho constitucional contemporáneo, así como del derecho procesal constitucional en su aspecto adjetivo, se advierte que existe entre ambas ciencias, “una relación simbiótica que se ha seguido a la par de una gran evolución, la cual comprueba el nacimiento de una nueva etapa en el desarrollo de la ciencia del Derecho constitucional”.⁵

Es, pues, tarea de filósofos del derecho, constitucionalistas, así como de cualquier jurista interesado por formular una doctrina, que proponga las modificaciones pertinentes a los paradigmas clásicos “bajo los cuales se habían diseñado los modelos de justicia constitucional, para traducir *el lenguaje actual de los derechos fundamentales* según cada rama del derecho en particular”.⁶ En ese sentido, el modelo jurídico y político del Estado de derecho constitucional, es donde tiene lugar esta labor.

⁴ Ibid. Págs. 51-52.

⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. **Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)**. Pág. 56.

⁶ Cruz Parceró, Juan Antonio. **El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos**. Pág. 109.



Robert Alexy ha vislumbrado esos cambios paradigmáticos, a manera de contrastes entre los modelos jurídico-políticos del Estado de derecho; esa comparativa, la realiza con las propiedades opuestas del Estado legal de derecho, señalando en primer término las propiedades del Estado de derecho constitucional:

- “1) Valor en vez de norma;
- 2) Ponderación en vez de subsunción;
- 3) Omnipresencia de la Constitución en vez de la independencia del derecho ordinario;
- 4) Omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional en lugar de la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución”.⁷

Rodolfo Luis Vigo, en referencia a ese cambio de paradigma, aduce que “la constitucionalización del derecho opera cuando la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador, en la que se privilegia a su parte orgánica o funcional como la más importante. La Constitución pasa a ser reconocida como la *fuerza de las fuentes del derecho* y, al mismo tiempo, la más importante de ellas en tanto las define, les pone límites y las orienta. El derecho se constitucionaliza, y así a través de él, operan principios, valores o derechos humanos, encomendando a los jueces su aplicación para que garanticen que en sus respectivas sociedades se les

⁷ Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Pág. 160.



tomen en 'serio', haciéndolos prevalecer incluso contra las decisiones mayoritarias o unánimes".⁸

Vigo hace una síntesis esquemática de los cambios más relevantes y que tornan al derecho y la cultura jurídica en la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI, notoriamente alterado respecto al escenario decimonónico:

- "1) La Ley deja de ser igual al Derecho, e irrumpe el principalismo;
- 2) La Constitución (con sus principios y valores) se juridiza y se judicializa;
- 3) Los derechos humanos se tornan operativos;
- 4) La supremacía de las Constituciones nacionales soberanas se quiebra;
- 5) El sistema jurídico entra en crisis;
- 6) Las sociedades incorporan un relevante pluralismo cultural y axiológico;
- 7) La legitimación de la autoridad enfrenta fuertes cuestionamientos;
- 8) Las democracias dejan de ser meramente formales para convertirse en sustanciales; y
- 9) La rehabilitación de la razón práctica".⁹

⁸ Vigo, Rodolfo Luis. **Argumentación constitucional**. En: Báez Silva, Carlos. **Interpretación, argumentación y trabajo judicial**. Pág. 224.

⁹ Ibid. Pág. 224.



Finalmente, y en ese mismo contexto, Josep Aguiló Regla manifiesta que cuando se habla de *Estados constitucionales* se alude a sistemas jurídico-políticos que reúnen tres características:

- “a) La existencia de una Constitución rígida o formal, diferenciada de la forma legal y ordinaria;
- b) El concepto político, relativas a la limitación política y la garantía de los derechos y;
- c) Debe ser una Constitución formal practicada, es decir, haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada norma fundamental”.¹⁰

Los paradigmas del neoconstitucionalismo, antes descritos por algunos de los autores contemporáneos más representativos, permiten advertir de manera sistemática las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico, bajo un modelo adecuado de justicia constitucional; en el Estado de derecho constitucional, el control de convencionalidad tiene de manera consistente hacia la protección y expansión de los derechos fundamentales, bajo el común denominador de la dignidad humana, aunado a la aplicabilidad y operatividad directa de la Constitución y de los tratados internacionales, como parte del mismo ordenamiento interno.

¹⁰ Aguiló Regla, Josep. **Sobre la constitución del Estado constitucional**. Pág. 450.



1.2. La convencionalización del ordenamiento jurídico

En un artículo muy influyente para el neoconstitucionalismo, Riccardo Guastini expone las condicionantes con las cuales debe contar un ordenamiento jurídico, *impregnado* por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico que se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, *pervasiva*, *invadente*; capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.

“Las *condicionantes de constitucionalización* presuponen un cumplimiento gradual más no absoluto, pues dependiendo de cuántas y cuáles estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento jurídico, se podrá juzgar el tipo de Constitución que tiene un Estado”.¹¹ Con un guiño hermenéutico, Guastini habla de *la fenomenología normativa* que experimenta el Estado constitucional, se traduce en los paradigmas de cambio hacia la constitucionalización del derecho.

Para la hermenéutica iusfilosófica, se puede constatar, además del proceso de constitucionalización al que hace referencia Guastini, la existencia de *condicionantes de convencionalización del ordenamiento jurídico*, en el sentido de que los Estados parte de un tratado internacional de derechos humanos, deben de cumplir con una serie de medidas, para adecuar el régimen jurídico interno a dichos tratados.

Al igual que las condiciones de constitucionalización, el cumplimiento gradual de las *condiciones de convencionalización del sistema jurídico*, se podrá juzgar el tipo de

¹¹ Ibid. Pág. 69.



modelo de Constitución que tiene un Estado, es decir, si su Constitución se encuentra *convencionalizada*, o bien, procura restringir el efecto normativo de los tratados de derechos humanos.

Veamos ahora la comparativa entre la fenomenología normativa que experimenta el Estado constitucional, en cuanto a la *convencionalización del ordenamiento jurídico*, a la luz de los elementos que nos proporciona Riccardo Guastini.

- 1) “*Una Constitución rígida*. La *rigidez* no se entiende aquí necesariamente como la imposibilidad de reforma constitucional (sea total o parcial), sino que es suficiente con que exista algún procedimiento agravado de reforma; esto es, que la Constitución se halle *protegida* frente a la legislación ordinaria”.¹²

El control de convencionalidad presupone que el Estado parte de un tratado internacional de derechos humanos, se encuentra obligado a protegerlos (*pacta sunt servanda*) desde el momento en el que celebra dicho tratado; sin que pueda alegar la existencia de una disposición de carácter interno que anule su efecto vinculante. La *rigidez convencional* en este sentido, “estriba en el orden jurídico interno; y su vinculación se encuentra en el mismo bloque de constitucionalidad-convencionalidad, así como en el control que los tribunales hacen del mismo, ante una violación a dicho bloque”.¹³

¹² Guastini, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico**. En: Carbonell, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Pág. 50.

¹³ Flores Saldaña, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 57.



Existe la posibilidad de que un Estado parte pueda apartarse de un tratado de derechos humanos, denunciándolo ante el organismo internacional correspondiente, en cuyo caso, anula su *rigidez convencional*. En el Sistema Regional Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Trinidad y Tobago y Venezuela han abandonado la CADH.

- 2) "*La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Para que la Constitución tenga realmente primacía sobre la legislación ordinaria debe existir un mecanismo de *protección* frente a la vulneración de los preceptos constitucionales. Por eso se requiere el establecimiento de medio de control de la constitucionalidad, que puede adoptar distintas formas a través de los Tribunales Constitucionales".¹⁴

El control de convencionalidad constituye una *garantía de la convención*, tanto desde su aspecto difuso de los Estados parte a través de los jueces nacionales principalmente, como desde el aspecto concentrado de la Corte IDH. En ese sentido, la garantía jurisdiccional de la Convención viene del mismo control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad; solo que en este caso, lo que se busca es que la CADH prevalezca sobre aquellas disposiciones que la contravengan y a través del control de convencionalidad, se haga efectiva la adecuación de las leyes y actos del régimen interior, para que sean compatibles con los tratados de derechos humanos.

- 3) "*La fuerza vinculante de la Constitución*. Con esta condición se requiere mostrar que en la cultura jurídica de que se trate, la Constitución no ha de versar como una

¹⁴ Guastini, Riccardo. **Op. Cit.** Pág. 52.



simple proclama política o declaración programática, sino como una fuente de normas jurídicas vinculantes y superiores al resto de las normas del ordenamiento”.¹⁵

Al igual que la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, no son proclamas políticas, ni declaraciones a futuro, ni buenas intenciones de los gobiernos y autoridades de los Estados nacionales. Las normas de derechos humanos son normas jurídicas vinculantes, operativas y supremas, en el marco de protección de los derechos fundamentales, tanto en la jurisdicción nacional, como ante las Cortes Internacionales de derechos humanos; de tal suerte que condicionan la actuación de todas las autoridades en adecuación a las disposiciones convencionales.

4) “*La ‘sobreinterpretación’ de la Constitución.* Toda Constitución, por extensa que sea no puede regular la totalidad de la vida social y política. Con esta condición se hace referencia a la tendencia en la cultura jurídica de *extender* la Constitución más allá de los límites de su texto estricto y proyectar su sentido interpretativo hacia las problemáticas que se le presentan a los Tribunales Constitucionales”.¹⁶

En ese aspecto, como en ningún otro, se ve la necesidad de que las normas de derecho humano tengan un efecto vinculante y operativo a través a su interpretación. Sin embargo, “las normas de derechos humanos se encuentran vinculadas con bienes humanos susceptibles de actualización y evolución en función de las necesidades básicas del hombre, tal es la necesidad de que en la interpretación de las normas de

¹⁵ Ibid. Pág. 53.

¹⁶ Ibid. Pág. 54.



derechos humanos, sean actualizadas, de tal manera que se logre *extender su efecto* vinculante a otras realidades, más allá de los límites de su texto estricto”.¹⁷

La sobreinterpretación convencional, reclama en el Estado de derecho contemporáneo, a una *Constitución intencional*; el sentido proyectante de los contenidos normativos de los derechos humanos trasciende en el tiempo y el espacio, para cuestionar al *derecho neutral*. “Los bienes humanos no son neutrales, exigen protección actual y efectiva a las nuevas necesidades de la humanidad y en ese sentido, la interpretación actualiza su contenido normativo dentro de las posibilidades hermenéuticas de las normas de derechos humanos: bien para adecuar su contenido a una *interpretación conforme* a la Constitución y a los tratados de derechos humanos; o bien para encontrar dentro de las posibles interpretaciones, aquella que beneficie en mayor medida al titular del derecho en atención del principio *pro persona*”.¹⁸

- 5) “*La aplicación directa de las normas constitucionales*. Además de considerar que los preceptos constitucionales son verdaderas normas jurídicas, vinculantes para el legislador, que no pueden ser contravenidas y que cuentan con mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes; la función de la Constitución también pretende *moldear* las relaciones sociales, para producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia”.¹⁹

Los tratados de derechos humanos, son normas jurídicas vinculantes, indisponibles para el legislador constitucional y ordinario de los Estados, pudiendo accionar el

¹⁷ Ibid. Pág. 203.

¹⁸ Flores Saldaña, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 59.

¹⁹ Guastini, Riccardo. *Op. Cit.* Pág. 55.



mecanismo del control de la convencionalidad de los actos del poder público; en ese mismo sentido, la cultura de los derechos humanos de fuente internacional también pretende *moldear* las relaciones sociales, de tal suerte que todas las autoridades y los particulares puedan invocar en tribunales, sin mayores requisitos, la violación directa a una disposición contenida en un tratado internacional.

- 6) "*La interpretación conforme de las leyes*. Otro signo claro de la constitucionalización de un ordenamiento consiste en que una determinada disposición legislativa es susceptible de diversas interpretaciones, pero solo alguna es compatible con la Constitución, se debe optar por aquella *interpretación conforme* al texto constitucional".²⁰

Como ya se ha referido con la sobreinterpretación de la Convención, en este aspecto, la *interpretación conforme a los tratados de derechos humanos* establece que dentro de las posibles interpretaciones de las normas que dicta un Estado nacional, se debe preferir aquella que sea compatible con la Convención.

- 7) "*La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*. Con esta condición, se hace referencia a una serie de factores que tienen en común la utilización de la Constitución como *armas políticas*; argumentos para la toma o justificación de decisiones políticas, o bien para la resolución de controversias de naturaleza más política que jurídica".²¹

²⁰ Ibid. Pág. 57.

²¹ Ibid. Pág. 58.



En la actualidad, cualquier acto de autoridad que vulnera los derechos humanos, tales como derechos de los pueblos indígenas, equidad de género, medidas para la no discriminación, etc., y cualquier otra política pública que implemente el gobierno, ya no está exenta de su recriminación social y política en caso de que sea vulnerada; en ocasiones la presión política y social en los medios de comunicación y redes sociales con motivo de una violación a los derechos humanos, es mayor que los mecanismos de protección jurisdiccionales.

Esas realidades indisponibles que son los derechos humanos, ya no solo se protegen a la luz de la Constitución, sino que la globalización del derecho exige que el Estado de derecho constitucional se dirija hacia un derecho convencionalizado; normas constitucionales y normas internacionales, tienen un mismo objeto normativo en el sistema jurídico complejo en el derecho contemporáneo: la protección de los derechos humanos con independencia de la fuente nacional o internacional de la norma que lo contempla.

Todos estos fenómenos que expresan los neoconstitucionalistas antes mencionados, son producto de las consecuencias del proceso de *rematerialización* o *sustancialización* del derecho que ha supuesto la incorporación a las modernas constituciones de numerosos principios de una *ética hermenéutica*, y que se traducen en realidad indisponibles para el poder público en los derechos humanos.

Esto significa que el derecho habría asumido como propia la moral crítica, lo que viene a terminar con el postulado positivista de la separación de derecho y moral, para quedar en los derechos humanos principios de valor positivizados. En ese sentido,



Habermas advierte la naturaleza de la argumentación constitucional de los jueces, en la cual “la moral ya no flota sobre el derecho, como todavía sugiere la construcción del derecho natural racional, como un conjunto suprapositivo de normas. Emigran al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo”.²²

Bajo ese cariz, se plantea una visión renovada de los derechos fundamentales en general, la Constitución se aplica de manera directa sin la necesidad de desarrollo legislativo; entendiendo por ello, la necesidad de que las normas constitucionales bajen al nivel de las normas ordinarias para tener la eficacia jurídica que le corresponde. “El cambio de paradigma implica que los derechos fundamentales ya no sean concebidos como garantías programáticas, cuya implementación no puede ser inmediata, con lo cual se estaría postergando el cumplimiento de las normas constitucionales a un segundo momento: la concreción legislativa”.²³

1.3. Control de convencionalidad concentrado y originario (Corte IDH) y control de convencionalidad difuso y derivado (Estados nacionales)

Atentos a lo anterior, es claro que el control de convencionalidad es una herramienta hermenéutica que se encuentra en construcción, la cual sigue un proceso homogéneo a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH y su diálogo jurisprudencial con las Cortes Constitucionales nacionales, que le dan sus impulsos consistentes, o bien, en el peor de los casos detienen su implementación óptima y eficaz.

²² Habermas, Jürgen. **¿Cómo es posible la legitimidad vía legalidad?** En: **Escritos sobre moralidad y eticidad**. Pág. 168.

²³ García de Enterría, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. Pág. 69.



Sin embargo, no hay que olvidar que *el control de convencionalidad también busca el respeto de la supremacía de la Constitución*, en tanto que la misma norma fundamental establece la obligatoriedad de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, que ya forman parte del ordenamiento jurídico interno.

“En el sistema americano al constatare dichas violaciones por la Corte IDH, se confirma la implementación del *control concentrado y originario de convencionalidad*, mediante un *examen de confrontación normativa entre el derecho interno con el tratado internacional en un caso concreto*, para lo cual, y de ser procedente, dicte una sentencia que condene al Estado responsable; dando lugar a la obligación del Estado condenado a que derogue la norma interna, o bien expida una norma o acto que proteja los derechos vulnerados”.²⁴

En la jurisdicción interna, los jueces tienen el deber de llevar a cabo dicho control de convencionalidad de un caso particular, que irá aplicando la norma interna y a la vez aplicando la CADH para proteger los derechos humanos. El *control difuso* se acciona cada vez que aplica la citada Convención, esto es, una comparativa entre la CADH y las normas internas que vulneran el marco internacional en materia de derechos humanos.

El control de convencionalidad necesariamente presupone un parámetro de regularidad. Ese parámetro se traduce en el *bloque de constitucionalidad-convencionalidad* en el ordenamiento jurídico supremo de un Estado, que procura el respeto y protección de los derechos de la persona humana, a través de la

²⁴ Flores Saldaña, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 67.



confrontación normativa entre Constitución y tratados internacionales; para advertir la norma que mejor protege a la persona y menos restringe los derechos humanos. El control de convencionalidad busca la plena realización de la persona humana, como sujeto directo susceptible de protección por parte del poder público, en el marco del derecho internacional de la protección de los derechos humanos.

Por tanto, la importancia del reconocimiento de la especificidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos no es menor. Puesto que los demás tratados que no tiene por finalidad y proteger los derechos fundamentales de las personas y por ende su operatividad directa e interpretación, estarían en una grada inferior en cuanto a su vinculatoriedad, es decir, fuera del bloque de constitucionalidad. La especificidad de los tratados de derechos humanos implica la adopción de diversos mecanismos de protección, desde el ordenamiento fundamental de los Estados nacionales, para la adecuada concreción de los contenidos iusfundamentales que se desprenden de dichos instrumentos; medidas que van ligadas al control de convencionalidad en dos rubros:

1) *"En sede nacional.* El control que los jueces nacionales deben aplicar en su aspecto "difuso", en una *competencia derivada* en cuanto a su obligación de implementar medidas en el derecho interno para la observancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En ese sentido no quiere decir que a su vez los



tribunales constitucionales, no tengan un control concentrado cuando inaplican leyes, o declaran inconvencionales leyes o actos del ámbito interno”.²⁵

El aspecto *difuso* se da en el sentido de que los jueces nacionales, si bien actúan como jueces interamericanos al momento de aplicar los tratados de derechos humanos en el ámbito interno, lo hacen desde una función derivada de la obligatoriedad del tratado; pero el último intérprete de los tratados internacionales de derechos humanos, son las cortes internacionales, con la Corte IDH.

2) “*En sede internacional.* El control que realizan las Cortes Internacionales de Derechos humanos cuando aplican el control de convencionalidad *concentrado*, lo hacen desde una *competencia originaria*. Tal es el caso de la Corte IDH, como el supremo guardián y último intérprete de la CADH; cuando aplica dicha convención, así como cuando establece jurisprudencia interpretando los contenidos normativos de los derechos humanos de dicha Convención, en las causas que se le presentan ante su jurisdicción, se ejerce de manera originaria el control de convencionalidad. A tal grado puede llegar dicho control de convencionalidad originario y concentrado, que la Corte IDH, puede declarar inconvencionales disposiciones contenidas en las mismas constituciones de los Estados nacionales”.²⁶

La Corte IDH ejerce su facultad connatural de custodiar la obligatoriedad y fuerza coercitiva de la norma convencional, que supedita a todas las Constituciones nacionales y demás normas internas, a la norma supranacional por antonomasia, para

²⁵ Ibid. Pág. 69

²⁶ Ibid. Pág. 70.



su vinculación normativa efectiva. Sin embargo, los jueces nacionales actúan como *jueces interamericanos*, cuando aplican en el régimen interior; la CADH y los demás tratados de derecho humanos, en la función *del control difuso y ex officio de la convencionalidad de los actos y leyes en el ámbito interno*.

1.4. El control de convencionalidad y las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno

El control de convencionalidad, desde su nacimiento, ha experimentado diversos obstáculos que han impedido en ocasiones lograr el pleno respeto al derecho internacional de los derechos humanos por parte de las jurisdicciones nacionales. Sin duda, el tema que por antonomasia nos ocupa en el centro del debate es la jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno; concretamente, la Constitución y su relación con los tratados internacionales de derechos humanos pues, derivado de los conflictos que en dichos ámbitos se originen y dependiendo de cuál de esos ámbitos tenga primacía sobre el otro, se advertirá la forma en la cual, se van a proteger los derechos humanos contemplados en las constituciones de cada Estado.

Por otra parte, cabe señalar la manera precisa en la cual se va a realizar el reconocimiento extensivo y proteccionista de los derechos humanos en los instrumentos de carácter internacional, en lo particular la CADH. Dicho cumplimiento, "deberá realizarse mediante una función del control concentrado y que de manera originaria lleva a cabo la Corte IDH a través de su interpretación convencional en cada



caso que resuelve, misma que se encuentra manifestada en la jurisprudencia que emite”.²⁷

Ahora bien, por lo que respecta a los jueces de cada Estado americano, dependiendo de la interpretación que en cada caso resuelva, tiene dos principales opciones para aplicar el control difuso de convencionalidad: a) aplicando directamente la CADH en confrontación normativa con la Constitución y leyes internas de los estados; o bien b) si se advierte la existencia de un precedente de la Corte IDH, relacionado con la interpretación del derecho humano, es menester atender a dicho criterio.

La Corte IDH ha condensado una jurisprudencia especializada en materia de protección de los derechos humanos en control de convencionalidad, desde el cual ha logrado uniformar los criterios internos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos hacia las Cortes constitucionales nacionales.

“El problema que ofrecen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, se centra en la determinación de la jerarquía entre ambos ordenamientos jurídicos; si el asunto debe ser resuelto dentro del ámbito internacional, o dentro del ámbito interno de un Estado”.²⁸

- 1) *Conflictos internacionales entre tratados y normas internas.* En un primer caso, cuando el conflicto entre una norma de derecho internacional y otra de derecho interno se produzca dentro del ámbito internacional. Esto es, cuando se plantea

²⁷ González Campos, J. **La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas.** Pág. 249.

²⁸ Rey Cantor, Ernesto. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos.** Pág. 61.



ante un Tribunal Internacional, la preeminencia de la norma de derecho internacional es admitida sin discusión alguna.

Por ello mismo es que ningún Estado puede invocar en sus relaciones internacionales las disposiciones de su derecho interno, ni aún las de su derecho constitucional, para dejar de cumplir las obligaciones impuestas por el derecho internacional. "Por ejemplo, cuando la Corte IDH conoce algún caso en razón de su competencia, no aplica la Constitución Política de un Estado para resolver un caso en su contra, porque se convertiría en un Tribunal Constitucional, ejerciendo una jurisdicción constitucional, para lo cual no fue creada. En ese entendido, la jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno constituye el punto de partida para la interpretación de las normas de derecho internacional de protección de los derechos humanos".²⁹

Por lo tanto, *en el ámbito internacional, se resuelve el conflicto con la prevalencia de la norma internacional, puesto que ningún Estado puede invocar el derecho interno para incumplir con sus obligaciones en las relaciones internacionales*; una Corte Internacional de derechos humanos no puede aplicar la Constitución del Estado nacional para resolver un caso en su contra, porque se volvería un Tribunal Constitucional, ejerciendo jurisdicción que no le corresponde. La función de la Corte Internacional, se desnaturalizaría, pues es en esencia una jurisdicción complementaria y subsidiaria de la justicia constitucional nacional. Es decir, una jurisdicción convencional de carácter concentrada y originaria para aplicar el tratado internacional

²⁹ Ibid. Pág. 67.



de derechos humanos, con fundamento en el cual fue creado dicha Corte Internacional para su aplicación y observancia.

2) *Conflictos nacionales entre los tratados internacionales y el derecho interno.* El verdadero problema surge cuando hablamos del control de convencionalidad; los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno deben ser resueltos por el sistema jurídico de un Estado, de tal suerte que lo compatibilice con las obligaciones contraídas por los tratados internacionales de derechos humanos.

En efecto, en el ámbito interno se dan diversas soluciones que tienen relación directa con la jerarquía que ocupan los tratados en el ámbito del derecho interno, básicamente si se encuentran por encima o en el mismo rango de la Constitución, o por encima o en el mismo rango de la Constitución, o por encima o en el mismo rango que las leyes federales.

En la siguiente lista se ejemplifican, en primer término, las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Es decir, primero es necesario plantear; si el asunto debe ser resuelto dentro del ámbito internacional, o dentro del ámbito interno de un Estado.

A este respecto, el control de convencionalidad se sitúa en la segunda opción, pues las normas de derecho internacional de los derechos humanos, tiene aplicación práctica y operativa en el régimen interior de un Estado, en la medida en la cual la Constitución le reconoce determinado nivel jerárquico en el sistema jurídico nacional.



A) Ámbito internacional

- Prevalece el derecho internacional sobre el interno (no invocar el derecho interno para incumplir obligaciones internacionales).

B) Ámbito interno

- Según la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos.

En ese sentido, se pueden dar diversas opciones, en cuanto a la jerarquía normativa que el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra con respecto a la Constitución, la cual le confiere una determinada *clausula normativa*.

Es decir, "no puede existir una Constitución en la doctrina contemporánea, que no tome una posición de jerarquía, respecto del ámbito normativo interno, en el cual tendrán aplicación operativa las normas internacionales que contienen derechos humanos; lo cual no quiere decir que la Constitución, siempre se encuentre a un nivel jerárquico superior de los tratados de derechos humanos, sino que en ocasiones se encuentran al mismo nivel, o incluso, sobre la Constitución".³⁰

1.5. La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno

"La complicación deviene, cuando de esa jerarquía que haya adoptado el Estado nacional, con respecto a los derechos humanos de fuente internacional; establezca

³⁰ Ayala Corao, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Pág. 43.



restricciones, delimitaciones, requisitos, valoraciones previas, cualquier tipo de medida o *pasavante*, que a la luz del derecho interno, de la Constitución del Estado nacional o de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, impida que no sean aplicables de manera directa los tratados internacionales de derecho humanos (*self executing*)".³¹

Por lo anterior, resulta fundamental advertir una serie de modelos de jerarquía normativa, para apreciar las opciones que el derecho internacional de los derechos humanos puede tener con respecto de la Constitución nacional; lo anterior, para efecto de determinar a qué nivel jerárquico se encuentran los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico de un Estado, con la finalidad de advertir el tipo de aplicación que encontrará cauce en el ámbito interno, las disposiciones internacionales de derechos humanos.

A continuación, se procede a mostrar las opciones normativas que tienen los Estados, para reconocer los tratados de derechos humanos en el ámbito interno.

"a) *Valor supraconstitucional del derecho internacional*. En esta opción, la jerarquía superior a la Constitución en el que se encuentran los tratados internacionales se acredita desde el momento que ocurre un conflicto normativo y por tanto prevalece aún respecto de la Constitución del propio Estado, los tratados internacionales en materia de los derechos humanos.

b) *Valor constitucional del derecho internacional*. El valor de jerarquía constitucional, que tiene el derecho internacional de los derechos humanos, se aprecia desde un

³¹ Flores Saldaña, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 255.



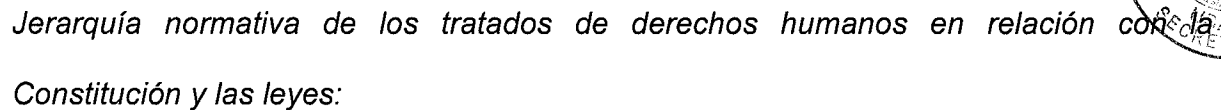
plano de igualdad. Es decir, los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución, dando lugar a lo que hemos venido señalando, forman un bloque integrado, unificado y armónico de constitucionalidad-convencionalidad.

En esta clasificación se da en México, Argentina y Colombia.

- c) *Valor legal del derecho internacional.* En esta vertiente se encuentran las constituciones, que le reconocen a los tratados, el rango de leyes federales o bien leyes ordinarias. Es decir, la jerarquía normativa de valor legal del derecho internacional, asigna a los tratados el mismo nivel jerárquico de las leyes internas con los Estados. Los Estados Unidos de América, es el ejemplo más claro en el cual los tratados internacionales tienen rango de leyes federales.
- d) *Valor supralegal del derecho internacional.* El sistema normativo que le otorga un valor superior a los tratados internacionales, con respecto a las leyes internas de un Estado, se dice que ese derecho internacional tiene un valor *supralegal*. Es decir, el sistema jurídico en el cual, las normas de derecho internacional tienen un valor superior a las normas de derecho interno. En esta clasificación se encuentra Guatemala, España, Alemania y Francia”.³² (sic)

A continuación, se presentan los ejemplos antes señalados, mismos que reflejan la jerarquía normativa que la Constitución les otorga a los tratados internacionales de derechos humanos.

³² Ibid. Págs. 256-257.



1. **Supraconstitucional:** tratados por encima de la Constitución (Países Bajos).
2. **Constitucional:** tratados y Constitución del mismo nivel (México, Argentina, Colombia).
3. **Legal:** tratados al mismo rango de las leyes internas (Estados Unidos).
4. **Supralegal:** tratados superiores a las leyes internas (Alemania, Francia, España, antes México).

De las diversas opciones normativas del derecho internacional con respecto del ordenamiento jurídico interno de un Estado (Constitución y leyes internas), se advierte con claridad la necesidad de que la operatividad inmediata de los tratados humanos sea efectiva. Esa necesidad se traduce en “la posibilidad de aplicar sus disposiciones, directamente en el derecho interno, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo previo, la autorización de alguna autoridad administrativa o jurisdiccional; lo cual equivale a negar el carácter de normas operativas a los tratados internacionales de derechos humanos, y por ende, afirmar la necesidad llevar a cabo la homologación, por los poderes del Estado para que dichas normas internacionales puedan aplicarse”.³³

Sin embargo, puede existir otro tipo de jerarquía normativa como los casos de Guatemala, España, Alemania y Francia, en el cual se traduzca un adecuado

33 Ayala Corao, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 30.

³³ Ayala Corao, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 30.

³³ Ayala Corao, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 30.



funcionamiento en el respeto y promoción de las prerrogativas fundamentales sin que la Constitución les reconozca el mismo nivel jerárquico.

Es decir, el paradigma de la Constitución, debe replicarse en el ámbito del derecho interno de los Estados, como el *paradigma de la convencionalidad de los derechos humanos* pues las normas contenidas en la Constitución, pueden y deben ser aplicadas de manera directa e inmediata por el juez y por la administración gubernamental, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo o la autorización administrativa o jurisdiccional. En ese mismo sentido, “las disposiciones internacionales de derechos humanos deben participar de esa misma operatividad: la operatividad en el régimen interior de un Estado parte de la CADH y los demás tratados relativos en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos”.³⁴

En los ordenamientos contemporáneos, se advierte la tendencia creciente para otorgar a las normas fundamentales que regulan los derechos humanos ese carácter: las normas internacionales sobre derecho humanos se transforman en disposiciones operativas o *auto-ejecutivas* con rango constitucional, incrementando así los preceptos que reconocen el carácter auto aplicativo (*self executing*), en el ámbito interno de las normas de los tratados internacionales de los derechos humanos.

El intérprete de la norma constitucional ya no solo debe estar atento al desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino además al contenido de los nuevos tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional relativa a su evolución

³⁴ Cancado Trindade, Antonio A. **La interpretación de tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos**. Pág. 38.



interpretativa. Con lo cual se plantea una dinámica necesaria para interpretar la Constitución, teniendo en cuenta los estándares emanados de los instrumentos internacionales, y de su jurisprudencia, en atención al principio de derecho internacional sobre *la progresividad de los derechos humanos*, que posee actualmente también rango constitucional.

1.6. Alcance del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno

La interpretación de los tratados de derechos humanos está determinada por directivas interpretativas cuyo objeto y fin es la protección de los derechos inherentes a la persona humana, a las cuales los Estados parte en la CADH se han comprometido y responsabilizado, para garantizar el buen ejercicio del gobierno, de forma democrática y representativa.

En ese contexto, la jurisprudencia de la Corte IDH, ha utilizado el Artículo 29 de la Convención en diversos sentidos:

- 1) Como normas de interpretación, para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención. Así, el inciso a), para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención; el inciso b) para interpretar las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales y en normas de derecho interno; y, finalmente, c), para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan



de la forma democrática representativa de gobierno, así como la expansión de los derechos a la luz de la dignidad de la persona humana.

- 2) De igual forma, el citado Artículo 29 ha sido utilizado para fijar criterios de interpretación, tales como el principio de *interpretación evolutiva* de los tratados de derechos humanos, que es *consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas* en dicho Artículo. En ese mismo sentido, se ha desarrollado el principio de *aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos* como derivado del Artículo 29, inciso b) y la prohibición de privar a los derechos de su *contenido esencial* como derivado del Artículo 20, inciso a).
- 3) La Corte IDH, ha utilizado el Artículo 29 para determinar el alcance de su competencia consultiva, para lo cual ha señalado que, de conformidad con su inciso d), al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre.

En otro precedente, la Corte IDH ha señalado que, no obstante que el texto de una norma sobre derechos humanos aparezca literalmente claro, es necesario analizarlo aplicando otros métodos interpretativos, de manera que el *sentido corriente* de los términos no puede ser una regla por sí misma, sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de forma que la interpretación de manera alguna debilite el sistema de protección consagrado en la Convención, lo que puede propiciarse a través de la aplicación de diversos métodos de interpretación de los derechos humanos:



- a) *Interpretación sistemática*, según la cual, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico a que pertenecen;
- b) *Interpretación teleológica*, que busca analizar el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado y, de ser necesario, examinar los propósitos del sistema regional de protección;
- c) *Principio de efecto útil (effet utile)*, que precisa tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, cuyo objetivo tiene que ver con la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacía los individuos bajo su jurisdicción; además de que estos tratados se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva;
- d) *Trabajos preparatorios* de las normas sobre derechos humanos, aunque solo en forma subsidiaria ante la insuficiencia de los métodos interpretativos anteriores”.³⁵

La Corte IDH ha señalado de manera específica en cuanto al principio *pro persona*, como principio de interpretación de la norma favorable a la persona humana; en lo particular; en lo que refiere al Artículo 29, en su inciso b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte, u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado, otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, este deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos; el principio de mérito, no es otra cosa más que la *directiva*

³⁵ Flores Saldaña, Antonio. *Op. Cit.* Págs. 271-272.



hermenéutica de que la Convención debe ser interpretada, de tal suerte que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, es decir; si en un caso son aplicables dos normas distintas, *debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.*





CAPÍTULO II

2. Los derechos económicos sociales y culturales como derechos fundamentales

2.1. Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

A diferencia de los derechos civiles y políticos a los que corresponde una *abstención del Estado* y que fueron reivindicados por la burguesía, es el proletariado el que se encarga del reclamo de los derechos económicos y sociales a partir del siglo XIX, específicamente durante la revolución industrial; y que son pretendidos con mayor énfasis durante el siglo XX; “a éstos, les corresponde *un actuar positivo del Estado*”.³⁶

Conocidos como DESC -de aquí en adelante- (derechos económicos, sociales y culturales), “son derechos de créditos, que convierten al Estado en deudor de los individuos excluidos del mercado. Buscan un mínimo de igualdad y bienestar social, con base en su calidad y condición de persona humana”.³⁷

En 1918 se proclaman en Rusia los *derechos del pueblo trabajador y explotado*, sin embargo, ya en la Constitución mexicana (Constitución de Querétaro) de 1917 se habían establecido referentes a estos derechos, y en 1919, la Constitución de Weimar también consignó en su texto en su libro II a los derechos económicos y sociales.

Este desarrollo de los derechos económicos y sociales va ligado a la existencia de los derechos civiles y políticos. El reconocimiento integral de todos estos derechos puede

³⁶ León Bastos, Carolina; Sánchez Hernández, Claudia E. **Manual de derechos fundamentales**. Pág. 33.

³⁷ Witker Velásquez, Jorge. **Hacia una nueva investigación jurídica**. Pág. 58.



asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que, sin la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los civiles y políticos se reducen a meras categorías formales.

Pero a la inversa, sin la realidad de los derechos civiles y políticos sin la efectividad de la libertad entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos y sociales carecen, a su vez, de verdadero sentido y significación.

El reconocimiento de los derechos sociales cambió evidentemente el concepto que hasta el momento se tenía de los derechos humanos, que en un principio estaban dirigidos solamente a poner límites a la actuación del Estado y a partir de ellos, le exigen a éste una adecuada gestión en el orden económico y social.

Los DESC pueden definirse en sentido objetivo o formal, como “el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales”.³⁸ En tanto que, en sentido subjetivo, “podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos”.³⁹

La idea de la necesaria integridad, interdependencia e indivisibilidad en cuanto al concepto y a la realidad del contenido de los derechos humanos, que en cierta forma está implícita en la Carta de las Naciones Unidas, se recoge, amplía y sistematiza en 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se reafirma

³⁸ Pérez Luño, Antonio. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Pág. 84.

³⁹ *Ibid.* Pág. 85.



definitivamente en los dos Pactos Universales de los Derechos Humanos, aprobados por la Asamblea General de 1966 y en vigencia desde 1975, asimismo, en la Proclamación de Teherán de 1968 y en la Resolución de la Asamblea General adoptada en 1977, sobre los criterios y medios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Ahora bien, los DESC se refieren a “la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana”.⁴⁰

La realización de los DESC no depende, en general, solo del orden jurídico ni de la decisión política de los órganos gubernamentales, “sino de la conquista de un orden social donde exista una justa distribución de los bienes, lo cual únicamente puede alcanzarse de forma progresiva”.⁴¹ Su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción. Es por esto que estos derechos solo serán exigibles en la medida en que el Estado disponga de los recursos para satisfacerlos. Sin embargo, en el caso de algunos Estados, esto ha sido utilizado como excusa para justificar su incumplimiento.

Dadas estas premisas, el respeto a las libertades pareciera ser más *económico* que el de los DESC, puesto que, por ejemplo, “el derecho de reunión o la prohibición de la tortura constituyen objetivos posibles para países con una economía frágil, mientras

⁴⁰ Gros Espiell, Héctor. **Estudios sobre derechos humanos**. Pág. 117.

⁴¹ Nikken, Pedro. **El concepto de derechos humanos**. Pág. 31.



que la satisfacción de necesidades sociales depende de los recursos y la eficiencia en la organización del Estado".⁴²

Esto explica la relativa incapacidad que ha demostrado la estructura del antiguo Estado de derecho para atender y llevar a cabo en forma de derechos constitucionales lo que exige esta categoría de derechos.

En este sentido, explica Prieto Sanchís que un gobierno puede entender que la prosperidad general se vería muy favorecida consagrando los recursos a un cierto fin, pero si la educación básica o la asistencia sanitaria se erigen en derechos fundamentales, no cabe regatear su cumplimiento: "Es verdad que la educación contribuye también a la prosperidad de la nación, pero, si nos tomamos los derechos sociales en serio, la enseñanza gratuita y con igualdad de oportunidades no podrá concebirse como una consecuencia del objetivo de prosperidad, sino como una exigencia de los valores que están en la base del sistema de derechos fundamentales; es decir, como una exigencia de la dignidad, la libertad o la igualdad de los individuos".⁴³

Precisamente esta situación ha hecho ver a los DESC como normas programáticas, e incluso se les ha negado el carácter jurídico. Sin embargo, la noción de que esta categoría de derechos no goce de una tutela constitucional directa, no es correcta

⁴² Prieto Sanchís, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Pág. 48.

⁴³ *Ibid.* Pág. 50.



porque, como manifiesta Pérez Luño: “si se pueden formular positivamente estos derechos, también deben tutelarse”.⁴⁴

2.2. Naturaleza, progresividad y justiciabilidad de los DESC

2.2.1. La naturaleza jurídica de los DESC

Los DESC constituyen el conjunto de exigencias del ámbito económico, social y cultural, necesarias para posibilitar a las personas el acceso a condiciones de vida digna, que la mayoría de las veces reclaman del Estado prestaciones positivas de dar o hacer.

En esta medida están asociados con la adopción interna de políticas públicas, a través de las cuales se haga posible la vigencia de este tipo de derechos, lo que exige que el Estado diseñe estrategias con verdadera vocación de efectividad y asuma un rol proactivo en su ejecución.

En el ámbito constitucional, la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce los derechos sociales en su capítulo II, el cual se estructura en diez secciones: 1) familia, 2) cultura, 3) comunidades indígenas, 4) educación, 5) universidades, 6) deporte, 7) salud, seguridad y asistencia social, 8) trabajo, 9) trabajadores del Estado y 10) régimen económico y social. En este sentido, puede afirmarse que la Constitución guatemalteca se encuentra entre las más desarrolladas en materia de los DESC.

⁴⁴ Pérez Luño. **Op. Cit.** Pág. 92.



Lamentablemente, su contenido no se refleja en la realidad social guatemalteca, pues no pasa de ser un contenido semántico (en el sentido que lo expresa Loewenstein) ya que las instituciones gubernamentales que tienen a su cargo el respeto y garantía de los DESC resultan no funcionales, aparte de tener destinado un escaso presupuesto (sin perjuicio de su incapacidad de ejecución), que no les permite garantizar con eficacia los derechos reconocidos en el texto de la Constitución.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC de aquí en adelante), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, conjuntamente con el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP de aquí en adelante) adoptado en la misma fecha y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, forman la llamada "Carta Internacional de los Derechos Humanos".

En la región latinoamericana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH de aquí en adelante), en su Artículo 26 establece el compromiso de los Estados parte a adoptar providencias 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 Estados Americanos -OEA-, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Asimismo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC, suscrito por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988, conocido como "Protocolo



de San Salvador” es un mecanismo importante de optimización de los DESC reconocidos en la citada Convención.

En su Artículo primero, este dispone que los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el mismo.

2.2.2. La progresividad de los DESC

El Artículo 26 de la CADH incorpora el compromiso asumido por los Estados parte de adoptar providencias a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los DESC en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Esto implica que los derechos humanos codificados en tratados internacionales no son más que un mínimo y su progresión está en manos de los Estados, por lo que las medidas que adopten deben ser “deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones”.⁴⁵

Serrano y Vásquez manifiestan que “la progresividad implica tanto gradualidad como progreso y, en tanto la primera se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir

⁴⁵ Comité DESC. Observación General número 3. **La índole de las obligaciones de los estados parte.** Artículo 2º. Párrafo 1. Aprobada en el 5º. Período de sesiones. 14 de diciembre de 1990.



metas a corto, mediano y largo plazos, el segundo patentó que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar”.⁴⁶

Lo anterior comporta el diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos, mediante el cumplimiento de estos. Sin embargo, la concepción programática de los DESC ha dificultado su vigencia, pues al implicar prestaciones positivas de dar o hacer por parte de los Estados, en muchos casos han sido abordados de forma poco efectiva bajo el argumento de que han de alcanzarse gradualmente acorde con la situación de cada Estado.

Es por ello que el Comité DESC establece que el hecho de que “la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto, no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”.⁴⁷

Por dicha razón, se ha distinguido entre la incapacidad real para cumplir con las obligaciones que el Estado ha contraído en materia de derechos humanos y la renuencia a cumplirlas, siendo esta última situación la que permitirá determinar las acciones u omisiones que constituyan una violación a tales derechos humanos. “Así, ante una incapacidad real, corresponde al Estado acreditar que ha adoptado todas las

⁴⁶ Vásquez, Daniel; Serrano, Sandra. **Principios y obligaciones de derechos humanos. Los derechos en acción.** Pág. 35.

⁴⁷ Comité DESC. **Op. Cit.** s. p.



medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr la realización de los DESC”.⁴⁸

2.2.3. La justiciabilidad de los DESC

La justiciabilidad de un derecho implica la posibilidad de hacerlo exigible ante un órgano o tribunal judicial. La justiciabilidad de los DESC ha sido reconocida por medio de la interpretación del Artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH de aquí en adelante), en el caso *Acevedo Buendía y otros (Cesantes y jubilados de la Contraloría) contra Perú*, en cuya sentencia la Corte reconoció que “la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, con los económicos, sociales y culturales, conduce a concluir que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello; por lo cual la exigibilidad de estos derechos amerita su justiciabilidad”.⁴⁹ (sic)

Si bien los DESC son justiciables, dicha justiciabilidad se enfrenta a varios obstáculos. La forma en que están reconocidos los DESC no permite identificar con toda claridad su alcance y los mínimos exigibles al Estado, lo que dificulta en ocasiones hacer justiciable un derecho cuyo núcleo esencial no está claramente definido.

Asimismo, en virtud de su carácter programático y la circunstancia de encontrarse limitados por la disponibilidad de recursos, “es necesario mostrar que el Estado no

⁴⁸ León Bastos, Carolina; Sánchez Hernández, Claudia E. Op. Cit. Pág. 244.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Acevedo Buendía y otros. Cesantes y Jubilados de la Contraloría Contra Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.** Sentencia de 1 de julio de 2009.



actuó con vocación de efectividad, ni destinó el máximo de recursos disponibles para hacer efectivo ese derecho, lo que implica dificultades para probar que se trata de renuencia y no de falta de recursos”.⁵⁰

Por otra parte, aparece la dificultad de acreditar la legitimación activa para efectos de juicio de amparo, pues, “en algunos ordenamientos, existe la dificultad para alegar una afectación inmediata y directa en la esfera jurídica de la persona, producida en virtud de la titularidad de un derecho subjetivo y así hacer posible aducir un interés legítimo; pues se precisa probar el vínculo entre los DESC y la afectación en la esfera jurídica de la persona y acreditar que en efecto se cuenta con un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante”,⁵¹ situación que puede ser objeto de múltiples valoraciones sin parámetros claramente definidos aún.

Otro problema y probablemente el más grande, es la politización de los DESC en los tribunales, que se materializa cuando las decisiones de los tribunales cobran un contenido mucho más político que jurídico y más que proteger efectivamente a las personas, se ocupan de proteger la funcionalidad sistémica de las normas y actos de las autoridades a las decisiones de poder que guían la política estatal.

2.3. Operatividad de los DESC en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo

Después de la interpretación legalista de los derechos humanos, prevaleciente en

⁵⁰ Espinoza de los Monteros, Javier; Ordoñez, Jorge. **Los derechos sociales en el Estado constitucional**. Pág. 175.

⁵¹ Carbonell, Miguel. **Los derechos humanos en México**. Pág. 78.

Latinoamérica hasta finales de los años ochenta del siglo XX y a partir de 1991 con la vigencia de la Constitución colombiana, da inicio una etapa de constitucionalismo latinoamericano contemporáneo basada en una visión abierta y con inclusión de los principios constitucionales como fuente interpretativa esencial, tendencia que prioriza la operatividad sin obstáculos de los DESC.

Esta corriente de constitucionalismo latinoamericano ha establecido varios estándares de adecuación interpretativa, los cuales se desarrollan a continuación.

2.3.1. Igualdad jerárquica e indivisibilidad de derechos

Según este estándar interpretativo, se rompe el esquema de que algunos derechos con más importantes que otros y, por tanto, son de primordial cumplimiento. Por lo menos desde 1993, con la Declaración de Viena de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de la ONU celebrada ese mismo año, la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos da paso a su cabal comprensión, en que los derechos -en su amplio catálogo- vinculan de igual manera al Estado y a los particulares.

Esta igualdad e indivisibilidad de los derechos ha salido de su esquema meramente teórico y, por tanto, meramente programático, para ser parte de diversos textos constitucionales. Por ejemplo, en las Constituciones de: Venezuela, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y Bolivia; generando en los DESC igual categoría de derechos y obligaciones que respecto de los civiles y políticos.





2.3.2. Aplicación directa de los DESC y rango constitucional de los tratados internacionales

Al existir igualdad jerárquica entre los diversos derechos humanos, y por ende un mismo nivel de exigibilidad de estos, existe igualmente un mismo nivel de aplicación directa de aquellos; así se ha establecido de manera constitucional en los ordenamientos respectivos de Venezuela (Artículo 22), Ecuador (Artículo 11.3) y Bolivia (Artículo 109).

Pero esa aplicación no solo queda en lo que establezca la norma constitucional, pues también se ha insertado en diversos textos constitucionales latinoamericanos como los de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela.

2.3.3. Principio de progresividad de los derechos

Mediante este principio se establece cada vez más un piso mayor de derechos, sin poder retrotraer, conculcar ni desconocer los derechos ya establecidos en el ordenamiento jurídico y su aplicación respectiva. También existe una relación constitucional amplia a nivel latinoamericano, a este respecto, en términos directos, los Artículos 5.XXXV de la Constitución de Brasil, 11.4 de la Constitución de Ecuador y, de forma indirecta, los textos constitucionales de Argentina, Paraguay, Costa Rica, El Salvador y Guatemala, entre otros.

Esta relación está reforzada por los instrumentos internacionales en la materia: Artículo 4 del Protocolo de San Salvador de la CADH, así como el Comentario General Número



3 del Comité de la ONU sobre los DESC de 1990 acerca de las obligaciones de los Estados con fundamento en el Artículo 2.1 del PIDESC. Además, existe una clara correlación con el denominado *derecho al mínimo vital*, esto es, “a la cobertura de ciertas condiciones mínimas vinculadas con las necesidades básicas del individuo”.⁵²

2.3.4. Cláusula abierta de reconocimiento de los derechos

Bajo esta cláusula se rompe el esquema meramente exegético de la aplicación de los derechos humanos (y particularmente de los DESC) en la medida en que se encuentren establecidos en el catálogo constitucional, permitiendo que la labor jurisprudencial sea complementaria y enriquezca la labor legislativa, y por ende haga efectivo el principio de progresividad.

En el ordenamiento jurídico de Guatemala, esta labor está establecida en el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial como complemento de la Ley, pero se profundiza con el llamado *control difuso de convencionalidad*, el cual se puede conceptualizar como “la capacidad que tiene el juzgador de resolver controversias aplicando la normativa que concuerde con una protección más amplia de los derechos humanos”.⁵³

Se busca satisfacer estos derechos mediante tres tópicos de consagración:

- a) Un conjunto de programas de seguridad social, con el fin de asegurar una seguridad económica mínima para las personas, la redistribución de los recursos y la disminución de la pobreza;

⁵² Silva Meza, Juan. **El derecho al mínimo vital: su contenido y relevancia**. Pág. 214.

⁵³ Witker Velásquez, Jorge. **Op. Cit.** Pág. 60.



- b) Una red de servicios sociales, en materia de salud, educación, vivienda, etc.
- c) Una regulación del mercado laboral, que sea capaz de reconocer y proteger los derechos de los trabajadores.

El catálogo de los DESC se ha desglosado en una serie de instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, etc.

2.4. Tipología de los DESC

Una tipología de ejemplo de estos derechos de segunda generación contiene los siguientes:

- a) Derecho a la seguridad social y a la asistencia social.
- b) Derecho a la salud.
- c) Derecho a la educación y formación profesional.
- d) Derecho a la enseñanza gratuita.
- e) Derecho a un nivel de vida adecuado y medios de subsistencia.
- f) Derecho a la alimentación.
- g) Derecho a la vivienda.



- h) Derechos culturales y propiedad intelectual.
- i) Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.
- j) Derecho de libertad para la investigación científica.
- k) Derecho a la libertad de cátedra y enseñanza.
- l) Derechos laborales.
- m) Derecho al trabajo, entre otros.

Además, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos cuenta con un instrumento específico sobre los DESC en el Protocolo de San Salvador. Por otro lado, el Artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere así a los DESC: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.





CAPÍTULO III

3. Los DESC y su inserción en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

3.1. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948

Los DESC tienen una génesis reciente (mediados del siglo XX), terminada la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional tomó conciencia de la importancia de hacer valer los derechos del individuo en el orden internacional. "Este hecho, que es bastante reciente desde el punto de vista histórico, se encuentra estrechamente ligado al movimiento de los derechos humanos y a la necesidad de plasmar, en el ámbito internacional, la protección de estos".⁵⁴

El primer gran paso dado a este nivel para regular los derechos humanos se encuentra en la Declaración Americana, adoptada el 2 de mayo de 1948 en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, llevada a cabo en Bogotá, Colombia.

3.2. Antecedentes de los DESC en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana constituye el primer instrumento internacional sobre derechos humanos, antecediendo en siete meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH en adelante), adoptada el 10 de diciembre de 1948. Ambas declaraciones consagran por primera vez, en forma sistematizada, los derechos

⁵⁴ Salmon, Elizabeth. **Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos**. Págs. 150-151.



fundamentales de la persona, promoviendo su observancia y el respeto de estos por parte de los Estados.

Cada una de ellas se encuentra enmarcada en dos organizaciones internacionales, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA), se constituye en “la base, en el ámbito universal y regional, respectivamente, para la promoción y protección internacional de los derechos humanos y da inicio al proceso de humanización que caracteriza actualmente al Derecho internacional”.⁵⁵

A pesar de su papel realmente pionero a nivel internacional, tales declaraciones fueron precedidas por importantes documentos. No obstante, estos estuvieron territorialmente restringidos, limitados a determinadas categorías de personas y fragmentados en el ámbito sustantivo de la protección conferida. Entre ellos se destaca la Carta Magna de 1215, el Acta de Hábeas Corpus de 1679, el Bill of Rights de 1689 y la Declaración de Virginia de 1776.

Mención aparte merece la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Constituyente de Francia de 1789, la cual constituye un antecedente importante, pues en esta se incluyen derechos hoy llamados económicos, sociales y culturales, como el derecho a la asistencia social (Artículo 21) y a la educación (Artículo 22). A partir de ello, puede notarse que “desde las primeras

⁵⁵ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. **Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo**. Pág. 134.



reflexiones modernas sobre los derechos humanos había claridad sobre lo que hoy llamamos *indivisibilidad*".⁵⁶

Igualmente, los movimientos sociopolíticos de inicios del siglo darán origen a una intensificación en los derechos sociales, expresados en la Constitución mexicana de 1917, o Constitución de Querétaro, y la Constitución alemana de 1919, o Constitución de Weimar. Por último, "en el ámbito internacional, influyeron también en la consagración en este plano de los derechos humanos una serie de instrumentos, como los Convenios de Ginebra de 1864 y 1906, la Convención contra la esclavitud de 1926 y las Convenciones sobre refugiados de 1933 y 1938".⁵⁷

En relación con la Declaración Americana, la denominada Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz constituye un valioso antecedente. En dicha Conferencia, que tuvo lugar en Chapultepec, México, entre el 21 de febrero y el 8 de marzo de 1945, los Estados americanos acordaron su adhesión a los principios del Derecho internacional vinculados a la protección de los derechos humanos, aunándose además las posiciones de los Estados del hemisferio a la Conferencia de San Francisco que dio origen a la ONU.

Asimismo, en la resolución XL de la Conferencia de Chapultepec, se acordó que: "para lograr la protección internacional de los derechos humanos, éstos deberían estar

⁵⁶ Urquilla Bonilla, Carlos Rafael. **Los derechos económicos, culturales y sociales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*. Pág. 264.

⁵⁷ Salmon, Elizabeth. *Op. Cit.* Pág. 152.



enumerados y precisados en una Declaración, por lo cual se confirió al Comité Jurídico Interamericano la labor de elaborarla".⁵⁸

Igualmente, los tratados constitutivos de la ONU y de la OEA fueron también piezas claves en la adopción de las declaraciones. Ciertamente, tanto la Carta de la ONU del 26 de junio de 1945, como la Carta de la OEA adoptada el 30 de abril de 1948, sin enumerarlos ni definirlos, se refieren a los derechos humanos y a la necesidad de que los Estados los observen.

La influencia de estos y otros antecedentes generó que las primeras Declaraciones internacionales plasmaran una concepción global de los derechos humanos expresada en el hecho de referirse tanto a derechos civiles y políticos, como a los DESC, prescindiendo de toda división artificial entre ambos grupos. Ciertamente, la fundamentación de los derechos humanos como atributos inherentes, todos ellos por igual, a la dignidad del ser humano, hacía claro que su tratamiento debía darse de acuerdo con su naturaleza.

Es innegable, además, que el inicial carácter político y programático, mas no vinculante, de las Declaraciones facilitó la expresión de esta visión integral. De esta forma, la Declaración Americana fue precursora en resaltar la importancia del respeto y la garantía de los DESC, en la misma medida que los derechos civiles y políticos.

De los derechos tradicionalmente catalogados como económicos, sociales y culturales, la Declaración Americana reconoce el derecho de protección a la maternidad y la

⁵⁸ Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. **Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Vol. I. Pág. 235.**



infancia (Artículo VII), el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (Artículo XI), a la educación (Artículo XII), a los beneficios de la cultura (Artículo XIII), al trabajo y a una justa retribución (Artículo XIV), al descanso y a su aprovechamiento (Artículo XV) y a la seguridad social (Artículo XVI).

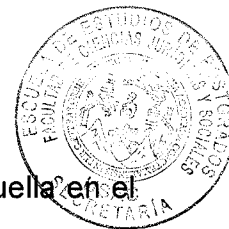
Manifiesta Salvioli que: “a diferencia de su contemporánea en el ámbito universal, los DESC en la Declaración Americana no se encuentran divididos de los derechos civiles y políticos, dando una sensación instrumental de interdependencia e indivisibilidad”.⁵⁹

La dicotomía entre ambas categorías de derechos constituye una división establecida, tanto normativa como operativa, con posterioridad a las primeras declaraciones. En efecto, cuando en el año 1951 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU había culminado su trabajo con la Declaración Universal y empezaba el proyecto de una convención de derechos humanos que vinculara jurídicamente a los Estados, la Asamblea General “enfaticó la interdependencia existente entre ambos grupos de derechos y exhortó a esta Comisión a que adoptara una sola convención”.⁶⁰

Sin embargo, principalmente por la insistencia de Estados occidentales, esta decisión fue modificada radicalmente, siendo el resultado final la adopción en 1966 de dos pactos separados. Uno de ellos para los derechos civiles y políticos, y el otro para los

⁵⁹ Salvioli, Fabián. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de derechos humanos”. En: *Revista IDH*, Vol. 39. Pág.106.

⁶⁰ ONU. Asamblea General. Resolución 421 (v) del 4 de diciembre de 1950.



DESC. Como manifiesta Truyol y Serra: "esta división ha dejado una gran huella en el discurso de los derechos humanos que perdura hasta la fecha".⁶¹

3.3. La aplicación de la Declaración Americana por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

La importancia de la Declaración Americana no se reduce a su papel histórico -y ciertamente pionero- en la consagración internacional de los DESC, sino que, por el diseño mismo del Sistema Interamericano, conserva vigencia y especial utilidad para el supuesto de los Estados que no han ratificado la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador. Asimismo, constituyó la única fuente autorizada de los DESC en la región hasta la entrada en vigor del Protocolo de San Salvador que se produjo el 16 de noviembre de 1999 con la ratificación de once Estados, de conformidad con el Artículo 21 inciso 3 de dicho instrumento.

En efecto, durante estos casi cincuenta años, la Declaración Americana fue el único instrumento en la región que, desarrollando el término *derechos humanos* de la Carta de la OEA, sirvió de base para la identificación y el desarrollo -incipiente a la luz de lo realizado por los Estados americanos- de estos derechos.

De este modo, entre finales de los años setenta e inicios de los ochenta, cuando la Convención Americana aún no había entrado en vigor o su estado de ratificación era muy reducido, la Comisión utilizó la Declaración en algunos casos. Por ejemplo, así lo hizo en el caso de la tribu Aché, presentado contra Paraguay y referido a la

⁶¹ Truyol y Serra, Antonio. **Los derechos humanos**. Pág. 177.



persecución de esta comunidad, incluyendo el asesinato de numerosos miembros de esta y la venta de niños, la negación de atención médica y medicinas durante epidemias, malos tratos y tortura, y condiciones de trabajo inhumanas. Luego de analizar estos hechos, la Comisión concluyó que: “el Estado violó el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (Artículo XI), el derecho al trabajo y a una justa retribución (Artículo XIV), y el derecho al descanso y a su aprovechamiento (Artículo XV) de la Declaración Americana”.⁶²

Igualmente, en el caso de la Comunidad Yanomami vs. Brasil, resuelto el 5 de marzo de 1985, se alegó, además de ciertos derechos civiles y políticos, la violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar (Artículo XI) y el derecho a la educación (Artículo XII) de la Declaración Americana. Tal alegación se encontraba fundada en que, a raíz del descubrimiento de minerales en la región donde habitaban los Yanomami, el territorio que por tiempos inmemoriales habitaban fue invadido, sin previa y adecuada protección de su seguridad y salubridad.

Ello dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc. Frente a estos hechos, la Comisión consideró que: “el Estado de Brasil no adoptó oportunas y eficaces medidas en favor de los indios Yanomami, lo cual produjo, en lo que a DESC se refiere, la violación del derecho a la preservación de la salud y bienestar, contenido en el Artículo 9 de la Declaración Americana”.⁶³ Actualmente, “esta práctica de la CIDH

⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Caso Aché vs. Paraguay. Caso 1802.** 27 de mayo de 1977.

⁶³ CIDH. **Caso de la Comunidad Yanomami vs. Brasil. Caso 7615.** 5 de marzo de 1985.



se mantiene respecto a aquellos Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención”.⁶⁴

Este valor práctico fue luego reconocido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva No. 10/89 que afirma el carácter vinculante de la Declaración: “Para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, *una fuente de obligaciones internacionales*”.⁶⁵

En tal sentido, de ser un instrumento no convencional, es decir, no presumido de carácter vinculante, la Declaración Americana pasa a ser reconocida como fuente de obligaciones internacionales cuyo incumplimiento configura para los Estados un hecho ilícito internacional, pasible de responsabilidad internacional. Esto parece de la mayor relevancia dado que solo dos derechos del Protocolo de San Salvador, educación y libertad sindical, pueden eventualmente llegar al conocimiento de la Corte IDH. En este sentido, la CIDH tiene en sus manos la posibilidad de aplicar un instrumento obligatorio a todos los Estados miembros de la OEA, ampliándose el ámbito de aplicación material y personal de los DESC en la región.

Además, supone la negación de una postura que la CIDH había mantenido inicialmente en relación con los Estados parte de la Convención Americana en el sentido de que

⁶⁴ CIDH. **Caso Mrie y Carrie Dann vs. Estados Unidos**. Informe No. 75/02. Caso 11.40. 27 de diciembre de 2002 y CIDH. **Caso Andrea Mortlock vs. Estados Unidos**. Informe No. 63/08. Caso 12.534. 25 de julio de 2008.

⁶⁵ Corte IDH. **Opinión consultiva OC-10/89 del 9 de noviembre de 2020**. Párr. 45.



solo podía resolver los casos individuales con base en la Convención. Tal afirmación se basaba en una interpretación estricta del Artículo 1.2, literal a), de su Estatuto, el cual dispone que, en relación con los Estados parte, se entenderán por derechos humanos aquellos consagrados en la Convención.

En efecto, según afirmó la CIDH en un caso contra Argentina de 1988: “No es aceptable el argumento de los peticionarios de interpretar como incorporados a la Convención todos los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por la vía del Artículo 1º. inciso 2 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estén o no incorporados a aquella, pues esto no se aviene con las normas sobre interpretación de tratados del Artículo 31, inciso 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), de la cual la República Argentina es Estado Parte, ya que no existe acuerdo o instrumento formulado o concertado entre los Estados Partes en la Convención Americana a los efectos de hacer valer la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) como parte integrante de la Convención o suplementaria de la misma para los Estados Partes. El derecho al trabajo no está todavía incorporado a la Convención que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales”.⁶⁶

No obstante, a partir del año 2001 se produce un cambio jurisprudencial, dado que la CIDH comienza a recurrir directamente a la Declaración para proteger los DESC respecto de hechos ocurridos en un Estado parte de la Convención Americana. Por ejemplo, en el caso *Amilcar Menéndez y Juan Manuel Caride vs. Argentina*, referido al

⁶⁶ CIDH. **Casos 9777 y 9718**. Argentina, 30 de marzo de 1988.



incumplimiento de decisiones judiciales tendientes a nivelar las pensiones de los peticionarios, se alegó, entre otros, la violación de los derechos a la salud y al bienestar (Artículo 11) y a la seguridad social, en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (Artículos 16, 35 y 37) de la Declaración. Al respecto, la Comisión señaló que:

“El derecho a la salud y al bienestar (Artículo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (Artículos XVI, XXXV y XXXVII) contemplados en la Declaración, no se encuentran protegidos de manera específica por la Convención. La Comisión considera que esta circunstancia no excluye su competencia por razón de la materia, pues en virtud del Artículo 29(d) de la Convención: ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Por tanto, la Comisión examinará estos alegatos de los peticionarios sobre violaciones de la Declaración”.⁶⁷

En la actualidad, la CIDH aplica la Declaración Americana para tutelar los DESC tanto en relación con Estados no partes como partes de la Convención. Sin embargo, la aplicación de la Declaración Americana por parte de la CIDH no se ha limitado únicamente a casos contenciosos, sino que también se ha servido de ella para elaborar sus informes acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados del hemisferio, dotándola con ello de mayores efectos prácticos.

⁶⁷ CIDH. **Caso Amilcar Menéndez y Juan Manuel Caride vs. Argentina**. Informe No. 3/01. Caso 11.67. 19 de enero de 2001.



Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación de la Declaración Americana por parte de la Corte IDH, debe notarse que se distingue según se trate de su competencia consultiva o contenciosa. No obstante, en ambos casos su utilización para la protección de los DESC ha sido reducida o ciertamente nula.

En relación con la primera, ha sido establecido por este tribunal que: “Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del Artículo 64.1, esta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos”.⁶⁸

Por otro lado, en cuanto a su competencia contenciosa, la Corte IDH generalmente “considera las disposiciones de la Declaración Americana en su interpretación de la Convención Americana”.⁶⁹

Sin embargo, como ha señalado reiteradamente: “Para los Estados parte en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo, hay que tener en cuenta que a la luz del Artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados parte en la Convención es esta misma, no por ello se liberan

⁶⁸ Corte IDH. **Opinión consultiva OC-10/89 del 9 de noviembre de 2020.** Párr. 44.

⁶⁹ Corte IDH. **Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.** Sentencia 15 de junio de 2005, parágrafo 63, y **Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.** Sentencia de 11 de mayo de 2007, parágrafo 59.



de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA”.⁷⁰

Con ello, si bien la Corte IDH reconoce que con la ratificación de la Convención los Estados no se liberan de las disposiciones de la Declaración Americana, no afirma su competencia para aplicarla directamente. Esto se debe a que el Artículo 62.3 de la Convención, referido a la competencia material de la Corte, le otorga facultades para la *interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención*.

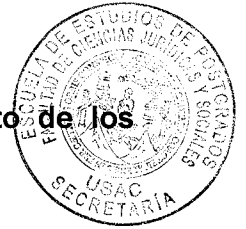
Esta es la razón por la que la Corte no ha aplicado directamente las disposiciones de la Declaración Americana relativas a los DESC, sino que, en términos generales, ha sido la Comisión la verdadera encargada de dar alcances prácticos a los DESC contenidos en la Declaración. Precisamente por ello resulta importante determinar qué otras posibilidades ofrece el sistema para que los órganos de protección de derechos humanos tutelen los DESC de los ciudadanos del continente americano.

3.4. Los DESC en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Transcurrieron más de veinte años desde la Declaración Americana para que se llegara al primer instrumento de derechos humanos vinculante en el Sistema Interamericano. En efecto, la Convención Americana incluyó un completo catálogo de derechos y estableció un sistema de peticiones individuales frente a su violación. No obstante, dejó un lugar notablemente reducido al reconocimiento y protección de los DESC.

⁷⁰ Corte IDH. Opinión consultiva OC-10/89 del 9 de noviembre de 2020. Op. Cit. Párr. 46.

3.5. El surgimiento de la Convención Americana y su reconocimiento de los DESC



En el marco de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile en 1959, se aprobó la resolución a través de la cual se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención sobre derechos humanos y otro u otros proyectos de Convención sobre la creación de una Corte Interamericana para la protección de los humanos y de otros órganos adecuados para la tutela de la observancia de los mismos.

En cumplimiento de este mandato, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaboró un proyecto de Convención que culminó en septiembre de 1959. A semejanza de la Declaración Americana, este incluyó tanto derechos civiles y políticos, como DESC. A pesar de encontrarse listo para su discusión y aprobación por parte de los Estados miembros de la OEA, la IX Conferencia Interamericana que debía aprobarlo no llegó a reunirse.

De este modo, fue recién en 1965 cuando, con ocasión de la II Conferencia Extraordinaria realizada en Río de Janeiro, el proyecto fue sometido a aprobación. "Sin embargo, frente a la presentación por parte de Chile y Uruguay de nuevos proyectos de Convención para actualizar el realizado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la II Conferencia Extraordinaria ordenó remitirlos al Consejo de la OEA para que, luego de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo



observara, citara a una Conferencia Especializada a fin de decidir la aprobación de la Convención de Derechos Humanos”.⁷¹

Es así como, sobre la base del texto trabajado por la CIDH, tuvo lugar la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos realizada en San José de Costa Rica, entre el 7 y 22 de noviembre de 1969. A diferencia del proyecto inicial, este contenía, como identifica Urquilla, tres Artículos relevantes en relación con los DESC:

- “a) El Artículo 25, que en su primera parte establecía el deber de los Estados de incorporar en su derecho interno *los restantes derechos* contemplados en la Declaración Americana que no estuvieran en la Convención, y que en su segunda parte reproducía el Artículo 31 (normas económicas) de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967;
- b) El Artículo 26, que establecía la obligación a los Estados de informar periódicamente sobre las medidas implementadas para lograr las metas del Artículo 25, especialmente las de su parte segunda, y preveía la eventual incorporación de nuevos Protocolos a la Convención Americana para incorporar tales medidas al régimen de la Convención Americana o a cualquier otro que se estime conveniente y;
- c) El Artículo 41, que contenía la obligación de los Estados de informar a la Comisión Interamericana sobre las medidas adoptadas para cumplir con la primera parte del Artículo 25”.⁷²

⁷¹ Nieto-Natvia, Rafael. *Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Pág. 78.



Como reconoce el mismo autor, este diseño ocasionó no poca polémica entre los representantes de los Estados presentes en la Conferencia. Había quienes sostenían que debía excluirse toda referencia a los DESC en la Convención; los que opinaron así, se basaron en la noción de indivisibilidad e interdependencia, consideraban necesario el reconocimiento detallado de estos derechos; y en última instancia, quienes, adoptando una posición intermedia, apostaban por un compromiso general de progresividad. El texto aprobado permite claramente conocer que prevaleció la tercera posición, es decir, aquella que por su ubicación intermedia permitió, con mayor facilidad, la adopción de la Convención.

La Convención Americana, suscrita el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978, consagró veintitrés Artículos para la protección de los derechos civiles y políticos, y reservó únicamente dos disposiciones para los DESC, los Artículos 26 y 42. No obstante, debe notarse que, como manifiesta Faúndez Ledesma: “en el Pacto de San José se encuentran también determinados derechos que tienen notorias implicancias económicas y sociales, y que forman parte de otros instrumentos dedicados a proteger los DESC. En concreto, nos referimos al derecho a la propiedad, derecho de asociación, derecho a la familia y derechos del niño, contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) y en el Protocolo de San Salvador”.⁷³

⁷² Urquilla Bonilla, Carlos Rafael. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Pág. 264.

⁷³ Faúndez Ledesma, Héctor. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano**. En: Lorena Volio Gonzales (coord.). **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión**, tomo II. Págs. 98-99.



Sin negar el avance sustancial que la Convención Americana representa para la región, es evidente que, en relación con los DESC, significa un claro retroceso con respecto a la Declaración Americana en la cual se inspiró. En efecto, esta fórmula significó un alejamiento del carácter integral dado a los derechos humanos en la Declaración Americana pues reserva un papel ciertamente marginal y de referencia a los DESC, dedicando su texto casi exclusivamente a los derechos civiles y políticos.

De este modo, los Estados americanos siguieron parcialmente la práctica del sistema universal, puesto que optaron por separar en los instrumentos convencionales los DESC de los derechos civiles y políticos, haciéndose eco de las disputas propias de la guerra fría entre los Estados del este y el oeste.

No obstante, a diferencia de lo ocurrido en el plano universal, donde se adoptó paralelamente al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, un Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el europeo, donde, con algún retraso, se aprobó la Carta Social Europea el 18 de octubre de 1961, en el Sistema Interamericano es cerca de veinte años después de la adopción del Pacto de San José que se adopta un tratado relativo a los DESC.

3.6. Los DESC en el Protocolo de San Salvador

Con la finalidad de remediar los vacíos dejados por la Convención Americana en materia de DESC, se inició a principios de los años ochenta un proceso dirigido a la elaboración de un instrumento interamericano dedicado exclusivamente a la protección de tales derechos.



Este instrumento tomaría la forma de un protocolo adicional a la Convención Americana, posibilidad existente en virtud de su Artículo 77, mediante el cual se admite que cualquier Estado parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueden someter a la Asamblea General de la OEA proyectos de protocolos adicionales para incluir progresivamente en el régimen de protección de esta otros derechos y libertades.

3.6.1. El origen del Protocolo de San Salvador

Los trabajos preparatorios de este protocolo se extendieron desde 1983 hasta 1988. La Secretaría General de la OEA fue la primera en elaborar un anteproyecto, presentado en 1983, en cumplimiento del encargo que le hiciera la Asamblea General mediante la Resolución 619 (XII—O/82) del 20 de noviembre de 1982. Asimismo, la Asamblea General, en su XIII periodo ordinario de sesiones, requirió a la Corte y Comisión Interamericanas para que le hicieran llegar sus observaciones con el objetivo de conseguir que el instrumento que finalmente se aprobara representara el consenso de los principales órganos de protección de los derechos humanos en el continente.

Atendiendo a esta solicitud, la CIDH y la Corte IDH remitieron sus comentarios. Resulta particularmente relevante lo señalado por estas en relación con la supervisión internacional de los DESC que serían objeto de protección en el protocolo. Ambas coincidieron en proponer la admisión del mecanismo de peticiones individuales para estos derechos, pero no para la totalidad de ellos. A pesar de compartir tal punto de vista, los motivos en que se basó cada una fueron ciertamente distintos.



Por un lado, la Comisión consideró que: "En relación con los mecanismos de control a emplear por la institución encargada de la tutela y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, se considera conveniente que ellos fueran adecuados a la característica del derecho protegido. Así, para algunos derechos podría ser aplicable el sistema vigente para los derechos civiles y políticos. Ello sería pertinente *cuando la violación sucediera a causa de una acción directa del Estado*, es decir, *cuando la violación pudiera imputarse de manera directa e inmediata a éste* y la modificación de la situación creada dependiera de él".⁷⁴

Como se observa, esta posición "reiterada posteriormente en 1985",⁷⁵ pone énfasis en "la dificultad de identificar uno de los dos elementos necesarios para configurar la responsabilidad internacional del Estado. Nos referimos al aspecto subjetivo, cual es la atribución a éste de los hechos que representan la violación de una obligación internacional, elemento ahora codificado en el Artículo 2 inciso a) del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos".⁷⁶

Esta preocupación de la CIDH no conduce necesariamente a descartar *a priori* la alegación del grueso de derechos, sino que apunta a la necesidad de determinar caso a caso la posibilidad de atribución de los hechos que vulneran la obligación internacional.

⁷⁴ CIDH. Informe anual 1983-1984, OEA/SER.L/V/II.63 doc. 10. 28 de septiembre de 1984, capítulo v-II, parágrafo 9.

⁷⁵ CIDH. Informe anual 1983-1984, OEA/SER.L/V/II 66 doc. 10, rev. 1. 1 de noviembre de 1985, capítulo v-II.

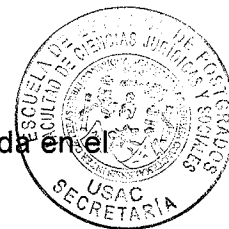
⁷⁶ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 56/83. 12 de diciembre de 2001.



Por su parte, la Corte IDH enfatizó la exigibilidad en el ámbito jurisdiccional de determinados DESC, y el efecto perjudicial de incluir derechos no exigibles en los mecanismos de protección que establece la Convención Americana. En efecto, la Corte señaló que: “Una inclusión indiscriminada en el sistema de la Convención de los derechos económicos, sociales y culturales en la medida en que se mantenga su concepción como derechos de realización progresiva, que se expresan a veces como aspiraciones puramente programáticas no dotadas de exigibilidad, podría causar más bien una distorsión de los mecanismos de protección del Pacto de San José (...). En esa perspectiva, por la vía de un Protocolo Adicional no deberían incorporarse a los mecanismos y procedimientos dispuestos por el Pacto de San José sino aquellos derechos a los que resulte aplicable el sistema específico de protección que la misma Convención establece, es decir, *aquéllos que puedan llegar a ser exigibles jurisdiccionalmente*, como ocurre por ejemplo, *con el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y el de libre sindicalización*. Desde luego, tal exigibilidad debe ser concebida de la manera más amplia, de modo que pueda entenderse tanto en sentido positivo (exigibilidad de los derechos en sí mismos), como negativo (impugnación de actos que los contradigan, supriman o disminuyan)”.⁷⁷

A partir de estas consideraciones, la Asamblea General de la OEA invitó a los Estados miembros de la organización a brindar sus observaciones en relación con el anteproyecto de protocolo. Asimismo, decidió encomendar a la CIDH la tarea de elaborar el proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de

⁷⁷ Corte IDH. Informe anual 1985, OEA/Ser.L/V/III.12 doc. 13. 15 de agosto de 1985. Pág. 18.



Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tan importante tarea fue culminada en el año 1986.

En relación con los mecanismos de protección contenidos, la CIDH expresó en su propuesta que: "El aspecto fundamental del Protocolo Adicional está constituido, ciertamente, por los medios institucionales que se establezcan para la tutela y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. A fin de superar las posibles dificultades que tan delicado asunto podría plantear, la Comisión, en el Artículo 21 del proyecto, *ha propuesto un sistema realista, flexible y eficaz* que confía pueda ser aceptado por los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos, al contar ya con una base convencional previamente aceptada. La Comisión considera que tres derechos definidos en el Protocolo —*los derechos sindicales, el derecho de huelga y la libertad de educación*— deberían gozar del mismo sistema de protección que se ha establecido para los derechos civiles y políticos. De ahí que el párrafo 5 del Artículo 21 del proyecto haga aplicable el sistema de peticiones individuales de la Convención —con la participación de la Comisión y cuando proceda de la Corte— cuando se viole uno de esos derechos por una orden imputable directamente a un Estado parte".⁷⁸

De este modo, la CIDH adoptó una posición bastante más restrictiva que la inicial, limitando a tres derechos el acceso al sistema de peticiones individuales, en lugar de usar como filtro la necesidad de que el hecho violatorio sea atribuible de modo directo

⁷⁸ CIDH. Informe anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68 doc. 8 rev. 1. 26 de septiembre de 1986, Capítulo V-II.

al Estado. Sobre la base del trabajo realizado por la CIDH, la Asamblea General solicitó al Consejo Permanente que elaborara el texto final del protocolo adicional.



Prácticamente la totalidad del instrumento permaneció en los términos propuestos por la CIDH, incluyendo la parte referida a los mecanismos de protección de los derechos consagrados en el protocolo, ubicados ahora en el Artículo 19 del mismo. No obstante, se produjeron dos cambios significativos que supusieron una mayor restricción.

En primer lugar, se eliminó de la lista de los tres derechos justiciables el derecho a la huelga y, en segundo lugar, no se incluyeron los derechos sindicales de modo general, sino únicamente la libertad positiva de formar parte y organizar un sindicato. Este texto fue presentado y aprobado en el XVIII Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, el 17 de noviembre de 1988 mediante Resolución AG/RES. 907 (XVIII-0/88).

El 16 de noviembre de 1999, luego de la ratificación de once Estados, entró en vigor el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador, de conformidad con su Artículo 21 inciso 3.

Este hecho, como afirma Cançado, “representa el punto culminante de una toma de conciencia a favor de la protección internacional de los DESC, llenándose así la laguna histórica del Sistema Interamericano relativa a la protección de tales derechos”.⁷⁹

⁷⁹ Cançado Trindade, Antonio Augusto. **Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano**. Pág. 180.



3.6.2. Obligaciones y derechos en materia de DESC en el protocolo de San Salvador

El Artículo 1 del Protocolo de San Salvador repite la fórmula de otros tratados de DESC. En este sentido, se refiere a la obligación general de adopción de medidas *hasta el máximo de los recursos disponibles y teniendo en cuenta su grado de desarrollo, con el fin de obtener progresivamente y de conformidad con la legislación interna la plena efectividad* de los derechos consagrados. A semejanza de los términos del Artículo 2 del Pidesc y Culturales de la ONU, y del Artículo 26 de la Convención Americana, el Protocolo utiliza las expresiones *máximo de recursos disponibles y progresivamente*.

Por otro lado, en cuanto a su contenido sustantivo, el Protocolo está compuesto por trece derechos que van desde el Artículo 6 hasta el 18. Para determinar los derechos que serían incluidos en su propuesta, la CIDH tomó "como punto de partida el núcleo fundamental constituido por los derechos al trabajo, la salud y la educación. A ellos agregó otros derechos conexos o vinculados directamente con éstos o con las medidas tendientes a su concreción práctica".⁸⁰

De este modo, el derecho al trabajo fue reconocido en el Artículo 6 y en conexión con este se establecen el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (Artículo 7), los derechos sindicales (Artículo 8) y el derecho a la seguridad social (Artículo 9). En cuanto al derecho a la salud, contenido en el Artículo 10, se incorporaron dos derechos relacionados estrechamente con este: el derecho a un

⁸⁰ CIDH. Informe anual 1985-1986. Op. Cit. s. p.

medioambiente sano (Artículo 11) y el derecho a la alimentación (Artículo 12). El tercer eje mencionado está constituido por el derecho a la educación (Artículo 13), el cual se vincula con el derecho a los beneficios de la cultura (Artículo 14).



Adicionalmente, se incluyeron cuatro derechos. Uno de ellos referido a la protección de la familia, contenido en el Artículo 17, y los otros tres a grupos de personas que requieren una protección especial. Este es el caso de los niños (Artículo 16), los ancianos (Artículo 17) y las personas con discapacidad (Artículo 18).

La CIDH fundamentó la necesidad de incluir en el Protocolo dichas disposiciones del modo siguiente: "A juicio de la Comisión, se trata de categorías de personas que, por sus peculiares características y modalidades de inserción social, requieren de una atención especial a fin de que puedan gozar de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, para que estos derechos puedan tener vigencia real respecto a los grupos mencionados, el Estado debe adoptar medidas específicas que van más allá de las requeridas cuando se trata del grueso de la población. Sin esa consideración especial, los derechos económicos, sociales y culturales de esos grupos se verían radicalmente disminuidos".

Si se comparan los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador con los reconocidos por la Declaración Americana, puede observarse que la lista de derechos es más amplia en el primero que en el segundo instrumento. Entre los derechos incorporados en el Protocolo se puede encontrar el derecho a un medioambiente sano y la protección especial concedida a los ancianos y personas con discapacidad. Además, se brinda una mayor precisión en determinados derechos. Por ejemplo, el

Protocolo contiene un Artículo específico para los derechos sindicales, en lugar de su derivación del derecho de asociación, como se presenta en el Artículo XXII de la Declaración. De modo similar, el derecho a la alimentación recibe un lugar particular y no se trata como parte del derecho a la preservación de la salud y al bienestar, contenido en el Artículo XI de la Declaración.



Finalmente, cabe señalar que el derecho a la vivienda no fue incluido en el Protocolo, a diferencia del Pidesc, instrumento que le sirvió de inspiración, cuyo Artículo 11, inciso 1 reconoce este derecho. No obstante, el Artículo 22 del Protocolo refleja el carácter expansivo de los derechos humanos al dejar abierta la posibilidad de incorporar otros o de ampliar los reconocidos.

3.6.3. Los mecanismos de control y sus limitaciones

El Protocolo cuenta, y aquí viene su principal falencia, con un sistema de control disminuido. Ciertamente, su Artículo 19 dispone de dos mecanismos: por un lado, un sistema de informes y, por el otro, un mecanismo de denuncias individuales restringido. El primero de ellos tiene como objetivo principal dar seguimiento a la implementación que los Estados deben realizar, como consecuencia de su participación en el Protocolo. En efecto, su Artículo 19.1 dispone que los Estados parte se comprometen a presentar informes periódicos respecto de medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el Protocolo.

No obstante, y a pesar de encontrarse vigente por tantos años, aún no se ha culminado el proceso para hacer efectivo un verdadero sistema de informes periódicos. Hasta el



momento ningún Estado parte del Protocolo ha entregado un informe de progreso en materia de DESC. Y, es que fue recién en junio de 2005 que la Asamblea General de la OEA adoptó una decisión concreta para implementar dicha disposición.

En el marco de su XXXV periodo de sesiones, la Asamblea General aprobó, mediante la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV—O/05), las *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Artículo 19 del Protocolo de San Salvador*. De acuerdo con dicha resolución, la presentación de los informes se realizará cada tres años, de modo similar a lo consagrado en el Artículo 42 de la Convención, con la particularidad de que se otorga a la CIDH la posibilidad de realizar recomendaciones.

Por la misma resolución, la Asamblea General solicitó a la CIDH que proponga al Consejo Permanente, para su eventual aprobación, los indicadores de progreso que deberán ser empleados para cada grupo de derechos protegidos. En cumplimiento de este mandato, la Comisión aprobó el 5 de octubre de 2007 los *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. A partir del 2 de noviembre de 2007, dicho documento se sometió a consulta de los Estados y las organizaciones de la sociedad civil, por el plazo de dos meses. Finalmente, el 19 de julio de 2008 se aprobó el documento final en el que se incorporaron los aportes y las sugerencias recibidos.

Los indicadores de progreso constituyen un aporte muy valioso de la CIDH pues permiten determinar, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o la meta deseada. En efecto, el progreso en DESC se puede medir a partir del parámetro establecido por el Protocolo, frente al cual



se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y, por otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil. Actualmente, los lineamientos elaborados por la CIDH están aún pendientes de aprobación por parte del Consejo Permanente. Luego de ello se pondrá finalmente en funcionamiento este mecanismo que de manera indudable brindará mayor operatividad a la generalidad de los derechos contenidos en el Protocolo.

El segundo medio de protección que prevé el Protocolo se refiere al acceso al sistema de peticiones individuales, regulado por los Artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana. Producto de las posturas predominantes en el proceso de elaboración del Protocolo a las que nos referimos anteriormente, solo de manera excepcional, señalada en el Artículo 19 inciso 6, es posible recurrir a la CIDH y eventualmente a la Corte IDH cuando fuesen violados dos de los trece derechos que contiene el Protocolo: el derecho a la libertad sindical (Artículo 8, inciso a) y el derecho a la educación (Artículo 13). “Esta nueva dicotomía -esta vez entre DESC de *exigibilidad inmediata* y los de *realización progresiva*- representó el denominador común mínimo para alcanzar un consenso entre las delegaciones durante los trabajos preparatorios del Protocolo”.⁸¹

De este modo, como afirma Cançado, el mecanismo acordado representa, “en el continente americano al final de los años 1980, el mínimo aceptable en el campo de la

⁸¹ Cançado Trindade, Antonio Augusto. **Op. Cit.** Pág. 201.



protección de los DESC”.⁸² A esta limitación material debe agregarse una adicional, que es posible consecuencia de la opinión que presentó la CIDH frente al proyecto de Protocolo elaborado por la Secretaría General.

Se hace referencia a que, en virtud de los términos del Artículo 19 c) del Protocolo, podrá acudir al mecanismo de peticiones individuales si los derechos aludidos hubieren sido *violados por una acción imputable directamente a un Estado parte*. La consecuencia de esta exigencia, como manifiesta De Roux: “es que queda por fuera un conjunto bastante amplio de violaciones de tales derechos. En concreto, se encontrarían excluidas aquellas situaciones en que el Estado incumpla por omisión — no por acción— las obligaciones a que está vinculado, a pesar de que probablemente constituirán éstos la mayor parte de los casos”.⁸³

3.6.4. La aplicación directa del protocolo de San Salvador

La utilización del Protocolo de San Salvador en el mecanismo de peticiones individuales ha sido reducida. Ciertamente, la CIDH alegó por primera vez ante la Corte IDH la aplicación del Protocolo de San Salvador en el caso *Baena Ricardo (270 trabajadores) v. Panamá*, por considerar que “el Estado afectó el ejercicio del derecho a la libertad de asociación sindical, garantizado en el Artículo 8 del Protocolo. No obstante, el tribunal rechazó su aplicabilidad, en tanto carecía de competencia temporal para ello, dado que Panamá no había ratificado el Protocolo al momento en que

⁸² *Ibid.* Pág. 203.

⁸³ De Roux, Carlos Vicente. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de protección*. En: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. Vol. II. Pág. 323.



sucedieron los hechos del caso. A pesar de ello, la Corte hizo referencia a este instrumento para determinar la violación del derecho a la libertad de asociación (Artículo 16 de la Convención).⁸⁴

La Corte IDH ha utilizado estas y otras disposiciones del Protocolo para efectos de dar contenido a obligaciones de la Convención y determinar su vulneración. Ello ha ocurrido, por ejemplo, en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*,⁸⁵ en el caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*,⁸⁶ y en el caso *Huilca Tecse vs. Perú*.⁸⁷

Cabe mencionar además que en estos asuntos la utilización del Protocolo no fue alegada por la CIDH ni por los representantes de las víctimas, sino que fue la propia Corte IDH quien tuvo la iniciativa de incorporar en la fundamentación de las alegadas violaciones la referencia a disposiciones del Protocolo. A partir de ello, en posteriores casos, “la CIDH y los representantes de las víctimas se han servido de dicho instrumento para sustentar la afectación de determinados derechos de la Convención”.⁸⁸

La literalidad del Protocolo podría llevar a negar la competencia directa de los órganos del sistema para conocer casos relativos a los DESC, distintos a la libertad sindical y educación. No obstante, una sana interpretación, acorde con el Artículo 29 de la Convención, debe llevar a entender que, con la introducción hecha por el Artículo 19.6

⁸⁴ Corte IDH. **Caso Baena Ricardo (270 trabajadores) vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas.** Sentencia de 2 de febrero de 2001.

⁸⁵ Corte IDH. **Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Op. Cit.** Parágrafo 116.

⁸⁶ Corte IDH. **Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Op. Cit.** Parágrafo 148.

⁸⁷ Corte IDH. **Caso Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.** Sentencia de 3 de marzo de 2005, parágrafo 74.

⁸⁸ Corte IDH. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay.** Parágrafo 158, entre otros.



del Protocolo, ni la Comisión IDH ni la Corte IDH han dejado de tener competencia para tutelar los DESC que se deriven del Artículo 26 de la Convención, pues estos medios de protección no deben leerse como excluyentes, sino como complementarios.





CAPÍTULO IV

4. Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado constitucional y democrático de derecho

4.1. La teoría argumentativa y los DESC

La argumentación de los derechos sociales implica una posibilidad, o más bien una afirmación categórica, la afirmación de que dichos derechos se argumentan, que vienen utilizados como piezas discursivas en el universo normativo -son ya derechos constitucionales-.

El horizonte de reflexión se desplaza así a las modalidades, a las formas a través de las cuales estos derechos vienen argumentados y concretados en el ámbito jurídico. Es claro que, como parte del derecho, como parte de la esfera de lo normativo, como parte de su reconocimiento en la esfera de lo constitucional, los derechos forman parte ya de la experiencia cotidiana de los operadores jurídicos.

Ellos vienen invocados y utilizados en la actividad legislativa, en la actividad de los tribunales, vienen reivindicados como pretensiones justificadas y razonables por parte de los abogados, de sus sostenedores, y de sus detentadores; pero no solamente los operadores jurídicos, también en otros ámbitos, en la teoría, preponderantemente se discuten, en foros académicos, gubernamentales, en el escenario político o en la comunicación cotidiana estos derechos son citados.



Una actividad argumentista, ciertamente no lejana en el tiempo y no ajena a vicisitudes oscilatorias en el camino de su incorporación como normas constitucionales e incluso como tales, porque las expectativas sociales no siempre han estado ahí, como derechos del sujeto, no siempre han sido una emanación directa de dicha entidad, y su conquista no se corresponde con una aceptación unánime y todo parece indicar tal vez que esto último todavía sigue persistiendo.

Lo que se trata bajo el crisol semántico de lo que se llama *derechos sociales* en el que se funden una amplia gama de expectativas (educación, salud, trabajo, vivienda decorosa, derecho al agua, entre tantas otras pretensiones), que tienen como trazo común la exigencia de prestaciones materiales y de servicios por parte de la esfera estatal, no es un problema obviamente para nada nuevo ni tampoco su tratamiento, esto es, las instituciones encargadas de custodiar estos derechos tienen una larga tradición histórica.

Siempre es útil realizar un ejercicio semántico de la forma en que se ha venido construyendo esta idea, de la forma en que se ha venido argumentando y de forma especial, de la forma como se ha argumentado en el ámbito jurídico. A partir de ello se pueden formular preguntas como: ¿qué significado y función tienen los derechos sociales? y ¿cómo a través de su dogmática se van desarrollando los recorridos argumentativos en el derecho?

Una vez que esta idea se inserta en el contenido semántico de las constituciones modernas, a partir del siglo XX, comúnmente llamadas constituciones democráticas, en



conjunto con otra gama de expectativas jurídicas de derechos, viene utilizada para producir significados en torno a la misma.

Es decir, los operadores del derecho pueden fijar su sentido a través de este condensado de significados que concretan a su vez otros tantos significados, tanto en las disposiciones legislativas, como también en las decisiones jurisdiccionales, precisamente los dos polos decisoriales del derecho.

En los últimos años ha ganado cada vez más terreno la teoría y la práctica argumentativa de los tribunales. Dicho proceso viene impulsado sobre todo por los nuevos modelos de la teoría jurídica vinculada a las transformaciones que han llevado a la configuración del modelo del Estado democrático, que se plantea como objetivo fundamental la realización y la justiciabilidad de estos derechos, valores y principios, de forma inmediata y que no es posible diferir. Y es precisamente en sede jurisdiccional en donde este programa tendría su principal realización.

A los jueces, principalmente, luego del ocaso de las democracias occidentales, viene asignado el rol de reconocer y efectuar la plena juridicidad de la Constitución y como consecuencia de dicha cualidad normativa tendrían que participar los mismos derechos económicos, sociales y culturales anidados en ella, pero no solo estos, sino todos los derechos, es por ello que los derechos tienen que ser argumentados y expresados en fórmulas generales de principios, como el de igualdad. Estos principios, vienen de vez en vez concretizados, creando significado vinculante, fijando sentido, a través de las diferentes modalidades argumentativas por parte de las distintas cortes constitucionales.



En ese sentido, también es importante mostrar cómo en este hecho, se producen paradojas en el sistema jurídico que vienen ocultas por el mismo para poder operar.

“Se invisibiliza la paradoja constitutiva del derecho moderno, porque ellos, al igual que todos los derechos, introducen asimetrías en el sistema jurídico haciendo ver una superioridad de los derechos que no encuentra su fundamento en el sistema o que más bien lo fundamenta, por lo que introducidos como valores superiores tendrían que materializarse a toda costa y, además, sin retardo. Como valores últimos, sin embargo, estos restos fósiles de la evolución del derecho en realidad hacen altamente operativo el sistema jurídico”.⁸⁹

Debe tenerse presente siempre que el derecho tiene la ardua tarea de realizar la justicia, y, esencialmente, la justicia social, basada precisamente en los DESC. No obstante, buena parte de la doctrina jurídica se sigue concentrando en la idea de una justicia niveladora de la situación social y sigue considerando que la falta de una conciencia, de una cultura jurídica, de los derechos sociales como derechos justiciables, solamente abona a la denuncia de preferencias morales o preferencias personales antes que jurídicas, que no se encuentran en el sistema.

Esta idea, promovida en nuestros días por Luhmann, establece que el derecho de cualquier forma continúa realizando su función, operando independientemente de las valoraciones o reproches que se le hagan de vez en vez, cuando estos derechos no vengán realizados o bien no se observe su plena cualidad de derechos subjetivos; ello es así, porque el derecho es como es, independientemente de las representaciones

⁸⁹ Espinoza de los Monteros, Javier. **La argumentación de los derechos sociales**. En: **Tendencias constitucionales para el Siglo XXI en materia de derechos humanos**. Pág. 406.



que nos hagamos del mismo: “el derecho es una estructura de la autorreferencia, un sistema social que se ha diferenciado de otros ámbitos sociales (como la economía, la política, la religión, la moral) y se ha diferenciado precisamente porque se ha especificado en la realización de una función que es la de producir el derecho con base en el derecho, en una continua referencia a sí mismo, es un sistema autopoiético”.⁹⁰

En realidad, los derechos sociales, si se les observa desde fuera del sistema jurídico, se puede ver que poseen una mínima justiciabilidad. La política, en todo caso, los utiliza para legitimarse creándose un endeudamiento del aparato estatal, por ello no es extraño que prácticamente los llamados *Estados sociales de derecho*, se encuentren en una situación precaria, no pudiendo satisfacer tales prestaciones (que cada día van en constante aumento) plausiblemente, es un panorama ciertamente mundial con sus diferentes dimensiones y variantes claramente en cada país.

Así por último, se puede formular la pregunta: ¿en qué consiste esta máxima conquista de la civilidad moderna, la igualdad reivindicada por los derechos sociales, que coloca, se dice, al individuo en un supuesto estatus superior?

4.2. La construcción comunicativa de los DESC

El tópico de los DESC, desde su génesis, ha suscitado (y lo continúa haciendo) grandes preocupaciones y debates ciertamente acalorados. Ellos siguen despertando importantes preocupaciones y siendo foco de atención de especialistas, a través de diversos medios y en diversos foros, que se ocupan, desde diversos ámbitos, de su

⁹⁰ Luhmann, Niklas. *Una teoría sociológica del derecho*. Pág. 183.



tratamiento, de su ámbito en el espacio de lo social y por tanto, en el derecho mismo, en suma, de sus posibilidades mismas de realización.

La realidad social de muchos Estados hace que estas posiciones sean legítimas, porque se encuentran ante una realidad cruda. Se observa a millones de pobres, a muchos enfermos que no son atendidos por carencias o implausibilidad de los servicios de salud, a una gran cantidad de personas que se encuentran desempleadas y que tienen un panorama poco esperanzador que vislumbre ciertas posibilidades de inserción laboral, aquellos que tienen trabajo en la mayoría de la veces no cuentan con un salario *digno* para satisfacer los requerimientos de sus respectivas familias, miles de personas mueren a diario por desnutrición, entre tantas otras situaciones de este tipo o que se desprenden de tales carencias y de las cuales aquí solo se hace una breve alusión.

Las cifras son alarmantes y son problemas que se encuentran presentes en el interior de muchos Estados latinoamericanos. Las dimensiones son todavía más dramáticas si la perspectiva no se limita solamente a los ciudadanos, sino a las personas inmigrantes, quienes generalmente vienen huyendo por motivos de guerras o por la búsqueda de mejores condiciones de vida en países con economías más estables, y que al carecer del estatus de *ciudadanos*, por diversos motivos -como por ejemplo el "chauvinismo del bienestar"-⁹¹ se les niega u obstaculiza el disfrute de estos derechos, de los que se pregonan, tienen carácter *universal* y que han sido declarados

⁹¹ Habermas, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático del derecho en términos del discurso.** Pág. 256.



generalmente en los textos constitucionales de los Estados receptores: en las constituciones de los llamados Estados constitucional y democráticos de derecho.

Para los denominados *Estados constitucional y democráticos de derecho*, erigidos posteriormente a la segunda posguerra, la satisfacción de los DESC representa una especie de *clave de bóveda*. Es aquí donde la *justicia constitucional*, que es uno de sus signos distintivos, se juega una gran parte de su prestigio como realizadora de aquellos valores o principios más altos porque *Constitución y derechos* siguen la lógica del *todo o nada*: todos los derechos para todos, todos estamos incluidos y no solo algunos, todo lo que se encuentre prescrito en la constitución debe ser garantizado; y los derechos sociales han sido parte del proceso de constitucionalización.

Entonces, desde esta perspectiva, no se puede dejar de realizarlos, no se puede dejar de garantizarlos, no se puede dejar de hacerlos efectivos, porque entonces la Constitución sería alguna otra cosa distante de ser *suprema*, si su fuerza normativa no estuviera asegurada y los derechos serían solo "derechos sobre el papel"⁹² o bien los derechos no serían "aquella esfera sobre lo que no se puede decidir".⁹³

Constitución y derechos de este modo vienen simbolizados como máximas conquistas de la modernidad, un mayor grado de civilidad cuya expresión más alta viene personificada en la *humanidad* o más precisamente, *humanidad del derecho*. Esto en virtud de que, según lo pregonaba la teoría, se ha dejado atrás las jerarquías de clase y se ha posibilitado la inclusión universal de los sujetos. ¿Pero en qué sentido?, ¿cuál es

⁹² Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Pág. 89.

⁹³ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Pág. 77.



el sentido de todo esto?, porque una cosa es la representación que se haga o se tenga del derecho y otra cosa es cómo opera el derecho mismo a través de la realidad, misma que éste *construye internamente* (en el interior del sistema) porque es condición de su mismo operar.

Sobre este horizonte se discurre sobre los DESC. Este horizonte no es otro que el de la sociedad moderna, que es en la que se vive y que es la que se tiene, porque no se tiene otra. Siguiendo Niklas Luhmann y a Raffaele De Giorgi, se entiende como sociedad: “el espacio del espectro comunicativo, en otras palabras, sociedad es comunicación”.⁹⁴

En este espacio de la comunicación se encuentra el derecho -como orden autodiferenciado funcionalmente- porque el derecho es comunicación y, por tanto, es sociedad. Entonces es un pedazo de sociedad, un pedazo de mundo: los derechos sociales en efecto son un pedazo de mundo y aquí también se está produciendo sociedad, es decir, mundo, y aquí también se está construyendo un pedazo, un fragmento de mundo sobre el mundo: se está observando a los derechos sociales, a lo que se construye como derechos sociales y a los respectivos significados que en el sistema jurídico se producen a través de esta dogmática.

En efecto, se observa a los DESC como construcción y no como realidad, o más bien se observa aquello que el derecho construye como realidad, porque así, de forma más detenida se pueden ver los alcances de esta semántica, sus funciones, sus paradojas,

⁹⁴ Luhmann, Niklas; De Giorgi, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Pág. 167.



sus potencialidades en la llamada realización de una justicia social, de la plena igualdad que es en la base en la que se fundan.

“Algo que también otras herramientas permiten observar y darse cuenta del por qué, cuando se ha declarado igualdad se ha producido más desigualdad; en claros ejemplos: la literatura y el cine, nos presentan otra realidad que en efecto no es la realidad del derecho: y este ciertamente no es el mundo de los iguales.”⁹⁵

4.3. Los DESC y su reconocimiento normativo

A través de estos derechos sociales, se fija sentido a la Constitución porque las disposiciones que los consagran son derecho plenamente positivo, ellos forman parte de aquella *estructura de la determinación de sentido* a la que se denomina derecho. ¿Y cómo se lleva a cabo esto? Para ello es necesario determinar en qué consiste esta semántica y ver cómo se producen elementos condensados de sentido que reproducen a su vez otros tantos sentidos, otros tantos significados.

Sobre todo, es importante estructurar esta determinación de sentido en el ámbito judicial, esto es, en el ámbito de lo argumentativo, de la decisión judicial. Naturalmente está el otro polo de la decisión del derecho que es la legislación, en cualquier caso, el derecho se refiere siempre a sí mismo no obstante que estas dos imágenes, legislación y aplicación, sean vistas como operaciones, como momentos distintos del derecho, como complemento o como creación de nuevo derecho: en realidad es un mismo derecho.

⁹⁵ Narváez Hernández, José Ramón. **Los derechos sociales y el cine**. En: **Tendencias constitucionales para el siglo XXI en materia de derechos**. s. p.



En todo caso, lo que viene decidido en el derecho con relación a estos derechos se hace a través de estas representaciones semánticas que se introducen en el derecho a través de su jurisprudencia. Los derechos sociales están enarbolados en los textos de las constituciones democráticas, pero también en diversos textos del derecho internacional.

Forman parte del patrimonio semántico de las constituciones. Como segmento del patrimonio constitucional naturalmente tienen un itinerario histórico: la segunda mitad del siglo XX. Y ellos representarían una serie de prestaciones, esto es, de exigencias de satisfacción de necesidades materiales de vida para los más desfavorecidos principalmente, que continuamente viene expandiéndose hasta insertarse prácticamente a todas las capas de la población.

Su historia no sería larga como derecho, “más siempre han existido otras maneras de hacer frente a esta situación relacionadas directamente con las formas de concepción del orden”.⁹⁶ De hecho, en el tránsito de la edad media a la edad moderna el Estado continúa con la política de subvención de los menos favorecidos, que era bastante difundida. La subvención se encontraba distribuida en diversas corporaciones como la religiosa (la iglesia se ocupaba con muchas energías a atender estas necesidades), también el soberano se hacía cargo de dicha cuestión porque en todo caso representaba un problema de la seguridad, del orden.

⁹⁶ Costa, Prieto, Luis Carlos. **Derechos sociales y democracia constitucional. Un itinerario histórico.** En: **Los derechos sociales en el estado constitucional.** Pág. 345.



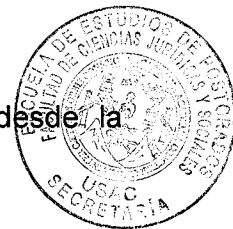
Algunos vagabundos, mendigos o indigentes representaban un problema, una amenaza que debía contenerse, por eso se hacía frente al problema con ciertas prestaciones, ciertas medidas que descendían de lo alto, del soberano, no siendo consideradas jamás emanación de un *derecho subjetivo*, por ello también más tarde se inventa la cárcel como medida, como contención, como aseguramiento del orden social.

En el mundo cristiano la pobreza incluso fue concebida como una especie de virtud, la más digna de todas: porque el ser pobre en este mundo terreno se asimilaba a una auténtica vida cristiana, a la forma en que vivió Jesucristo y por eso era una suerte de bendición tener o adquirir dicha cualidad. Ello aseguraba, garantizaba naturalmente la apertura de las puertas celestiales, aquellos serían entonces los más felices, en aquel reino naturalmente.

La felicidad y su búsqueda, está presente en los umbrales del constitucionalismo moderno, por ejemplo, tempranamente en Norteamérica (1776), contemplado al lado de los principios consagrados como la vida, libertad y la igualdad. Entonces junto a estos universales contenidos de sentido, de estos principios, se encuentra también la felicidad y si el Estado o la autoridad pública se legitimaba por la promoción de *derechos*, potestades sociales pudieron haber sido abrazadas y desarrollados desde muy temprano, como podía haber sido el caso de la idea de la persecución del bienestar como derecho o más bien derechos, en plural.

Por lo que "el rechazo como fin del Estado en adjudicar dichos fines, como consecuencia de la primacía de la idea de autodeterminación del individuo, ha sido una

consecuencia contingente⁹⁷ porque las premisas estaban ya presentes desde la germinación del constitucionalismo.



De hecho, en Francia el atributo prestacionista de la organización política respecto a ciertos ciudadanos necesitados de subvención, brotó como producto impulsado por el proceso revolucionario, pues era parte de su ideario; sin embargo, tampoco representaba una facultad imputable al sujeto, sino en cuanto a la fidelidad del súbdito a la patria.

Era un tipo de compromiso que esta última adquiría por su lealtad, como un deber de reciprocidad que consistió en retribuir a sus hombres más comprometidos con ella, porque la nación no puede ser ciega ni sorda ante el clamor de sus hijos más queridos, como lo consideraba Sieyés.

Varias voces se alzaron contra el Estado liberal que rechazaba el reconocimiento normativo de los derechos sociales, rechazo a una ideología que, en nombre de la libertad, hacía de los hombres lobos rapaces, reduciendo la sociedad a simples átomos. Pero en sus pensadores, en el Estado social no solamente se encuentra un simple rechazo al liberalismo y sus libertades individuales, sino además una elocuente elaboración teórica que busca realizar una plena igualdad que se coloca precisamente en el justo medio entre libertad y sociedad. "Una auténtica doctrina, si bien primigenia, que redimensiona la condición social de hombre, que pregonar por la comunión entre

⁹⁷ Ritter, Gerhard. **Historia del Estado social**. Pág. 106.



ellos mismos, y de la cual se deriva la consecuencia de responsabilidad y la correspondiente necesidad de intervención del uno por el otro”.⁹⁸

4.4. El constitucionalismo social y el papel del Estado

Ya Hegel muy tempranamente se había inclinado sobre la necesidad de que el Estado interviniera, sobre “la necesidad de un programa de reformas que pudieran contener la *revolución* y corrigiera los desequilibrios y efectos de la así llamada sociedad industrial, porque Estado no solamente era la realidad ética”.⁹⁹

La publicística alemana de finales de siglo XIX y principios del siglo XX, había recibido una notable influencia de Hegel y se había problematizado también sobre la socialización de las leyes, y es así como el destacado jurista Robert von Mohl operó una conexión entre la idea del Estado de derecho y la actividad paternalista del Estado. Otro notable jurista alemán como Lorenz von Stein esbozó un armazón teórico en torno a la idea del Estado social.

Colocado en otro extremo se encontraba Alexis de Tocqueville, quien precisamente impugnaba la imputación de tales atribuciones al Estado, porque las veía como un peligro para la libertad de los hombres, llamando la atención sobre la dependencia respecto del gobierno, sobre la deformación de aquellos en virtud de las providenciales legales que fomentaba vicios despreciables, como se puede leer en sus interesantes páginas sobre el *pauperimos*.

⁹⁸ Gozzi, Gustavo. **Democracia, derecho y constitución**. Pág. 148.

⁹⁹ Ritter, Gerhard. **Op. Cit.** Pág. 110.



La asistencia pública era de carácter inmoral y generaba, entre otros tantos males y degeneraciones, un grave y constante conflicto entre pobres y ricos porque: “Lejos de tender a unir en un mismo pueblo a estas dos naciones rivales que existen desde el comienzo del mundo y que se llaman ricos y pobres, quiebra el vínculo que podía establecerse entre ellas, alinea a cada una bajo su propio pabellón, las cuenta y, poniéndolas frente a frente, las prepara al combate”.¹⁰⁰

Como es bien sabido, los derechos sociales encuentran fuerte resistencia por ciertos juristas, hay una seria oposición en cuanto a su reconocimiento como *derechos subjetivos*, respecto a atribuirles dicha naturaleza. Piénsese aquí en Carl Schmitt por citar a un distinguido doctrinario, y en casi todos los Estados también se encuentra oposición en este sentido, “contribuyendo a agudizar tal situación la instauración de una dogmática constitucional apegada al régimen de gobierno imperante por muchos años en los Estados latinoamericanos, que sostuvo una función no jurídica, sino política de la constitución”.¹⁰¹

Entre los argumentos más frecuentes se aduce, entre otras cosas, la incompatibilidad entre las distintas tipologías de derechos y en su dificultad para conciliarlos, en la fractura respecto a la autonomía del sujeto, en la imposibilidad de realización para desarrollar esta nueva clase de derechos, en la carencia de su fuerza normativa porque se considera que son normas programáticas y como tales, no accionables de forma inmediata ante los tribunales, sino realizables en el futuro, es decir, indicaciones a considerar para el legislador.

¹⁰⁰ De Tocqueville, Alexis. **Democracia y pobreza, (memorias sobre el pauperismo)**. Pág. 69.

¹⁰¹ Cossío Díaz, José Ramón. **Dogmática constitucional y régimen autoritario**. Pág. 156.



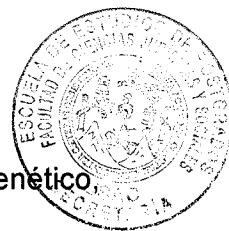
Pero una vez incorporados se comienza a revalorar la función del Estado, se reconoce el redimensionamiento de la actividad estatalista. Entonces ya no solamente es el Estado el que debe dejar de intervenir en la realización de la autodeterminación de los sujetos (derechos de defensa), sino que, se pregona, debe asumir un papel de injerencia en los ámbitos en los cuales se requiere satisfacción de necesidades materiales por parte de los más necesitados, de los desposeídos (derechos de prestación).

En efecto, como derechos del sujeto, “los derechos sociales entran ya en el siglo XX, se crea un nuevo léxico y ellos parecen reavivar una especie de *comunitarismo*, porque se refieren a derechos que son proclamados y reivindicados —antes que por sujetos individuales— por la clase proletaria en una primera instancia o por grupos con situación desfavorable en cuanto a sus condiciones materiales”.¹⁰²

Tal experiencia, como bastión del constitucionalismo llamado social, se encuentra en México (1917) y en la Alemania de la República de Weimar (1919) en los respectivos textos constitucionales. Las prestaciones sociales vienen fijadas ya como un derecho del sujeto con su correlativo obligado a satisfacerlo: el Estado. Ya no vienen reconocidas como prestaciones de la caridad privada.

Como derechos constitucionalizados ciertamente estos ya no son una concesión del soberano para hacer frente al orden, para ofrecer seguridad, sino que derivan directamente del sujeto y obligan al Estado, ya forman parte, abriendo sus aporías semánticas y normativas, al lado de los derechos civiles y políticos en las diversas

¹⁰² Barcellona, Prieto. *La decadencia del Estado*. Pág. 212.



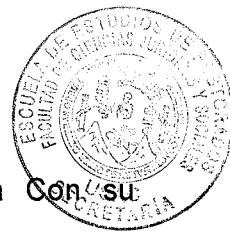
cartas constitucionales (se les concibe como poseedores de un mismo código genético, interdependientes, se lee en los pactos internacionales) y conectados a la idea posterior del paradigma del constitucionalismo democrático estos tienen que ser, *asegurados*. En otras palabras, ya forman parte de la operacionalidad y justiciabilidad del sistema y solo de este.

Participando de *igual dignidad* que los demás derechos, plantean problemas de operatividad para el sistema jurídico, y dan lugar a paradojas que se esconden: piénsese en la idea de la legitimidad democrática del juez constitucional para intervenir mediante la decisión judicial para obligar a adoptar ciertas medidas (de políticas públicas) de tutela, con un carácter eminentemente legislativo, dirigidas al legislador.

También. téngase presente, “cuando las cortes constitucionales tienen que resolver sobre los numerosos conflictos que se plantean entre los principios constitucionales, que por ser precisamente constitucionales no tienen superioridad entre ellos mismos, porque no hay *principios absolutos* que se sobrepongan uno sobre los otros en un orden de prioridad jerárquica: pero que en el conflicto tiene que ceder uno de ellos según la determinación que se tome en la decisión judicial atribuyéndole un mayor peso (momentáneo, móvil, válido al caso particular como se dice y nunca *a priori*) a uno sobre el otro”.¹⁰³

De modo casi análogo a algunos derechos de libertad (con excepción a los vinculados al orden burgués), a los derechos a prestaciones negativas, los nuevos derechos, los derechos ahora llamados sociales, las prestaciones positivas, precisan de satisfacción.

¹⁰³ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Pág. 56.



No basta igualmente con su mera declaración constitucional, no basta con su enunciación en textos normativos.

Se quiere cerrar aquella brecha abierta desde las proclamaciones de derechos de finales del siglo XVIII y principios del XIX, se pretende dilucidar aquel primigenio sentido, la quinta esencia del derecho constitucional que subyacía en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que en efecto en su Artículo 16 prescribía de aquellos derechos la necesidad de ser garantizados como parte esencial de una constitución, de la constitución auténtica que solamente como procuradora de los derechos podía llamarse así y que ahora viene decantada en el constitucionalismo de la segunda posguerra, siendo llamada *democrática*.

Se dice de modo análogo porque encuentran fuertes resistencias a ser considerados como derechos, a participar de la misma cualidad de prestaciones derivadas del sujeto, quedando solamente en proclamación.

Desde su marcha triunfal como enunciados normativos, ya lejanos ciertamente del movimiento revolucionario francés, pero por delante con la misma condición, en la arena de estos nuevos derechos, uno de los más distinguidos juristas alemanes se lamentaba ciertamente por la escasa o falta de operatividad que los jueces les daban durante la experiencia constitucional de Weimar, cuyo bastión había sido precisamente estos derechos.

En efecto, Franz Newman, subrayaba las vacilaciones experimentadas por estos derechos en la práctica constitucional alemana weimariana. Tales prestaciones, tales



derechos reconocidos como derechos subjetivos constitucionales, habían tenido un desarrollo ciertamente contradictorio porque el esplendor encontrado en la doctrina no se había correspondido con su desarrollo judicial: “Por el contrario la jurisprudencia ha casi integralmente negado el valor jurídico, llegando a minimizarlos y a verlos solo como la expresión de principios constitucionales programáticos, todavía en espera de ser actuados”.¹⁰⁴

Y poco más tarde con el régimen nacional-socialista a las espaldas, “en donde no solamente los derechos sociales sino más bien todos los derechos basados en la idea del sujeto, habían sido eclipsados totalmente por la noción suprema del *volkgeist*, que atribuía en todo caso derechos pero en cuanto derivados de la noción de raza, de su superioridad —la alemana claramente— frente a otras, es que se levanta con mayor fuerza, se dice, la soberanía no ya de la voluntad general radicada en la ley, sino la soberanía de la constitución, que se traduce en su juridicidad vinculante: pasándose a un peldaño más alto en la esfera normativa, esto es, de la legalidad de la ley a la legalidad de la constitución.”¹⁰⁵

4.5. Los DESC en el Estado constitucional y democrático de derecho

El pensamiento jurídico se dedica a darle un nuevo rostro a la constitución, una nueva portada, nuevos nombres, utiliza nuevos léxicos: ahí se identifican los valores más altos de la sociedad, se piensa en la constitución como ámbito de expresión de aquellos que se llaman los valores jurídicos supremos.

¹⁰⁴ Newman, Franz L. **El derecho al trabajo, de la democracia a la dictadura**. Pág. 121.

¹⁰⁵ Grossi, Paolo. **La legalidad constitucional en la historia de la legalidad moderna y posmoderna**. Pág. 234.



Ellos parecen dar la impresión de ser un vaso comunicante con la sociedad, como si la sociedad se intercomunicara y pusiera en la constitución, de la misma forma que en el derecho, estos valores eternamente negados (en las declaraciones de derechos se decía que su desconocimiento era el mal de todas las sociedades), y en este sentido es que ahora a la sociedad y la constitución se les suele designar como *plurales*.

Pero en realidad el derecho no se acerca a la sociedad ni se aleja de la misma, ni mucho menos consiste en las representaciones que los juristas se hacen de aquél; antes bien él construye su realidad y opera como orden social autodiferenciado.

Entonces: ¿qué puede significar que en la constitución se encuentra el orden del mundo? porque libertad, igualdad y dignidad del hombre no poseen un sentido, por decirlo así, objetual. Ellos no son valores impuestos desde el exterior al derecho, son parte del mismo derecho que los introduce y les da un sentido, son derecho positivo. Y luego, ¿qué de fundamental puede tener este derecho, el derecho de la modernidad, este derecho que viene introducido por decisiones y estas tienen un carácter siempre contingente?

Los derechos sociales forman parte de aquel patrimonio de sentido al que se llama *Constitución*. Como derechos constitucionales, "aquellos derechos fijan sentido porque son precisamente parte del derecho positivo, son plenamente derecho positivo"¹⁰⁶; y derecho positivo no significa otra cosa que *derecho puesto*, derecho que es introducido por una decisión, decisión que pudo haber sido diversa de cómo fue tomada (a esto se

¹⁰⁶ Luhmann, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**. Pág. 189.



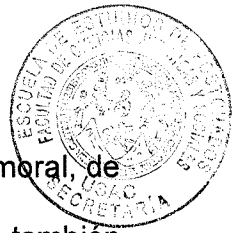
refiere la contingencia del derecho). "En esta sociedad, en la sociedad moderna, ~~no hay~~ otro espacio de lo normativo que el del derecho positivo".¹⁰⁷

Un derecho, en efecto, liberado de los vínculos del tiempo —porque él mismo se construye su memoria—, un derecho liberado de los vínculos de la naturaleza, de los vínculos de la razón, de los vínculos del derecho natural, liberado de jerarquías estamentales. Por tanto, no es un derecho inmutable que vincula para siempre, de manera eterna, ni mucho menos posee pretensiones de alcanzar la verdad (iusnaturalismo), cómo podría alcanzarse aquella si el derecho en efecto es producto de decisiones que pudieron ser diversas de cómo son y que en un futuro pueden serlo de la manera contraria a lo que se había elegido y determinado como derecho, como cierto.

El derecho se ha consolidado como un orden diferenciado, y diferenciado quiere decir que se ha distinguido de cualquier otra cosa, en este caso de otros ámbitos de la comunicación social. La diferenciación tiene como base el despliegue de una sola función específica y no más, que realiza en un constante referirse a sí mismo, es por esto por lo que, del derecho se puede decir que es una estructura de la *autoreferencia*.

En efecto, en la sociedad moderna, se ha especificado en una función por medio de la cual siempre se implica a sí mismo, recursivamente: que es la de crear derecho con base a derecho. Sus operaciones se refieren siempre a sí mismo y permiten reproducirlo a sí mismo, es lo único que *debe asegurarse* el sistema jurídico porque solamente así logra diferenciarse de otros sistemas sociales, no confundirse y operar.

¹⁰⁷ Luhmann, Niklas. **Sociología del derecho**. Pág. 172.



Con esto, el derecho se logra diferenciar de la política, de la economía, de la moral, de la religión, de la educación, de otros ámbitos sociales, de otros ámbitos también funcionalmente diferenciados, es decir, implicados en efectuar una función recursiva.

Los derechos inciden posibilitando este proceso, lo reactivan continuamente, hacen posible que el derecho pueda asegurar este referirse a sí constante. “Porque ellos clausuran el sistema jurídico y de este modo lo vuelven operativo. Ellos en efecto fragmentan el derecho activando la distinción entre lo constitucional y lo inconstitucional”,¹⁰⁸ de otro modo, el derecho no tendría la naturaleza jerárquica que el mismo derecho se construye y con la cual se mantiene su operar estable, con ello reproduce su circularidad, su autoimplicación, su reproducción. Los derechos, entonces, tienen que aparecer como valores más altos frente a un derecho que le viene inferior y al cual desplazarían en su caso: se produce y se cancela derecho.

La paradoja de la circularidad, de la ausencia de su fundamento, viene ocultada por los mismos derechos. Esta invisibilización se encuentra en la idea del *contrato social* porque el contrato se funda en la idea de las *libertades* de la que deriva la fuerza de la obligatoriedad del derecho. Mas el derecho no se obedece, como decía Jacques Derrida, porque tenga un fundamento sino porque el derecho ha sido colocado, *puesto por una decisión*, sea tanto en el ámbito de la producción (en el plano legislativo) como en el ámbito de lo que se llama aplicación del derecho (en el plano de la decisión judicial).

¹⁰⁸ De Giorgi, Raffaele. **El desafío del juez constitucional**. Suprema Corte de Justicia de la Nación/Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México. México. 2009. Pág. 72.



De este modo ya se puede ver qué sentido puede tener, o bien observar con cierto distanciamiento, "la consideración respecto a que los derechos sociales constituyen actualmente el *fundamento axiológico del contrato social*, reclamando la urgencia y necesidad de su protección".¹⁰⁹

Los derechos sociales, se dice ahí, serían la nueva justificación del contrato social ya que las situaciones sociales han mutado y ya no bastaría asegurar la libertad y la propiedad como cuanto más necesario sería satisfacer los niveles mínimos de vida. Sin embargo, el derecho no tiene que ver con las representaciones morales o valorativas (ni tampoco tiene que ver con las imágenes o justificaciones que se tienen y hacen de él los juristas) porque él se ha autodiferenciado de los otros ámbitos sociales (también diferenciados funcionalmente), esto es, ha evolucionado, para decirlo en términos luhmannianos.

Los derechos, los principios, los valores fundamentales del ordenamiento jurídico vienen contruidos, son siempre contruidos a través de la aplicación, a través de la decisión judicial. Por medio de aquella el juez le atribuye un contenido, es decir, los concretiza, les da un sentido. Igualdad, libertad, dignidad vienen creados con la decisión, por lo que son principios que se refieren siempre al sistema, que surgen en él, no están afuera.

Si los principios están allí, son creados dentro del sistema, ellos tienen la cualidad contingente del derecho positivo, entonces si son decidibles, sin embargo, en el caso de los derechos fundamentales (y por supuesto los derechos sociales), como

¹⁰⁹ Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Pág. 171.



argumenta Ferrajoli, no se puede decidir sobre lo que ya se ha decidido, y aquellos son *indecidibles*.

Libertad e igualdad, asimismo, son condiciones que permiten la operatividad de los sistemas sociales de la sociedad moderna. Solamente la invención del sujeto como libre e igual posibilita la funcionalidad de los demás sistemas sociales, de la política, de la economía, del derecho, etc.

Una vez inventada la persona como sujeto que se autoposee, entonces se pueden atribuir derechos, porque el sujeto es el centro de imputación. Si los sujetos no son concebidos como libres e iguales entonces no se puede participar en democracia, no se puede contratar, no se puede ser parte en un proceso, no se puede ser digno, no se puede tener *derechos sociales*. Ellos, los derechos, fijan los alcances universales de las posibilidades del actuar en esta sociedad, y el espacio, el horizonte donde se fijan las posibilidades, donde se concretizan es precisamente la Constitución.

La igualdad es el bastión de los derechos sociales, estos reivindicarían la igualdad material rescatándola de aquella que se le designaba como formal, es la igualdad que restituiría en sus justos términos las relaciones entre poseedores y desposeídos, que los *incluiría* a todos (materialmente) superando la exclusión formal de la ley. Las cortes constitucionales tratan en su actividad cotidiana con este principio, su anhelo es la materialización de la justicia de los derechos, en el caso de la justicia social, la materialización de este principio.



Algunos tribunales constitucionales han ido adelante, escondiéndose naturalmente las paradojas de su intervención (de su legitimidad democrática que está en juego) en cuanto ordenan al legislador la realización de estos derechos porque ya no son programas a futuro.

Hoy, ciertamente se pueden encontrar diversas decisiones que a través de esta semántica se fija sentido, se construye el significado de esta igualdad, pero también como lo ha observado un constitucionalista, "esto no significa que sea una conquista irreversible, ahora ya definitiva de los mismos, una conquista inalterable",¹¹⁰ no significa, solamente creyéndolo ingenuamente, un *no más* contra aquellos derechos, y ni mucho menos que implique una imposibilidad de *no regresión* y siempre *progresión* como se dice, según las técnicas constitucionales.

Cuando la justicia constitucional dice que declara, que reivindica la justicia material de la igualdad, entonces viene soslayada la otra parte, en realidad se invisibiliza, viene ocultada la paradoja de este principio, mas no se cancela la otra parte sin la cual a su vez la otra parte no existiría: la igualdad, para decirlo en términos luhmannianos, es una unidad de una distinción, la unidad de la distinción entre igualdad y desigualdad.

Para Marx esta igualdad material, esta igualdad de los derechos esclavizaba, era la forma en la que él veía que los individuos podían ser sometidos a la servidumbre del capital porque su justiciabilidad era mínima, porque el salario digno no era tan digno. En teoría de sistemas se dice que se está incluido porque se está excluido.

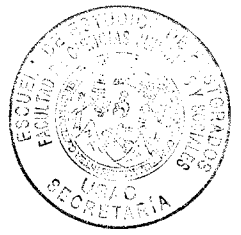
¹¹⁰ Gargarella, Roberto. **Justicia dialógica y derechos sociales**. En: **Los derechos sociales en el Estado constitucional**. Pág. 324.

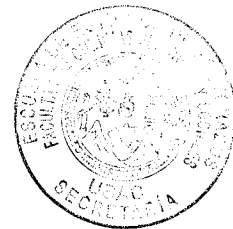


En la literatura, Kafka mostraba al campesino que anda frente a la puerta de la ley que pedía siempre entrar y el guardián de aquella se lo impedía, hasta el día en que estaba agonizando y ya no pudiendo entrar le dice que aquella puerta estaba reservada exclusivamente para él. Todos tenemos derecho a un trabajo, a una vivienda digna, acceso a la seguridad social, a educación y que sea cada vez mejor, y un largo, etc., pero todas estas expectativas ciertamente son de una baja justiciabilidad.

La semántica de la *inclusión* política que impulsó el surgimiento y desarrollo de los llamados *Estados de bienestar* fue dando paso cada vez más a la incorporación de *necesidades e intereses* de la población. “La política para legitimarse vino utilizando todos estos temas en su agenda, pero con ello se presenta el problema de la garantía de los derechos, y ese todo hoy se concibe como una *pretensión*, es decir, como una potestad jurídica, lo cual implica necesariamente su reconocimiento Constitucional”.¹¹¹
(sic)

¹¹¹ Luhmann, Niklas. *Teoría política en el estado de bienestar*. Pág. 47.





CONCLUSIÓN

Peter Häberle señala que las democracias en libertad requieren un *soporte* interno material, guiado a través de fines educativos fundamentales que se orienten por los derechos humanos, la tolerancia, la solidaridad, la responsabilidad, la humanidad, el trabajo, entre otros fines, valores e instituciones; al mismo tiempo, señala que al permanecer precarios o *formales* al ser trasladados a las aulas, se encontrarán amenazados si solamente se ven constituidos jurídicamente en el sentido tradicional, y si no provocan en la práctica pedagógica, la profundidad y amplitud de la internalización de la libertad. Una sociedad así descrita, resulta imposible de transformar, de la noche a la mañana, en una sociedad justa, acorde y armoniosa con lo previsto en las normas constitucionales.

Vistos los derechos sociales desde la perspectiva de la Teoría del Derecho, su judicialización plantea un problema de interpretación singular, que consisten en la evaluación de los medios para lograr el fin constitucional propuesto.

Es cierto que la aceptación de los derechos sociales plantea problemas agudos de distribución de competencias y de diseño dogmático, sin embargo, estas dificultades no son insuperables, ni tiene que ser tomadas como pretexto para desjudicializar. Hace falta particularmente, creatividad, para no caer en esa confianza o complacencia de la retórica de los derechos sociales.

La pregunta por formular, de manera correcta, no es si ¿debe haber o no tutela judicial para los derechos sociales? Sino, cual debe ser la dogmática adecuada en materia de



derechos sociales y cuales deben ser los procedimientos para obtener dicha tutela. En este orden de ideas, el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales, no debe verse solamente en el plano institucional; esto es, respecto a los instrumentos de salvaguarda procesales, pues la precaria defensa que han realizado los tribunales en Guatemala, poco ha abonado a este proceso ya no siquiera de maximización, sino, de efectividad de estos.

Esta situación toma una dimensión más compleja si se considera que la enseñanza y difusión del paradigma neoconstitucionalista, que hace énfasis en la primacía de la constitución; y, por tanto, de los derechos, así como de su restitución a través de pertinentes medios jurisdiccionales, cuenta con pocos cultivadores, los que generalmente son profesores que han podido realizar sus estudios de doctorado y que, salvo algunas excepciones, imparten clases principalmente en la ciudad de Guatemala.

Hacer efectivas las garantías de los derechos sociales, permitiría hacer posible la inclusión universal de todos los individuos en los sistemas sociales, es decir, de hacer posible el acceso de todos a las posibilidades de actuar disponibles en la sociedad moderna.

Mediante su actividad decisonal en relación a los derechos sociales, los tribunales redistribuyen posibilidades de acceso a los mismos. La diferencia respecto a la actividad de la política, consiste en el hecho que la política distribuye aquellas posibilidades en consideración a las particularidades de los individuos, es decir, a la disponibilidad de consenso, sin embargo, la política puede ser indiferente respecto a la selectividad de los sistemas sociales y, por esa indiferencia, actúa con una selectividad



exclusivamente política, la cual puede revelarse amenazadora para la misma selectividad de las estructuras de los sistemas sociales; pues la política puede, sobre todo en épocas de recolección de consenso por medio del voto popular, proveer de comida y medicina a los hambrientos y enfermos, pero como acción retórica proselitista no como solución institucional permanente.

Los tribunales, en cambio, no distribuyen comida ni medicinas, pero pueden declarar que es ilegítima la exclusión del acceso a la comida y a la medicina, si hay una norma que así lo prevé y que ha sido producida en la expectativa de obtener el consenso de aquellos que no tienen comida ni medicina. Con su actividad los tribunales readquieren la función civilizadora que exige el Estado constitucional y democrático de derecho.





BIBLIOGRAFÍA

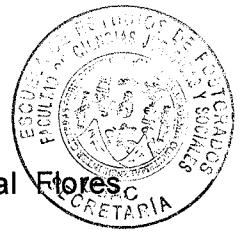
- AGUILÓ REGLA, Josep. **Sobre la constitución del Estado constitucional**. En: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Número 24. España: 2001.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2004.
- AYALA CORAO, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. México: Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003.
- BARCELLONA, Prieto. **La decadencia del Estado**. Madrid, España: Editorial Civitas, 2006.
- CANCADO TRINDADE, Antonio A. **La interpretación de tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos**. México: Editorial Jurídica de las Américas, 2008.
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano**. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004.
- CARBONELL, Miguel. **Los derechos humanos en México**. México: Editorial Flores, 2015.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2001.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. **Dogmática constitucional y régimen autoritario**. México: Editorial Fontamara, 2005.



- COSTA, PRIETO, Luis Carlos. **Derechos sociales y democracia constitucional. Un itinerario histórico.** En: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier (Coordinador). **Los derechos sociales en el Estado constitucional.** Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2013.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio. **El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- DE GIORGI, Raffaele. **El desafío del juez constitucional.** México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 2009.
- DE ROUX, Carlos Vicente. **La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de protección.** En: **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Vol. II.** San José, Costa Rica: Corte IDH, 1999.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia y pobreza, (memorias sobre el pauperismo).** Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.
- ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier; ORDOÑEZ, Jorge. **Los derechos sociales en el Estado constitucional.** México: Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier. **La argumentación de los derechos sociales.** En: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier; et al. (Coordinadores). **Tendencias constitucionales para el siglo XXI en materia de derechos humanos.** México: Editorial Porrúa, 2018.



- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano**. En: VOLIO GONZALES, Lorena (Coord.). **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso. DESC, libertad personal y libertad de expresión**, Tomo II. San José de Costa Rica: Editorama, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)**. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2008.
- FLORES SALDAÑA, Antonio. **El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos**. México: Editorial Porrúa, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid, España: Editorial Civitas, 2006.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Constitucionalismo y positivismo. Revista española de derecho constitucional. Año 18. Número 54. Septiembre-Diciembre**. España: 1998.
- GARGARELLA, Roberto. **Justicia dialógica y derechos sociales**. En: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier. (Coordinador). **Los derechos sociales en el Estado constitucional**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. **La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1966.



- GOZZI, Gustavo. **Democracia, derecho y Constitución**. México: Editorial Flores, 2014.
- GROS ESPIELL, Héctor. **Estudios sobre derechos humanos**. Madrid, España: Editorial Civitas, 1988.
- GROSSI, Paolo. **La legalidad constitucional en la historia de la legalidad moderna y posmoderna**. España: Editorial Aranzadi, 2010.
- GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: Editorial Fontamara, 2003.
- GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico**. En: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **¿Cómo es posible la legitimidad vía legalidad?** En: **Escritos sobre moralidad y eticidad**. Barcelona, España: Editorial Paidós, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos del discurso**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2010.
- LEÓN BASTOS, Carolina; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Claudia E. **Manual de derechos fundamentales**. México: Editorial Porrúa, 2017.
- LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Triana/Universidad Iberoamericana, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Delado, 2002.
- LUHMANN, Niklas. **Sociología del derecho**. Colombia: Editorial Temis, 1997.



LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de bienestar.** España: Alianza

Editorial, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Una teoría sociológica del derecho.** Colombia: Editorial Temis, 2005.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. **Los derechos sociales y el cine.** En: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier; et al (Coordinadores). **Tendencias constitucionales para el siglo XXI en materia de derechos humanos.** México: Editorial Porrúa, 2018.

NEWMAN, Franz L. **El derecho al trabajo, de la democracia a la dictadura.** México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1983.

NIETO-NATVIA, Rafael. **Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.** San José, Costa Rica: Instituto de Derechos Humanos, 1993.

NIKKEN, Pedro. **El concepto de derechos humanos.** Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

NOVENA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 1948, **Actas y Documentos. Vol. I.** Bogotá, Colombia: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 1953.

PERELMAN, Chaim. **La lógica jurídica y la nueva retórica.** Madrid, España: Editorial Civitas, 1988.

PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución.** Madrid, España: Editorial Tecnos, 2001.



PRIETO SANCHÍS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid, España:

Editorial Debate, 1990.

REY CANTOR, Ernesto. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México: Editorial Porrúa, 2008.

RITTER, Gerhard. **Historia del Estado social**. México: Editorial Fondo de Cultura Económica. 2003.

SALMON, Elizabeth. **Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos**. Colombia: Universidad del Rosario, 2006.

SALVIOLI, Fabián. **La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de derechos humanos**. En: **Revista IDH**, Vol. 39. San José Costa Rica: 2004.

SILVA MEZA, Juan. **El derecho al mínimo vital: su contenido y relevancia**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/UNAM. IIJ, 2014.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Los derechos humanos**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2000.

URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael. **Los derechos económicos, culturales y sociales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. En: **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)**, Vol. 31. San José de Costa Rica: IIDH. 2000.



URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.** San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.

VÁSQUEZ, Daniel; SERRANO, Sandra. **Principios y obligaciones de derechos humanos. Los derechos en acción.** México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

VIGO, Rodolfo Luis. **Argumentación constitucional.** En: BÁEZ SILVA, Carlos. **Interpretación, argumentación y trabajo judicial.** México: Editorial Porrúa, 2009.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge. **Hacia una nueva investigación jurídica.** México: Editorial Porrúa, 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2009.

Legislación:

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Resolución 421 (v).** 4 de diciembre de 1950.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Resolución 56/83.** 12 de diciembre de 2001.



COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. **Observación**

General número 3. La índole de las obligaciones de los Estados parte.

Artículo 2º. Párrafo 1. Aprobada en el 5º Período de sesiones. 14 de diciembre de 1990.

Jurisprudencia:

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Aché vs.**

Paraguay. Caso 1802. 27 de mayo de 1977.

CORTE IDH. **Caso Amílcar Menéndez y Juan Manuel Caride vs. Argentina.** Informe

No. 3/01. Caso 11.67. 19 de enero de 2001.

CORTE IDH. **Caso Baena Ricardo (270 trabajadores) vs. Panamá.** Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

CORTE IDH. **Caso Cinco pensionistas vs. Perú.**

CORTE IDH. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay.**

CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.** Excepciones

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005, párrafo 63.

CORTE IDH. **Caso Bueno Alves vs. Argentina.** Fondo, Reparaciones y Costas.

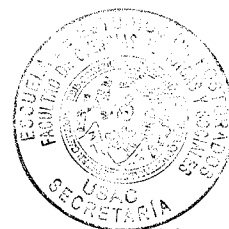
Sentencia de 11 de mayo de 2007.

CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Yanomami vs. Brasil. Caso 7615.** 5 de marzo

de 1985.

CORTE IDH. **Caso Huilca Tecse vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 3 de marzo de 2005.



CORTE IDH. **Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay.**

CORTE IDH. **Caso Marie y Carrie Dann vs. Estados Unidos. Informe no. 75/02.**

Caso 11.40, 27 de diciembre de 2002.

CORTE IDH. **Caso Andrea Mortlock vs. Estados Unidos. Informe No. 63/08. Caso**

12.534. 25 de julio de 2008.

CORTE IDH. **Casos 9777 y 9718**. Argentina: 30 de marzo de 1988.

CORTE IDH. **Informe anual 1983-1984, OEA/Ser.L/V/II.63 doc. 10**. 28 de septiembre de 1984, capítulo V-II.

CORTE IDH. **Informe anual 1983-1984, OEA/Ser.L/V/II.66 doc. 10, rev. 1**. 1 de noviembre de 1985, capítulo V-II.

CORTE IDH. **Informe anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68 doc. 8 rev. 1**. 26 de septiembre de 1986, capítulo V-II.

CORTE IDH. **Informe anual 1985, OEA/Ser.L/V/III.12 doc. 13**. 15 de agosto de 1985.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-10/89**. 9 de noviembre de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Acevedo Buendía y otros. Cesantes y Jubilados de la Contraloría Contra Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas**. Sentencia de 1 de julio de 2009.