

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LÍMITES Y EXIGENCIAS DE LA TUTELA JURISDICCIONAL POSITIVA DE
LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, TACNA, 2015”**

TESIS PRESENTADA POR EL BACHILLER:

ENLIL IVÁN HERRERA PÉREZ

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

TACNA – PERÚ

2016

Agradezco a Dios por sobre todas las cosas, el único sustentador de la vida, dador de vitalidad y libertad, fiel a la perfección, único cumplidor de su palabra, cuya Justicia es en rectitud y misericordia, no retributiva, sino inmerecida e incomprensible por nuestra subjetividad.

Asimismo, agradezco a un gran maestro e impulsor de la investigación en nuestra casa de estudios, Renzo Yufra Peralta, a quien considero un dedicado docente y buen amigo.

Dedico todo mi humilde esfuerzo y mi trabajo a mis padres, y aunque mi esfuerzo no sea proporcional al mismo que ellos me dan, lo hago con todo mi aprecio y estima.

RESUMEN

Es innegable la importancia de derechos tales como los referentes a la salud, la alimentación, el ambiente, la educación, el salario justo, entre otros denominados como Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin embargo, es innegable del mismo modo que existen problemáticas que giran en torno a los mismos.

El problema no está en determinar cuán importantes son, sino en cómo implementarlos, y más aún en: cómo garantizarlos efectivamente.

Ciertamente las Cortes son las destinadas a prestar garantía de los derechos de las personas, sin embargo, ¿Cómo puede situarse un Juez ante una violación a un derecho como por ejemplo aquel que versa sobre la educación? ¿Hasta dónde puede llegar su “poder”? Es una labor realmente delicada, por un lado tenemos que la labor del Juez debe ser prestar garantía efectiva ante una violación a un derecho, y por otro, que la implementación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es propia del órgano Ejecutivo del Estado, requiriendo todo un planeamiento estratégico, económico, político y jurídico, ¿son los Jueces los llamados a prestar garantía? ¿Hasta qué punto?

La presente investigación busca una aproximación hacia estas cuestiones, buscando orientarnos hacia: las exigencias y límites de la tutela jurisdiccional efectiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PALABRAS CLAVE: derechos económicos, derechos sociales, derechos culturales, DESC, tipología de obligaciones, Justiciabilidad, tutela jurisdiccional, principio de razonabilidad.

ABSTRACT

It is undeniable the importance of rights such those relating about health, food, the environment, education, fair wages, among others known as Economic, Social and Cultural Rights, however, is undeniable in the same way that there are some issues that revolve around them.

Then, the problem is not about to determine how important they are, but how to enforce them, and even more: how to effectively guarantee them.

Certainly, Courts are aimed to guarantee the civil rights, however, how can a Judge be placed before a violation of a right such as an education one? How high can extend their "power"? It's a really delicate work, first we know that the work of the Court should be able to provide effective guarantee before a violation of a right, and secondly, that the enforcement of the Economic, Social and Cultural Rights is properly a work of an executive organ of the State, work that need an strategic, economic, political and legal planning, so, are the judges called upon to provide guarantee? How "far"?

This research seeks an approach to these issues, moving towards: the enforceability and limits of effective judicial protection of Economic, Social and Cultural Rights.

KEY WORDS: economic rights, social rights, cultural rights, ESCR, typology of obligations, justiciability, judicial protection, reasonableness principle.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA	16
I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO:.....	17
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	17
1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:	17
1.1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:.....	21
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	22
1.2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:.....	22
1.2.2. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:.....	24
1.3. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA:.....	25
1.3.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	25
1.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS	25
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	25
1.4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD:.....	25
1.4.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	26
1.4.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	26
1.4.4. DELIMITACIÓN SOCIAL	26
II. OBJETIVOS:	27
2.1. GENERAL:	27
2.2. ESPECÍFICOS:	27
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	28
1. CUESTIONES PRELIMINARES: PROLEGÓMENOS DE LOS DERECHOS HUMANOS	29

1.1. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS	29
1.1.1. TESIS DE LA DIGNIDAD COMO (EXPRESIÓN DE) AUTONOMÍA DE LA PERSONA.....	36
1.1.1.1. Kant como punto de partida	36
1.1.1.2. La dignidad como autonomía y como límite de la autonomía	38
1.1.2. TESIS DE LA DIGNIDAD COMO LIBERTAD ONTOLÓGICA Y AXIOLÓGICA	43
1.1.2.1. Kant, nuevamente punto de partida	44
1.1.2.2. De Häberle a Gluchman.....	47
1.1.2.3. Aspectos críticos y el paso de Heidegger.....	54
1.2. UN CONCEPTO SOBRE DERECHOS HUMANOS	61
2. ANTECEDENTES: FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	70
3. UNA DISTINCIÓN ENTRE DOS CATEGORÍAS: DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS VS. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ...	74
4. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC) .	76
4.1. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC) COMO DERECHOS SUBJETIVOS	76
4.1.1. LA CRÍTICA DE LA INDETERMINACIÓN DE LOS DESC.....	78
4.1.2. LA CRÍTICA DE SU CARÁCTER COSTOSO.....	87
4.1.3. LA CRÍTICA DE SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHOS SUBJETIVOS	96
4.2. OBLIGACIONES DEL ESTADO: UNA TRIPLE TIPOLOGÍA	122
4.3. CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.....	125

4.4. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES.....	139
4.4.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	141
4.4.2. OBLIGACIONES DEL ESTADO PERUANO POR LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	144
5. LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.....	145
5.1. NOCIONES PREVIAS Y DERECHO INTERNACIONAL	145
5.1.1. EL DERECHO AL RECURSO EFICAZ.....	146
5.1.2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL	168
5.2. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	175
5.2.1. OBLIGACIONES GENERALES UNIVERSALES	176
5.2.2. MEDIOS APROPIADOS PARA LOS DESC	179
5.2.3. EL “CONTENIDO BÁSICO” DE LOS DERECHOS HUMANOS ..	215
5.2.4. DISPOSICIÓN DEL MÁXIMO DE RECURSOS	222
5.2.5. OBLIGACIÓN DE PROGRESIVIDAD Y DE NO REGRESIVIDAD....	225
5.2.6. RECURSO JURÍDICO EFICAZ	233
5.3. OBJECIONES A LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	235
5.3.1. EL ARGUMENTO DE LA INDETERMINACIÓN.....	237
5.3.2. EL ARGUMENTO DE LA AUTODETERMINACIÓN DEMOCRÁTICA	240
5.3.3. EL ARGUMENTO DE COMPETENCIA	244

5.4. POSIBILIDAD DE TUTELA JURISDICCIONAL POSITIVA EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	251
5.4.1. JUSTICIABILIDAD POSITIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	251
5.4.1.1. SISTEMA GLOBAL:	251
5.4.1.2. SISTEMA REGIONAL EUROPEO:	256
5.4.1.3. SISTEMA REGIONAL AFRICANO:.....	263
5.4.1.4. SISTEMA REGIONAL AMERICANO:	268
5.4.1.5. SISTEMA DOMÉSTICO: TRIBUNALES EXTRANJEROS.....	287
5.4.2. JUSTICIABILIDAD POSITIVA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO.....	323
6. LÍMITES DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	350
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	361
I. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	362
1.1. GENERAL.....	362
1.2. ESPECÍFICAS.....	362
1.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1	362
1.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2	362
1.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3	362
II. VARIABLES DE ESTUDIO.....	363
2.1. HIPÓTESIS GENERAL	363
2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	363
2.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1	363
2.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2	363

2.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3	363
III. METODOLOGÍA.....	364
3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:.....	364
3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:	364
3.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	364
3.2. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA	365
3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO:	365
3.3.1. POBLACIÓN	365
3.3.2. MUESTRA.....	365
3.3.3. SELECCIÓN DE LA MUESTRA	366
3.3.4. CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA.....	366
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	367
3.4.1. TÉCNICAS	367
3.4.2. INSTRUMENTOS.....	367
3.4.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	367
CAPÍTULO IV: PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS	369
I. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.....	370
1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.....	370
1.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS.....	370
II. SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	371
2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	371

2.1.1.	HIPÓTESIS 01:	371
2.1.2.	HIPÓTESIS 02	373
2.1.3.	HIPÓTESIS 03	375
2.2.	HIPÓTESIS GENERAL	376
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES		378
BIBLIOGRAFÍA.....		380
I.	FUENTES DOCTRINALES	380
II.	DOCUMENTOS OFICIALES	398
III.	FUENTES JURISPRUDENCIALES Y CUASI-JURISPRUDENCIALES	401
ANEXOS		410

ANEXO N° 01: Guía de revisión documental

ANEXO N° 02: Resumen Oficial emitido por la Corte Internacional de Justicia de la Opinión Consultiva N° 136 “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”.

ANEXO N° 03: Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Sentencia del caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”.

ANEXO N° 04: Resumen no oficial de la Sentencia expedida por la Corte Constitucional de Sudáfrica sobre el caso “Grootboom vs. República de Sudáfrica”.

ANEXO N° 05: Texto íntegro de la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional del Perú sobre el Expediente N° 04104-2013-PC/TC del Proceso de Cumplimiento demandado por Diomedes Luis Nieto Tinoco contra el Gobierno Regional de Junín y otros.

INTRODUCCIÓN

No es necesario hacer un “gran análisis” para indicar que la educación, la salud, la alimentación o el mismo ambiente, son cuestiones de vital importancia, entonces, su relevancia no es discutida. Sin embargo sí lo fue en un momento dado, uno en el que se debatió acerca si los tales constituían o no derechos, en otras palabras, si eran tan importantes como para que el Estado los consagrara realmente como derechos.

Y el problema no residió en cuán importantes eran, sino en los efectos que, por medio de su declaración como “derechos”, podrían producir. Esto fomentó el debate internacional, desde aspectos filosóficos hasta cuestiones prácticas, desde quienes indicaban que no podrían ser derechos, puesto que no podrían ser exigibles, hasta quienes sustentaban que por su importancia, eran indesligables de la vida o la libertad.

Imagínense ahora, pensar en la vida sin la salud, o en la libertad sin educación, ¿Realmente podría lograrse el ideal de “dignidad”? ¿Realmente de esa manera podría lograrse siquiera la satisfacción de los derechos de la “vida” o la “libertad”? Fundados en la dignidad e indesligables de derechos tales como la “vida” o la “libertad” aparecieron entonces como derechos humanos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC).

El debate se trasladó entonces al “qué” y al “cómo”, si bien consagrados internacionalmente como derechos, lo que significaba obligaciones para el Estado, ninguno tenía pensado cómo cumplir esas obligaciones, entonces se planificaron investigaciones de “qué” constituiría o no una obligación (o hasta qué punto) y de “cómo” cumplir con tales obligaciones.

Ciertamente si pensamos en educación –*por ejemplo*- rápidamente podemos asociarlo a todo un proceso, y un proceso prácticamente “sin fin”, cuyos resultados no pueden visualizarse a primeras; así sucedía la problemática de implementación de los DESC.

Sin embargo, se logró una planificación del “qué” y del “cómo”, un antecedente necesario de citar es el logrado por el jurista Asbjørn Eide, quien planificó una triple tipología para la implementación de los DESC: obligaciones de respetar,

proteger y satisfacer, todas ellas sobre la base del principio de no-discriminación. Ello fue adoptado por las Naciones Unidas, lográndose una sistematización de las obligaciones de los DESC.

¿Y ahora qué sucede? Aunque las cuestiones sustantivas de los DESC siguen desarrollándose ampliamente, el debate se ha focalizado en una simple pregunta ¿Cómo podrían ser garantizados? Si alguien adquiere un bien se hace propietario, entonces nadie podría despojarlo de su propiedad, y el Estado protege ello y lo garantiza a través de recursos que el afectado puede hacer valer ante una eventual desposesión (afectación) de su propiedad; ¿Qué sucede entonces cuando se lesiona mi derecho a la salud o a la educación? ¿Quién es el “llamado” para “garantizar” mi derecho?

Todo derecho humano debe ser garantizado, incluimos entonces a los DESC, pero el debate sigue siendo ¿Cómo? Tal como hemos señalado, esta es una pregunta simple, pero su respuesta es compleja.

La presente investigación busca generar controversia y buscar, mediante una mirada a las exigencias sustantivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la Jurisprudencia de las diversas Altas Cortes y Entes internacionales sobre los DESC como experiencia, así como la posibilidad misma en nuestro Ordenamiento Jurídico, tener una perspectiva inicial acerca de la respuesta a tal pregunta.

Buscamos aportar a la respuesta al “cómo” entonces, inquiriendo determinar los límites y exigencias de la Tutela Jurisdiccional positiva de los DESC.

Nuestra investigación es entonces básica, ya que no daremos una “solución”, pero queremos mostrar de la mejor manera el panorama que sí podría conducir a una; con tal finalidad, nuestras fuentes se centran en la doctrina y Jurisprudencia como fuentes de conocimiento y práctica sistematizada contenida en medios documentales; en tal sentido, la presente se trata de una investigación dogmática.

Investigación que además es de un nivel descriptivo, puesto que se pretende evidenciar las características que configuran la estructura jurídica de la Justiciabilidad de los DESC, su posibilidad y modo.

Sobre tales fines y medios, nuestra investigación ha sido esbozada sobre una estructura en base a cinco capítulos: el planteamiento del problema, el marco teórico, el marco metodológico, el marco operativo y el marco conclusivo.

Así, en el **PRIMER CAPÍTULO** denominado "*El Problema*" se abordarán dos aspectos que nos pondrán a contexto: *el Planteamiento del Estudio*, en el cual plantaremos el problema, sustentaremos y expondremos la relevancia de la investigación, para establecer así la pregunta significativa, por la cual delimitaremos nuestra investigación, y los *Objetivos propuestos*, los cuales conducirán la presente investigación a fin de orientarla a la resolución de la pregunta significativa.

Luego, tenemos el siguiente y más amplio, **SEGUNDO CAPÍTULO** denominado "Marco Teórico", el cual lo hemos desarrollado sobre 6 sub-capítulos que abstraemos a continuación:

1. *Cuestiones Preliminares: Prolegómenos de los derechos humanos*, sub-capítulo en el cual nos expresaremos sobre lo "ante", el por qué o para qué de los derechos humanos, situándonos sobre la dignidad como fundamento de los mismos, y un concepto sobre derechos humanos, tomando de manera crítica las tesis de la dignidad como autonomía de la persona y de la dignidad como libertad ontológica y axiológica, partiendo de pensamientos de grandes filósofos como Kant, Häberle, Gluchman y Heidegger, para finalmente reescribirlos en letra propia.
2. *Antecedentes: Formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, sub-capítulo en el cual nos abocaremos a ampliar el panorama introductorio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
3. *Una Distinción Entre Dos Categorías: Derechos Civiles y Políticos vs. Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en este sub-capítulo expondremos el marco de análisis estructural de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la luz de los Derechos Civiles y Políticos.
4. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*, este es el sub-capítulo central de los aspectos sustantivos de los Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, en el cual veremos su posibilidad y caracterización como derechos subjetivos, a la luz de las críticas realizadas a tal caracterización y la superación de cada una de las mismas, así también vamos a describir la triple tipología esbozada por el ya citado Asbjørn Eide, para luego exponer un marco sobre el contenido esencial de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, culminando con la fundamentalización de estos derechos.

5. *La Tutela Jurisdiccional Efectiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, tal como lo fuera el sub-capítulo anterior sobre cuestiones sustantivas, en el presente analizaremos cuestiones instrumental-constitucionales, esto es, la Justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, presentando los argumentos que objetan el cumplimiento judicial de estos derechos así como la superación a estas críticas, su posibilidad práctica en el Derecho Internacional y su aplicabilidad en el Derecho Constitucional peruano.
6. *Límites de la Tutela Jurisdiccional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, habiéndonos situado primero en la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este sub-capítulo es el apartado central, filosófico, sustantivo e instrumental-constitucional: una aproximación a una posible delimitación de la Tutela Jurisdiccional, para ello contrastaremos la experiencia de las Altas Cortes analizada en el capítulo precedente a la luz de lo denominado como “Jurisprudencia” en el sentido estricto de la palabra, como institución más que como práctica, esta como una alternativa a la ponderación en el desarrollo especial de los límites de la Tutela Jurisdiccional en el caso de los derechos en los que nos centramos.

En el **TERCER CAPÍTULO**, denominado “*Marco Metodológico*”, se encuentra dividido en tres subcapítulos, el primero refiere la *Formulación de Hipótesis*, correspondientes a la pregunta significativa general y las específicas, planteadas en la exposición de “problema”, el segundo indica las *Variables de Estudio*, correspondientes a cada hipótesis formulada, para luego pasar a la *Metodología* adoptada en la investigación, exponiendo nuestro diseño de la investigación, la determinación metodológica, la población y muestra de estudio correspondiente

al tipo de investigación tratada, y por último nos referiremos a las técnicas e instrumentos de investigación seleccionados.

Seguidamente, en el **CUARTO CAPÍTULO**, denominado *“Presentación, Interpretación y Argumentación Jurídica de los Resultados”*, presentaremos los resultados arribados, resaltando que no “comenzaremos a interpretar”, sino que sintetizaremos lo ya interpretado y argumentado en nuestro marco teórico, contrastando lo analizado con nuestras hipótesis para comprobar la sostenibilidad jurídica de las mismas.

Por último tenemos el **QUINTO CAPÍTULO**, denominado *“Conclusiones”*, en el cual expondremos las “conclusiones” en sentido lato, o específicamente consideraciones finales a las cuales se arribó a través de la realización de la presente investigación, dejando siempre abierta discusión para próximos desarrollos sobre el tema en cuestión.

**CAPÍTULO I:
EL PROBLEMA**

I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO:

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:

La legislación es una de las fuentes de los derechos humanos, y conforme se desprenden de la misma, encontramos dos “pilares”, los que han sido denominados como “categorías” o “generaciones” de derechos, sin ingresar a un cuestionamiento conceptual, y bajo un espectro normativista, tenemos como primera categoría a los Derechos Humanos Civiles y Políticos impulsados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996) y por otro lado, a los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente impulsados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996).

Pasando por alto el histórico “debate” si ambos debieron ser instituidos bajo una misma “categoría”, tenemos en que tal “debate” imperó la idea de “distinción” –y *no de “división” o “separación”, debido a que una categoría de la otra son indisolubles para el cumplimiento de su finalidad-* buscando cumplir un propósito en común desde dos vías distintas: la dignidad de la persona humana.

En tal contexto, debe resaltarse que ninguna categoría es “superior” a la otra, sino que ambas tienen el mismo nivel de importancia y necesidad, lo que las convierte en interdependientes e indivisibles; la diferencia que podemos encontrar se sitúa en su modo de cumplimiento.

En el caso de los Derechos Civiles y Políticos, uno de los rasgos distintivos era la presencia de obligaciones principalmente negativas, es decir, obligaciones de los Estados a abstenerse de tomar medidas que pudieran infringir Derechos Civiles y Políticos, obligaciones que, tal como se ilustra en la obra del maestro De Schutter, “fueron lo suficientemente determinadas

y suficientemente económicas para justificar el monitoreo de expertos independientes, y la imposición como requerimiento de que cada Estado garantice el acceso a un recurso efectivo, preferentemente de naturaleza judicial, contra los casos de violación [a los derechos consagrados]”¹.

En el caso de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si bien también se encuentran presentes obligaciones negativas, en mayoría observamos obligaciones “positivas”, que implica entre otros “la adopción de medidas legales y compromisos presupuestarios, (...) tales derechos sólo pueden ser implementados progresivamente, dependiendo de los recursos disponibles de cada Estado, así como del nivel de apoyo internacional recibido”².

El resultado puede ser observado en los respectivos Pactos Internacionales, en el caso del referente a los Derechos Civiles y Políticos se incluyó el “derecho a comunicación” –a los recursos judiciales- autorizándose u otorgándose jurisdicción al Comité de Derechos Humanos; a diferencia del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el cual no se incluyó el derecho a comunicaciones, o algún mecanismo de control o monitoreo.

Ambos Pactos datan de 1966, ambas categorías tienen el mismo nivel de importancia, relevancia y valor jurídico, ambas indeliblemente persiguen como fin la dignidad de la persona, sin embargo, es recién en el año 2008, que se adopta el Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, proveyendo el derecho a las comunicaciones individuales, e instituyendo jurisdicción al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo que se está implementando poco a poco, y que diversos países aun no lo han suscritos, como por ejemplo el

¹ Como bien indica el maestro De Schutter, en la introducción a DE SCHUTTER Olivier (ed.), “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, Human Rights Law series, Edward Elgar Publ., London, 2013.

² Ídem

Perú. Sin embargo, no se requiere de un “Protocolo” para poder otorgar Tutela Jurisdiccional a nivel nacional.

Es innegable la doctrina es una fuente insoslayable, y tal como diría De Schutter³, algunas veces, conlleva una importancia que trasciende a la Ley, y ese es el caso de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, los que implicando una categoría especial, dado su carácter de progresividad, requirieron de la doctrina para vencer las barreras del escepticismo que los degradaba, las barreras de una interpretación cerrada, las barreras del constitucionalismo clásico.

Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales conforman –desde un aspecto histórico y positivista- una de las categorías especiales –dados sus matices- de los Derechos Humanos, los que consagran a modo de ejemplo, resaltando que implican un *numerus apertus*, el derecho a la atención médica, a la educación, derechos laborales, a la ayuda pública, a la seguridad social, a la buena alimentación, a la vivienda, a un ambiente saludable y equilibrado, e incluso el derecho al descanso y solaz.

Sin embargo, dada su naturaleza jurídica se presentan de manera más genérica y de aplicación progresiva y dependiente, a diferencia de los Derechos Civiles y Políticos. Es así que la legislación es insuficiente para entenderla, la que presenta cuestiones relativas a su aplicación, dado que estos Derechos guardan un fuerte aspecto político... ¿Son los Jueces los más calificados para aplicarlos? ¿De qué manera deben hacerlo? ¿Existe una superposición de poderes? La respuesta es simple, es una obligación realizarlos y no existe una superposición de

³ DE SCHUTTER Olivier, “The Typology of Human Rights Obligations”, [en línea], Transcript, Université catholique de Louvain, on International Human Rights, [citado 02/07/2015], Formato PDF, disponible en internet: <https://courses.edx.org/c4x/LouvainX/Louv2.01x/asset/_Transcript__Louv201x_-_Typology_of_Obligations.pdf>

poderes. La manifestación y aplicación de tales Derechos es un símbolo de modernidad jurídica.

Sin embargo, debe dejarse en claro que existen ligeras diferencias⁴ entre una Tutela Jurisdiccional Negativa y una Tutela Jurisdiccional Positiva, la primera implica la garantía de derechos fundamentales por medios negativos, como derribar una Ley o a través de la aplicación de derechos individuales, Tutela que es más vista y con más probabilidades de aplicación –*así como de encontrar jurisprudencia o decisiones al respecto*– empero, resultan desatinos, un ligero aumento de la burocracia⁵ y efectos distributivos ineficientes y gravosos

La controversia gira en torno a la Tutela positiva, la misma que implica un “cambio social”, beneficioso de manera general, colectiva, incluyendo así a quienes menos oportunidades de acceso pudieran tener.

Aun así, existen limitaciones que pueden argüirse para limitar el nivel de Tutela Jurisdiccional Positiva, recordando en primer lugar, que tal garantía es prestada por los Órganos de Administración de Justicia, los mismos que, a diferencia del Poder Legislativo, se sitúan en un contexto específico y delimitado, y que “no pueden medir el amplio espectro de necesidades sociales en conflicto y luego decidir cuánto asignar a cada uno, los jueces son institucionalmente obstruidos de la consideración de las graves consecuencias distributivas de sus decisiones”⁶.

Tal consideración, es contraria a lo propugnado por el (neo)constitucionalismo, en primer lugar, porque son los Órganos de Administración de Justicia quienes garantizarán de manera meritoria, protegiendo y ordenando la aplicación y/o

⁴ LANDAU David, “The Reality of Social Rights Enforcement”, Harvard Journal of International Law, Volume 53, Number 1, Winter 2012, Massachusetts – United States of America, pp. 190-246

⁵ Ver el caso de los innumerables procesos judiciales realizados por profesores del magisterio, que tienen un letargo, sin tener efectividad propiamente, que se han convertido en un tipo de “etapa previa” y “requisito” para el pago de conceptos adeudados (derechos suyos) a los mismos.

⁶ HOLMES Stephen, SUNSTEIN Cass Robert, “The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes”, WW Norton, New York and London, 1999, p. 95

ejercicio efectivo de un derecho fundamental, no pudiendo quedar desprotegido, ni permitir su desprotección a un nivel colectivo –es decir, garantizo el derecho de uno, sin preocuparme de los efectos o de que la necesidad de tutela de ese mismo derecho es contextual o global (derechos “individuales” de distintas personas, en igual condición, y circunstancia) y no únicamente de un derecho individual de una sola persona- recordando que, ni los vacíos o deficiencias de la legislación son justificación o causa para tal desprotección; y en segundo lugar, porque también, tales órganos, no pueden ser ajenos a lo denominado como “cuestiones políticas”⁷, y mirar de “lejos” situaciones deplorables o lesivas atentatorias contra derechos fundamentales, tan delicados y a veces dejados de lado como los Económicos y Sociales.

Tal situación implica una confrontación de posturas, por un lado se encuentran quienes indican que los Jueces no son competentes para otorgar Tutela Positiva, pues es labor de los otros Poderes (Legislativo y Ejecutivo), sin embargo, es innegable que los Derechos Económicos y Sociales deben ser Tutelados Jurisdiccionalmente, sin embargo es menester atender a los límites de tal Tutela, y que no sean reduccionistas de derechos fundamentales.

1.1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:

En un plano local, en Tacna, no existen antecedentes de investigación sobre la Tutela Jurisdiccional Positiva de los Derechos Económicos y Sociales.

En un plano nacional, tenemos las siguientes investigaciones:

- a) BREGAGLIO LAZARTE Renata Anahí, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados”,

⁷ Ver la síntesis realizada por César Landa Arroyo en el Estudio Preliminar de TUSHNET Mark, “Constitucionalismo y Judicial Review”, Palestra Extramuros, Palestra, Lima, 2013, pp. 35-56

Tesis Maestral, Escuela de Graduados, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 2010.

- b) CORTINA MENDOZA Roxana Marina, “Determinación de las funciones de la Jurisdicción Constitucional a partir del análisis de la Justiciabilidad de las Cuestiones Políticas y los Derechos Económicos y Sociales”, Tesis de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 2006.

En un plano internacional, podemos encontrar las siguientes tesis:

- a) GARCÍA DAZA Lina María, RESTREPO ORTIZ Natalia, “La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Tesis de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, 2010.
- b) GUIDOS ESPINOZA Hilda Marianella, VENTURA VELÁSQUEZ Juan Antonio, ZELAYA SAGASTIZADO Karen Mayeli, “El principio de logro progresivo: Hacia una Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Tesis de Derecho, Universidad de El Salvador, San Miguel – El Salvador, 2009.
- c) ZERBINI RIBEIRO LEAO Renato, “Los derechos económicos, sociales y culturales en Europa y América: un estudio a partir de la construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos”, Tesis Doctoral, Instituto Universitario Ortega y Gasset, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid – España, 2008.

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

Los países sudamericanos, como países subdesarrollados y en vías de desarrollo, presentan como un matiz propio la existencia

de problemáticas socioeconómicas y culturales, al punto que, valga la redundancia, se hacen o configuran como una “característica necesaria” (un mal presente, por la “falta de desarrollo”).

Es así que, basta señalar una cifra general para observar que el Perú es un país muy “comprometido”, como ser la existencia al mes de Junio de 2015 de 210 conflictos⁸ en el país: 149 conflictos activos y 61 conflictos latentes.

Conflictos que van desde la problemática socio-ambiental –*que además implica un 77.9% de los conflictos activos-* hasta conflictos de índole laboral y de la seguridad social, tanto de manera nacional –*como los referidos a los derechos laborales de profesores del magisterio, así como los denominados “fonavistas”.*

Asimismo, en cuanto a la solución de conflictos, hemos avanzamos un 12% en el presente año, sin embargo, en el mismo año, se ha registrado un aumento de 31% de “conflictos nuevos”, o simplemente “mantiene” a los ya existentes.

Observándose que, en cuestión de problemas ambientales, las soluciones no resultan efectivas, sino que las pocas dadas son sólo para “satisfacción momentánea”, lo que además, implica una suerte de burocratización, en cuanto a conflictos activos un 77.9% son socio-ambientales –*como ya hemos mencionado-* sin embargo, todo conflicto socio-ambiental, para darse solución, requiere el mismo proceso de “reclamo” o “protesta colectiva”, que no debería ser “necesaria”.

A esto, el Perú, Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito el 11 de agosto de 1977 y ratificado el 28 de abril de 1978, se sujeta al

⁸ Según Reporte Mensual de Conflictos Sociales N° 135 de la Defensoría del Pueblo.

cumplimiento del mismo, y siendo una norma de derechos humanos, garantizándole un carácter o rango Constitucional⁹.

Pacto que indica en el inciso 1 artículo 2 que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, (...), especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Lo que implica la participación integral del Estado, y que origina ciertos deberes básicos para llevar a cabo tal garantía, como ser la “adopción de medidas legislativas” y la “plena efectividad de los derechos”.

Sobre el último punto, rápidamente podemos pensar en el Poder Ejecutivo y en los Órganos de Administración de Justicia – *quiero englobar al Poder Judicial y Tribunal Constitucional*- teniendo cierta particularidad: El Poder Ejecutivo planifica y ejecuta –*valga la redundancia*-, sin embargo, la Administración de Justicia implica una situación ligeramente distinta, pues aparece mediante las falencias en la efectividad de los derechos que el Legislativo debió “adoptar” o el Ejecutivo “planificar y ejecutar”.

En tal punto, se sustenta la presente investigación, en que de otra manera, sin la participación de Órganos de Administración de Justicia, no podríamos hablar de “garantía”.

1.2.2. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

La importancia de la presente investigación se desprende de aquel mismo fundamento por el cual se limitó –y *delimitó*- el poder del Estado, tanto para con los gobernados, como con éste mismo: Organización y distribución del poder.

⁹ Conforme artículos 44, 55, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú vigente.

A recordarse, ningún poder del Estado se superpone o impone sobre otro, cada uno tiene funciones delimitadas, sin embargo todos son interdependientes para los objetivos y el fin mismo del Estado –*la persona humana y su dignidad*.

Es así que, el problema gira en torno no a si los Derechos Económicos, Sociales y Culturales deban ser tutelados, puesto que siendo Derechos Humanos y Fundamentales, la respuesta es sencilla: SI.

El problema gira en torno a los límites de la tutela jurisdiccional efectiva y positiva a otorgarse sobre tales derechos, y el desenvolvimiento e implementación de los mismos en armonía con la estructura jurídica del Estado y sus fines.

1.3. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA:

1.3.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los límites de la Tutela Jurisdiccional Positiva de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales?

1.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1.3.2.1. ¿Cuál es la exigencia que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto al cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

1.3.2.2. ¿Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales gozan de Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia internacional?

1.3.2.3. ¿El Ordenamiento Jurídico Peruano permite una Tutela Jurisdiccional positiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD:

La presente investigación se encuentra referida al área de Teoría General del Derecho, Derechos Humanos y Derecho Constitucional.

1.4.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación será realizada en el departamento, provincia y distrito de Tacna.

Asimismo, en términos jurídicos, la investigación se encuentra referida sobre la base de aquellos sistemas jurídicos establecidos en Estados autodenominados “Constitucionales”, con las características propias de tal modelo.

1.4.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo que se utilizará como parte de la investigación es abstracto, sin embargo, abarcará desde la entrada en vigor (1976) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hasta el desarrollo del mismo a la actualidad.

1.4.4. DELIMITACIÓN SOCIAL

Aun no tratándose de una investigación de índole socio-jurídico, el factor social a que se incide en el desarrollo de la investigación, es conformado por quienes sean “sujetos de derechos económicos, sociales y culturales”, por tanto, cada ser humano en forma individual y conjunta.

II. OBJETIVOS:

2.1. GENERAL:

Determinar los límites de la Tutela Jurisdiccional Positiva de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales.

2.2. ESPECÍFICOS:

2.2.1. Describir la exigencia que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto al cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2.2.2. Determinar la existencia de Tutela Jurisdiccional Efectiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Jurisprudencia internacional.

2.2.3. Analizar si el Ordenamiento Jurídico peruano permite una Tutela Jurisdiccional positiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**CAPÍTULO II:
MARCO TEÓRICO**

1. CUESTIONES PRELIMINARES: PROLEGÓMENOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Qué es el “ser humano”? Conforme al diccionario de la lengua española¹⁰, “ser”, como una segunda acepción, es una “esencia” de algo creado, dotado de vida, y cuanto a “humano” es, aquel que tiene naturaleza “animada racional”.

¿Y qué es la dignidad? Conforme al citado diccionario es una “cualidad de digno” que hace a uno “merecedor de algo”.

Hasta este punto, vamos a agradecer a la Real Academia Española por no mezclar ni fundir los conceptos de “ser”, “humano” y “dignidad”, como sí lo hemos hecho quienes alguna vez hemos osado hablar de la “dignidad”

Antes de presentar a la dignidad propiamente como fundamento de los Derechos Humanos, debe antes que nada, decirse por qué de la tradicional relación entre dignidad y humanidad, y el cómo se presenta la misma, lo que debe llevarnos en primer lugar, a reflexionar de manera somera en cada uno de los conceptos con los que hemos iniciado este punto.

¿Cuál es la “naturaleza” del ser humano? El diccionario nos indica que es la “naturaleza racional”, lo que sería un óptimo, y lo que llevaría a pensar que la dignidad es un valor “inviolable” y que, por racional el ser humano, ético, se sustentaría en valores, otorgándole el viejo carácter de sentimental a la dignidad, sin embargo, es la misma historia la que no demuestra que el concepto asociado por el diccionario es sólo un óptimo, a menos que se refiera a “racional” en un sentido lato, de simplemente “razonar”, lo que nos llevaría incluso hasta cierto punto a compararnos con algunos animales, de los que hoy en día se indica que tienen “cierto nivel de razonamiento”.

¹⁰ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, 23ª Edición, ASALE, 2014.

Así, un concepto interesante sobre la historia de la humanidad es aquel aportado por Thomas de Koninck¹¹, quien citado por Gregorio Peces-Barba, quien refiere que “la historia es, en gran parte, la lucha de la humanidad para la comprensión de sí misma”¹², así, debemos señalar que, una construcción teórica sobre la naturaleza humana tampoco bastaría, sino que es importante, y necesario para sustentar lo denominado como “dignidad”, una axiológica, valorativa y deontológica relación; ejemplo de esta necesidad es observado en la expresión del apóstol Pablo al decir “Porque lo que hago, no lo entiendo; pues no hago lo que quiero, sino lo que aborrezco, eso hago”¹³, y si le otorgamos una traducción más “fidedigna” diríamos “porque lo que hago, no lo percibo, no lo comprendo, (...)”¹⁴.

La expresión citada no refleja sino un desconcierto sobre la naturaleza humana, en tal sentido, la dignidad no se erige como un valor que es “producto” de la naturaleza humana, mas bien, sustentamos que si bien la dignidad implica una condición de “merecedor de algo” –y de algo “bueno”, ético- esa condición no se fundamenta en que “el ser humano, por el hecho de ser humano –y como tal, superior a toda especie- es digno”, en un sentido distinto, vamos a decir que “el ser humano, por el hecho de ser humano –y como tal, posiblemente lesivo a su propia naturaleza- es digno”.

Es entonces que la dignidad se presenta como un valor necesario, en ello reside la importancia de su protección, y en consecuencia, la dignidad se concibe como “inherente al ser humano”, no por “merecedor” de esa cualidad, sino porque la necesita, porque de otra manera el ser humano atenta contra el mismo ser humano.

La dignidad se describe como una cualidad “propia y única” del ser humano, e históricamente se logró un consenso mayoritario en decir que tal condición es propia del ser humano porque es “superior”, lo

¹¹ Vid. DE KONINCK, Thomas, De la dignidad humana, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2006.

¹² PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio, “Reflexiones sobre la Evolución Histórica y el Concepto de Dignidad Humana”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2005, p. 24.

¹³ Romanos 7:15, Biblia Reina-Valera de 1960.

¹⁴ El vocablo del versículo anterior citado “entiendo” proviene del griego “ginosko” que puede ser traducido como: “saber”, “llegar a saber”, “percibir”, “reconocer”.

irónico es que es el mismo ser humano quien se dice ser “superior”, en otras palabras, “el hombre es la medida del hombre, y quien lo mide es el mismo hombre”.

Sin embargo, recordando lo acotado sobre nuestra naturaleza, cabe traer nuevamente a colación la frase de Plauto en su obra *Asinaria*:

“Lobo es el hombre para el hombre, y no hombre, cuando desconoce quién es el otro”¹⁵

Y es que, el hombre, cuya naturaleza “racional” debería orientarlo a su “buen desarrollo”, pierde fácilmente su “racionalidad”, desconociendo a los de su propia especie.

Esa es la naturaleza del ser humano, y C. S. Lewis fue explícito en este contexto al decir que “la naturaleza humana será la última parte de la Naturaleza que se rinda al Hombre”¹⁶; existe una degradación “natural” del mismo hombre –*por eso no creemos en la “evolución”* que nos lleva a escapar de lo que “es” y buscar un “debe ser”, una tutela especial, el respeto del ser humano al ser humano, lo que en un término mayor resultaría la dignidad.

En todo, resulta curioso el concepto en la historia sobre la dignidad, Antonio Pelé¹⁷ divide el mismo en dos etapas: pre-moderna y moderna.

Siendo la primera caracterizada por la influencia del catolicismo, en la que la dignidad es parte del hombre por el mero hecho de que fue creado a imagen y semejanza que Dios, y por tanto, superior a los demás “animales”, a este punto vamos a realizar una crítica, ya que, si bien la Biblia indica que Dios creó al ser humano a su imagen y semejanza, también indica que el “pecado” corrompió esa naturaleza, por lo tanto, este concepto es insostenible e incongruente por su misma fuente. En cuanto a la segunda, se perdió progresivamente aquella “naturaleza” de “origen divino”, siendo protagonista “la razón”,

¹⁵ “Lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit.”

¹⁶ Citado por PELÉ Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Nº 1, Diciembre-Enero, 2004, Editorial de la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, ISSN 1698-7950, p. 9.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 9-12.

con un fuerte antropocentrismo, se incide en la singularidad humana, que por sus “capacidades” se deduce la dignidad del hombre.

Tanto la llamada época pre-moderna, como la moderna, sirven de impulso a la necesidad de expresión, concreción y sustento de los derechos humanos; en tal sentido, va a observarse –*nótese el sentido “presente” en la forma de expresión*- en la historia que las personas nacían con “dignidades distintas y desiguales”, tal es el impulso, aquel “vacío de la dignidad”.

Así, el referido “elemento adicional” implica que “el hombre es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no meramente como un medio”, una nueva formulación que limitó y alejó el sentido utilitarista sembrado en todo tiempo.

¿La dignidad no puede o no debe ser violada? La dignidad se refleja en el “ser”, como valor absoluto de cada individuo, pero también se refleja en el “debe ser”, siendo también parte de la naturaleza humana su condición: la vulnerabilidad del ser humano, por la naturaleza del mismo ser humano, o por la de otro ser humano, como acción u omisión, requiriendo de “protección”.

Esta vulnerabilidad puede significar “sufrimiento” en cuanto falta de tutela, y debe resaltarse que “sufrimiento” no sólo es físico, sino también psicológico. Antonio Pelé agrega que “el sufrimiento es una característica de la vulnerabilidad de los seres humanos pero está va más allá, en la medida que no implica necesariamente el dolor; hace más bien referencia a la precariedad y la debilidad de la condición humana”¹⁸.

En tal sentido, la libertad resulta en una necesidad, pero la “pertenencia” también se constituye como necesidad, poder sentir la “pertenencia” a la misma “especie”, tener las condiciones mínimas de vida, y en desarrollo progresivo, porque en libertad puede existir sufrimiento, pero en pertenencia el mismo se puede minimizar.

¹⁸ Ibídem, p. 13.

Así es como se presenta la “entrada” del Derecho, en la necesidad de un “debe ser” derivado del “ser”, en tal sentido Michel Villey, en su publicación titulada “La formatio de la pensée juridique moderne”, expresa que el derecho “no se refiere solamente a un individuo, más implica una relación entre individuos. Es el resultado de un reparto. Mi derecho, dice Aristóteles, es el bien de otro”¹⁹.

Esta dignidad, es la que sí apreciamos como una “dignidad absoluta”, ya que la misma no debe ser considerada como aquella individual al ser humano solamente, sino aquella colectiva, cualidad necesaria a los seres humanos, en todo, el sentido de pertenencia.

Sin embargo, no debe existir una mala interpretación en cuanto a lo dicho como “dignidad absoluta”, en el sentido de que no se plantea un “concepto absoluto” de dignidad, puesto que ni si quiera en la “gran tradición” del Tribunal Constitucional Federal Alemán, tal como nos ilustra Häberle, encontramos ello, “no se advierte ninguna fórmula que pueda considerarse suficiente, ‘manuable’, de lo que es dignidad humana”²⁰.

Empero, tal “dificultad” e imposibilidad de “fórmula”, no nos debe impedir en realizar una “búsqueda” a las aproximaciones de lo que llamamos “dignidad”.

Y vale citar nuevamente a Häberle, quien nos auxilia en aquel vacío de la pertenencia de la dignidad al ser humano, y es que, en un primer momento hemos indicado que esta pertenencia se da por una necesidad misma, creación del ser humano para el ser humano, teniendo como fin el ser humano en un sentido de protección e integración, situación esbozada con anterioridad, pero que en este momento, debe ser extendida, en el sentido del significado literal de la “dignidad” que hemos visto al inicio, y es que ello supone ser “merecedor de algo”, lo que no tiene un fundamento en sí mismo como hemos argumentado, pero que Häberle describe como un

¹⁹ Citado por RABBI-BALDI CABANILLAS Renato, “Reflexiones desde la idea de derecho natural en Michel Villey”, en “Las razones del derecho natural”, 2da. Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires - Argentina, ISBN 978-950-569-274-3, p. 283.

²⁰ HÄBERLE Peter, “El Estado Constitucional”, Trad. FIX-FIERRO, Serie Doctrina Jurídica N° 47, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, ISBN 968-36-9069-6, p. 169

valor: “el cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la ‘dignidad humana’”²¹

Ya lo habría dicho de manera más “directa” Josef M. Wintrich, segundo presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, al expresar que “le corresponde al ser humano su dignidad, porque ‘en esencia es’ persona”²².

Bajo tal perspectiva, el maestro Häberle se formula dos cuestiones: “cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto de identidad válido entre culturas (y por tanto, universal)”²³.

Así, Häberle²⁴ responde a estas interrogantes expresando, en caso de la primera, sobre la formación de la identidad humana en la sociedad, que tanto los conceptos psicológicos como sociales existe una similitud material, esto es, un factor objetivo que influye en forma directa en el individuo, en su libertad, en su desenvolvimiento y en su medio social: la concepción normativa de la persona, producto del convencional Sistema Jurídico, que, como “convencional”, marcado por la cultura en el que ha surgido. En el otro extremo, sobre un concepto de identidad válido entre culturas, si bien cada una direcciona su sistema jurídico y por ende “enmarca” la formación de la identidad humana, la dignidad no puede analizarse en un “términos culturalmente específicos”, ni mucho menos bajo una “cultura determinada”; ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana deben ser tomados en cuenta en todas las culturas –*entonces percibimos un elemento deontológico, como hemos esbozado al inicio*- extendiendo entonces, un “concepto de identidad válido entre culturas” que será traducido luego en el “reconocimiento de la igual dignidad humana del otro”, para lograr aquel fin ya citado, expresado por Aristóteles, de expresar que “mi derecho es el bien de otro”.

²¹ *Ibidem*, p. 170

²² Citado por HÄBERLE Peter, *Ob. Cit.*, nota al pie 301.

²³ *Ibidem*, p. 170

²⁴ *Ibidem*, pp. 169-172

En todo, vamos a partir de un enfoque en el que es necesario detenernos nuevamente en las preguntas de Häberle, quizá apartándonos ligeramente de lo expuesto por él mismo:

- 1) cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y
- 2) en qué medida puede partirse de un concepto de identidad válido entre culturas (y por tanto, universal)

Entre ambos se puede percibir una diferencia en el direccionamiento de la cuestión sobre la “identidad humana”, y es que, en el segundo cuestionamiento se hace una referencia especial a un concepto de identidad “válido”, mas en el primero se hace una referencia a un supuesto de hecho, lo que podríamos traducir en un cuestionamiento ontológico, en contraste con el segundo cuestionamiento, como uno deontológico.

En todo, la sociedad –*primer actor*- juega un papel importante, en cuanto fuente del Derecho que, es protegida de sus mismas amenazas, en pos de que el individuo –*segundo actor*- pueda gozar de autonomía, conforme su cultura y libre conciencia, y ser al mismo tiempo, protegido de la misma y orientado a un desarrollo del mismo, que significará en última expresión, un desarrollo social.

Ergo, esta “protección” se formulará como una cuestión “estática”, enmarcando el campo de autonomía como necesidad “dinámica”, y como tal, conducente de esa “cuestión estática”, traduciéndose en algo llamado “Derecho”, que se erige indesligablemente bajo una dimensión estática y una dinámica.

En tal sentido, todo este procedimiento, que no implica un *prius*, o un óptimo, ni un “perfecto” como fin, a pesar de la posibilidad de un sentido deontológico, hará ver entrelíneas –“*un concepto de identidad válido entre culturas*”- aquellas condiciones mínimas que formulan la cualidad de la dignidad: aquellas que tornan al ser humano en persona, en la cual –*como agrega Cesar Landa*- “se corporeizan los más altos valores espirituales y costumbres éticas,

individuales y comunitarias, constituyendo un principio y un límite de la actuación de todas las personas, la sociedad y del Estado”²⁵.

Así, es necesario expresarnos por lo que hemos referido como “condiciones mínimas”, debiendo para ese efecto, analizar dos posturas que se sustentan en referencia a la dignidad previamente a la crítica que realizaremos: la autonomía de la persona y la libertad axiológica ontológica.

1.1.1. TESIS DE LA DIGNIDAD COMO (EXPRESIÓN DE) AUTONOMÍA DE LA PERSONA

1.1.1.1. Kant como punto de partida

Esta postura –*que es un modo de ver a la dignidad*- tiene como base el pensamiento kantiano acerca de la dignidad.

Para Kant, es la libertad quien distingue²⁶ al ser humano de las otras especies, y que lo hace finalmente “dignatario”, ¿pero qué entiende Kant por libertad? Para Kant la libertad no podría ser “definida” o “sostenida” desde la razón teórica, sino desde una razón práctica, puesto que la libertad misma no puede “entenderse”, sino lo que se entiende es la representación²⁷ de esa “libertad”,

²⁵ LANDA ARROYO César, “Dignidad de la persona humana”, en Revista Ius Et Veritas, año X, N° 21, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, p. 14

²⁶ “Ahora bien, si la moral presupone necesariamente la libertad (en el más estricto sentido) como propiedad de nuestra voluntad, al aducir a priori principios prácticos originarios que residen en nuestra razón, como data de ella, [principios] que sin la presuposición de la libertad serían absolutamente imposibles; [y si] la razón especulativa hubiese probado, sin embargo, que ésta no se puede pensar de ninguna manera, entonces aquella presuposición, a saber, la moral, necesariamente debe ceder ante aquella otra cuyo contrario contiene una contradicción manifiesta, y en consecuencia, la libertad, y con ella la moralidad (pues lo contrario de ellas no contiene contradicción alguna, si no se ha presupuesto ya la libertad) deben dejar el lugar al mecanismo de la naturaleza” (KANT Immanuel, “Crítica de la Razón Pura”, Segunda Edición, 1787, Trad. CAIMI Mario, Editorial Cohnue, Buenos Aires – Argentina, 2007, ISBN 978-950-563-049-3, p. 30)

²⁷ Entonces Kant va a señalar que no puede “conocer” a la libertad, pero puede “pensarla”, en referencia a que, “la representación de ella [la libertad] no contiene, al menos, contradicción alguna en sí, si queda establecida nuestra distinción crítica de las dos maneras de representación (la sensible y la intelectual) y la limitación que de allí se sigue, de los conceptos puros del entendimiento, y por tanto, de los principios que de ellos dimanar” (Ídem)

haciendo su entrada la “autonomía”, la realización de la razón²⁸.

Así, producto de la “razón”, la autonomía de la voluntad del ser humano lo convertirá en “universalmente legislador, para juzgarse a sí mismo y a sus acciones desde ese punto de vista”²⁹, lo que supone además, el poder crear, regular, modificar o extinguir, lo denominado como “relaciones jurídicas”, observándose así, una autonomía *inter partes*, que si bien tiene su fuente en la individualidad de las personas, no se reduce a la misma, sino que dos “individualidades” pueden mezclarse en virtud de la misma autonomía.

Ergo, como parte de esta “autonomía” que buscará su orientación hacia la “felicidad” del ser humano, tenemos entonces la posibilidad de que sea un fin en sí mismo, que lleva a Kant a expresar que “[la] humanidad misma es una dignidad”³⁰, tomándose como “humanidad” la naturaleza del ser humano en el extremo de la razón para su comprensión, aunque Kant no niegue su moralidad ni su sensibilidad, que, aunque quisiéramos apartarlas, veremos en un punto más adelante la necesidad de las mismas para la comprensión del concepto de dignidad.

²⁸ “De aquí nace, pues, una dialéctica de la razón, porque, con respecto de la voluntad, la libertad que se le atribuye parece estar en contradicción con la necesidad natural; y en tal encrucijada, la razón, (...) desde el punto de vista práctico es el sendero de la libertad el único por el cual es posible hacer uso de la razón en nuestras acciones y omisiones; por lo cual ni la filosofía más sutil ni la razón común del hombre pueden nunca excluir la libertad. Hay, pues, que suponer que entre la libertad y necesidad natural de unas y las mismas acciones humanas no existe verdadera contradicción; porque no cabe suprimir ni el concepto de naturaleza ni el concepto de libertad” (KANT Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, 1785, Trad. GARCÍA MORENTE Manuel [Madrid, 1921], Ed. Pedro M. Rosario Barbosa, San Juan – Puerto Rico, 2007, p. 68 [AK IV:455, 456])

²⁹ *Ibidem*, p. 46, [AK IV:433]

³⁰ “La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas” (KANT Immanuel, “La metafísica de las costumbres”, Primera Edición, 1797, Trad. CORTINA ORTOS Adela y CONILL SANCHO Jesús, Editorial Tecnos, Madrid – España, 2008, ISBN 978-84-309-4342-5, p. 335 [AK VI:462])

Sin embargo, tal precepto, tan conocido y aceptado globalmente, que indica que el ser humano debe ser tratado siempre como un fin y nunca sólo³¹ como un medio, no resulta suficiente para determinar³² el contenido de la dignidad, el mismo que tiene que ser conocido mediante la razón. Para ello, hemos visto que Kant va a partir de la libertad como una razón práctica.

En síntesis, para Kant la dignidad es propia del ser humano porque es el único que puede “razonar”, en tal sentido su actuar no será conducido por la “naturaleza”, sino por su calidad de ser “autónomo” –*por ser capaz de “auto regularse” conforme a su propia “razón”*-, calidad que le permite orientarse a la felicidad, que le permite permanecer en “el reino de los fines”, y calidad que, fundada en la razón pura³³, es la misma que sirve de límites a esa cualidad de dignatario en su sentido formal.

1.1.1.2. La dignidad como autonomía y como límite de la autonomía

Hemos visto en el punto precedente que la “dignidad” supone de la autonomía de la voluntad humana para su realización, sustentándose necesariamente en la razón formal, ello nos hace abocar a dos aspectos que parecen contradecirse:

³¹ Algunas veces se malinterpreta el sentido de Kant, el mismo que debe rescatarse y observarse conforme algunas de las citas transcritas anteriormente en referencia al filósofo, que aducen que ciertamente el ser humano puede ser tratado como un fin, pero también que puede ser tratado como un medio, el deber se encuentra en que en todo momento debe ser tratado como un fin, es decir, podrá ser un tratado “puramente” como un fin, o como un “medio-fin” al mismo tiempo, sin que exista perjuicio en contra de su dignidad.

³² “(...) ningún principio puede ser tomado con seguridad en un respecto, sin que a la vez se lo haya investigado en su integral referencia a todo el uso puro de la razón” (KANT Immanuel, “Crítica de la Razón Pura”, Ob. Cit., p. 26)

³³ Este extremo se ve claramente perceptible en el pensamiento del filósofo de Königsberg, afianzando una “representación pura del deber” por el “solo camino de la razón”, exponiendo “[una] metafísica de las costumbres, totalmente aislada y sin mezcla alguna de antropología, ni de teología, ni de física o hiperfísica, ni menos aún de cualidades ocultas -que pudiéramos llamar hipofísica-, no es sólo un indispensable sustrato de todo conocimiento teórico y seguramente determinado de los deberes, sino al mismo tiempo un desideratum de la mayor importancia para la verdadera realización de sus preceptos” (KANT Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, Ob. Cit., p. 25 [AK IV:410])

la dignidad como autonomía y como límite de la autonomía.

Ello debe explicarse no como dos tipos de dignidad, sino como la misma dignidad presentada en dos planos, ello es, 1) partiendo de pensamiento kantiano, el ser humano es un fin en sí mismo, y su realización y desarrollo en el “reino de los fines” al que pertenece, responde a su autonomía, puesto que sin ella tendríamos solamente a un “ser humano de instintos” y por ende, no capaz de regularse a sí mismo, ni capaz *–por ende–* de establecer relaciones con otros seres humanos; y 2) todos los seres humanos, por racionales, tienen “dignidad”, resulta inherente a todos, los que, para desarrollarla no sólo se expresan a un término individual, sino a uno colectivo, de relaciones recíprocas y mutuas, capaces de regular tales relaciones en virtud de su “racionalidad”, teniendo como límite la dignidad misma de otro ser humano, esto es, que en sus relaciones, no exista un ser humano que sea concebido únicamente como “medio”.

Ambas situaciones propician problemas, y la crítica se encuentra en las mismas, la primera por una cuestión de sujeción, atribución, y la segunda en virtud de la primera, y en todo, en la determinación misma de lo que supone la “dignidad”.

Entonces, en primer lugar, tenemos que para Kant el fundamento de la dignidad resulta de la razón que hace ser autónomo al ser humano, y no guiado por el instinto “salvaje”, sin embargo, quizá trastocando el pensamiento kantiano, debemos referirnos a quienes no gozan de una igual “autonomía”, y formularnos las siguientes interrogantes: ¿Aquellos

que no tienen pleno razonamiento serán menos dignos? ¿Qué sucede con las personas en coma? ¿Ya no serán dignos? ¿Y aquellos que razonan, pero no tienen autonomía para actuar? ¿La dignidad es condicionada o momentánea?

Ciertamente, hemos señalado que es muy probable que estemos “trastocando” el pensamiento de Kant, expresándonos sobre una autonomía kantiana “reinterpretada y ciertamente desdibujada”³⁴, así, tal como sostiene Lourdes Gordillo, “la crisis moderna que implica el olvido de la naturaleza para fundamentar la moral y el intento de apoyarla en una autonomía de carácter puramente formal, sin fundamento natural”³⁵, ello producto de la influencia del positivismo y su afición por sostener la “necesaria”³⁶ separación de dos conceptos: derecho y moral.

En tal sentido, expresarnos sobre la dignidad como un elemento propio del ser humano por motivo de su autonomía producto de su razón, sería inadecuado tratar a la dignidad como “mera autonomía formal”³⁷, y quien sabe, la dignidad supone cosas quizá no comprendidas aun por la razón, ni vistas por la misma.

El segundo aspecto a expresarnos es sobre los límites de la autonomía cuyo sustento es asidero de la dignidad en el presente contexto, y el problema reside ahora en los siguientes cuestionamientos:

³⁴ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO José, “La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano”, Palestra Editores, Lima, 2012, ISBN 978-612-4047-76-3, p.95.

³⁵ GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS Lourdes, “¿La autonomía, fundamento de la dignidad humana?”, [en línea], en Cuadernos de Bioética, vol. XIX, núm. 2, mayo-agosto, 2008, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Murcia – España, ISSN 1132-1989, [citado 22/11/2015], Formato PDF, Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87506604>>, p. 239.

³⁶ HART H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en “Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis”, Trad. CARRIÓ Genaro R., Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1962, pp. 1-64.

³⁷ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO José, Ob. Cit., pp. 93-101.

¿Cómo entender el contenido de la dignidad? ¿Qué “produce” la misma? ¿En qué nivel?

José Chávez-Fernández se refiere a estos cuestionamientos al señalar lo siguiente:

“[La] mera autonomía, en tanto capacidad formal de autodeterminación moral, no responde meridianamente a la pregunta acerca de qué en concreto hay que respetar en el hombre como deuda de justicia cuando de vida, libertad, honor, intimidad, identidad o salud –por poner algunos ejemplos- se discute”³⁸.

Así, Chávez-Fernández va a exponer como ejemplo el siguiente caso:

“[Si] a un derecho humano se le pone como límite interpretativo, por un lado, la propia dignidad-autonomía del titular en la que se funda, y por otro, los derechos del otro titular interpretados desde su propia autonomía formal, (...) el criterio material de concreción tendrá que salir de algún otro lugar que no sean, ni los mismos derechos –que son entendidos a manera de principios que requieren determinación a partir de la dignidad-autonomía- ni de la dignidad humana –que en tanto autonomía sin contenido carece de criterios materiales de determinación.”³⁹

Esto indica y revela no otra cosa, sino la indeterminación de la dignidad si intentamos sustentarla desde la autonomía formal, propiciando

³⁸ *Ibidem*, p. 94.

³⁹ *Ídem*.

arbitrariedad y abuso del concepto de dignidad, entregándose a una subjetividad⁴⁰ no metódica ni conducente, que, junto con el primer problema esbozado, podrían sustentar “válidamente” afectación a distintos derechos fundamentales.

A esto, a modo de inducir a reflexión, tenemos que citar el tema del “lanzamiento de enanos”, esta “actividad” es considerada como un tipo de atracción e incluso como un “deporte” por algunos, supone básicamente “lanzar” a un enano –*quien tiene un traje de protección*- lo más lejos posible o a un blanco determinado, en todo, el enano decide ser lanzado, pudiendo ser entonces una especie de “arriendo de enanos para lanzamiento”.

Especial consideración recibe este caso, en el sentido de que existe un disenso en relación a determinar si se afecta o no el principio-derecho a la dignidad, en qué manera y cómo, acrecentándose la problemática en la observación de que los enanos que participan en esta “actividad” consienten en ello afirmando y reafirmando que no se menoscaba su dignidad, y que una práctica prohibitiva en contra de tal “actividad” sí constituye un atentado⁴¹ en contra de su dignidad.

El caso, fuera de que pueda plantearse una interesante discusión, tal como existe en la actualidad, representa la necesidad – *argumentándose la dignidad de quién o quienes se ve afectada y en qué manera*- de considerar una

⁴⁰ Y en este sentido, en términos “públicos” una entrega al Estado y/o a la sociedad a tomar o conducirse por sus “propias luces”, tal como “presentaba” Lord Devlin, ver DWORKIN Ronald, “Los derechos en serio”, Trad. GUASTAVINO Marta, 2ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona – España, 1989, ISBN 84-344-1508-9, pp. 349-371

⁴¹ El claro ejemplo lo podemos ver, entre otros, en la denuncia realizada por Manuel Wackenheim contra el Estado de Francia, quien afecto de enanismo promueve Tutela Jurisdiccional contra medidas prohibitivas en su localidad que restringían el “lanzamiento de enanos”, en tal sentido, podemos ver la Decisión contenida en el caso Wackenheim contra Francia, CCPR/C/75/D/854/1999, 26 de julio de 2002

dimensión colectiva o “pública”⁴² de la dignidad, y la carencia que supone la falta de consideración de tal dimensión si nos reducimos a la autonomía como fundamento principal de la dignidad.

Por otro lado, ¿Cómo limitar la autonomía con la dignidad si no tenemos un contenido determinado de la dignidad? ¿La misma autonomía –*fundada en la razón*- de la persona es suficiente para determinarla? ¿En base a quién –*o a la razón de quién?*

En tal sentido, vamos a concluir este punto, recordando que la naturaleza del ser humano importa una capacidad de razonamiento, lo que no necesariamente lo convierte en un ser que “plenamente razona”, ni “en todo tiempo”, y que esta capacidad no puede tomarse de manera aislada o individual para determinar el contenido de dignidad, en tal sentido, la autonomía de la persona es un elemento a tomar en cuenta, pero no puede ser erigida como fundamento único de la dignidad, ni el principal, aunque sí el que podría percibirse más concretamente empero en cada caso⁴³.

1.1.2. TESIS DE LA DIGNIDAD COMO LIBERTAD ONTOLÓGICA Y AXIOLÓGICA

Es necesaria la atención nuevamente a Kant, y a recordar ciertos aspectos no tocados que concomitan la

⁴² Entre otros, puede verse el trabajo realizado por Carlos Dorn sobre la dimensión “ético-pública” de la dignidad, DORN GARRIDO Carlos, “La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual”, [en línea], en Revista de Derecho, N° 26, 2011, pp. 71-108, [citado 22/11/2015], Formato PDF, disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/a2afd5f8-b399-4eeb-80da-eb299807758a/rev+26_7+la+dignidad+de+la+persona+limite+a+la+autonomia+individual.pdf?MOD=AJPERES>, pp. 78-92

⁴³ Una autonomía vista desde un punto amoral abre la puerta a la concepción de aspectos diversos, en tal sentido, al contrario de lo que supondría el platonismo socrático o el hegelianismo, lo considerado como “bueno” no es necesariamente racional, ni lo considerado “malo” no sea racional, en tal sentido, puede verse la siguiente investigación filosófica en GLUCHMAN Vasil, “Dignidad y sus consecuencias: Ensayos de una ética socio-consecuencialista”, Trad. MISSERI Lucas E., 1ª Edición, Mar de Plata, Buenos Aires – Argentina, Kazak Ediciones, 2014, ISBN 978-987-26573-2-1.

incomprendida –e *incomprensible en diversos aspectos-* naturaleza del ser humano.

Así, Lourdes Gordilo expone en un trabajo ya citado que: “La modernidad, a partir de Kant, ha disociado la naturaleza de la moral y ha intentado apoyar la autonomía en su aspecto puramente formal. El olvido de la naturaleza tiene consecuencias voluntaristas que inciden en el modo de entender la autonomía”⁴⁴.

Visión de la que partiremos, aunque no necesariamente del mismo modo que la autora antes citada, sino que, a partir del mismo Kant, vamos a “asociar” aquella naturaleza con la moral, observando la posibilidad de fundamentar el contenido de la dignidad, aunque ello también se “aparte” del pensamiento kantiano.

1.1.2.1. Kant, nuevamente punto de partida

Kant, en la fundamentación de su metafísica de las costumbres, va a concluir, respecto al interés en las ideas de la moralidad la necesidad de vincular la naturaleza de lo moral con la autonomía, así, expresa que:

*“Con la idea de la libertad hállase, empero, inseparablemente unido el concepto de autonomía, y con éste el principio universal de la moralidad, que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de seres racionales, del mismo modo que la ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos.”*⁴⁵

Y aunque señalando un apego entre ambos aspectos del ser humano, la vinculación entre tales

⁴⁴ Como “resumen” de la visión que abordará en su artículo, que resulta interesante y necesario tomar en consideración, GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS Lourdes, Ob. Cit., pp. 237-253.

⁴⁵ KANT Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, Ob. Cit., p. 65 [AK IV:452, 453]

principios será admitida, aunque no expuesta como una “proposición demostrable”⁴⁶.

Así, vamos a regresar a Kant para nuevamente “desdibujarlo”, observando y asociando su “doctrina de la virtud”⁴⁷ para tener un acercamiento a la determinación de la dignidad.

Es entonces, que Kant va a referirse a ciertos “deberes de virtud hacia los demás”, como leyes que deben regir las relaciones entre los seres humanos, presentando principalmente dos como “pilares”: el deber de amor⁴⁸ –o un deber de “estima”, como prefieren otros autores “modernos”- y el deber de respeto.

Deberes en los que vamos a encontrar expresión de la fórmula de la dignidad: el ser humano como fin y como medio y fin (deontológicamente indesligable).

Como es de inferirse, estos deberes son asignados a cada individuo frente a otros individuos o colectivos de los mismos, así, en primer lugar, veremos en Kant que el deber de amor reza en promover la felicidad de otros, lo que concordaría con la frase citada anteriormente de Aristóteles al proclamar: “Mi derecho (...) es el bien de otro”⁴⁹.

En tal sentido, vemos la concreción de sistemas e instituciones como el de la Seguridad Social, que supone ya no sólo una “remuneración o contraprestación formal”, sino también una “retribución moral”, tornándonos los aportantes en

⁴⁶ KANT Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, Ob. Cit., p. 65 [AK IV:453]

⁴⁷ KANT Immanuel, “Principios Metafísicos de la Doctrina de la Virtud”, en “La metafísica de las costumbres”, Ob. Cit., pp. 221-351 [AK VI:375-474]

⁴⁸ Considerado como Kant realmente como un deber, ello debido a su interpretación del precepto cristiano “ama a tu prójimo como a ti mismo” más que como un principio ético, como un deber moral.

⁴⁹ Citado por RABBI-BALDI CABANILLAS Renato, Ob. Cit., p. 283.

“medios” –y *ulteriores* “fines”- para felicidad y bienestar de otros –*que pueden ser o no aportantes*.

Así también, se observa que el deber de amor supone un deber de beneficencia y un deber de gratitud, lo que se vería traducido también en los aspectos del aspecto social del derecho civil, que buscará en cierto punto el goce de igualdad en los derechos y una felicidad “extendida” –*no en términos “individuales”*.

Sin embargo, este deber no se debe entender como uno cuyo cumplimiento es “colectivo” ni “pasivo”, sino de manera individual y activa (“mi deber es procurar la felicidad de otro”, así, no podría limitarse mi autonomía por “no amar” ni una obligación frente a otros a que yo fuese “amado”).

En segundo lugar, en cuanto al deber de respeto, es aquel que más ha sido compartido por diversos autores, al punto que incluso algunos equiparan tácitamente a la dignidad con el respeto, en todo, en este deber se percibe lo que a primera vista salta con la fórmula de Kant de “no tratar a otros sólo como medios”, limitando nuestra autonomía por la dignidad de otros, deber que Kant no reducirá únicamente como una obligación “frente a los demás”, sino también como una propia, esto es, con la persona misma⁵⁰.

Así, en referencia a este deber, Kant concluirá que frente al cuestionamiento de “qué conducta es menester observar con los hombres” no existe una

⁵⁰ “Pero el mismo [el ser humano], pensado desde la perspectiva de su personalidad. es decir, como un ser dotado de libertad interna (homo noumenon), se considera como un ser capaz de obligación y, particularmente, de obligación hacia sí mismo (la humanidad en su persona)” (KANT Immanuel, “La metafísica de las costumbres”, Ob. Cit., p. 276 [AK VI:418])

obligación ética propia y específicamente en todos los casos, sino modos de aplicación en cada caso, que podemos agregar, deben colegir en el bienestar de la persona –*refiriéndonos al bienestar de la misma persona como al bienestar de los demás.*

En conclusión a este punto, si bien Kant no va a asociar la moralidad del hombre con su naturaleza racional para sustentar su autonomía y dignidad, salvo como representaciones de sensibilidad, podemos “aprovechar” el conjunto de preceptos alegados por Kant y asociarlos –*aunque ello podría distanciarnos del mismo pensamiento kantiano-* para construir el aspecto axiológico central de la dignidad, aspecto al que concurrirán otros valores y del que se podrán derivar principios –*o la comprensión de los mismos.*

1.1.2.2. De Häberle a Gluchman

Si bien hemos partido intentando “determinar” el contenido de la dignidad, llegamos a un punto, tal como Kant, de no poder sostener un contenido “universal” de la ética que determine a la dignidad – *y entonces menos uno jurídico que satisfaga plenamente al concepto de dignidad-* lo que nos lleva a “aceptar”⁵¹ distintos contenidos de la dignidad, sin poder resolver la causa de tales contenidos.

Así Häberle, en lugar de hablar de “determinar” el contenido de la dignidad, se va a expresar sobre

⁵¹ Resulta curiosa en este extremo la situación que describe Jacques Maritain, citada por Manuel Atienza, anécdota con los miembros de una comisión de la UNESCO, “[quienes] explicaban el hecho de que, a pesar de sus diferencias ideológicas, se hubiesen puesto de acuerdo al establecer una lista de derechos: ‘estamos de acuerdo (...) pero con la condición de que no se nos pregunte el por qué’”, citado en ATIENZA Manuel, “Sobre el Concepto de Dignidad Humana”, en “Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”, Coord. CASADO María, Editorial Civitas, 2009, ISBN 978-84-4703-261-7, pp. 73, 74.

“comprender” tal contenido, en ese sentido vamos a regresar a “jugar” con el concepto de “libertad”, entonces en un contexto de la libertad como expresión o ejercicio, Häberle trata de mostrarnos un panorama particular:

“Tan arbitrario como puede ser y debe ser lo que el individuo hace (o no) con o de su libertad, así estará orientada al resultado, vista en conjunto, la garantía de la libertad de todos y como tal”⁵².

Tal como a Kant, para Häberle la autonomía es fundamental en el individuo, así como en las relaciones del mismo –y por ello introduce el elemento de la democracia y la cultura-, sin embargo, a diferencia de Kant, Häberle se enfocará en sus resultados.

Es decir, a través de tales resultados, como expresión artística cultural, podrá ser “contemplada” la libertad, lo que nos servirá para “comprender” a la dignidad en el mundo de Häberle.

Así, para Häberle, la cultura –como una expresión “compleja” de la autonomía, ya no centrándonos en un interior individual- y la libertad no pueden dissociarse, es posible comprender ello en su “Teoría de la Constitución como la ciencia de la cultura”, en la que expresa de manera explícita su pensamiento y vinculación de los aspectos ya señalados:

“La ‘libertad procedente de la cultura’ es una manifestación de la dignidad humana. No hay ninguna ‘libertad natural’ previa a la cultura.

⁵² HÄBERLE Peter, “El Estado Constitucional”, Ob. Cit., p. 180, 181.

Así permanece, en la explicación de los derechos humanos, la ficción del inicio de la libertad con el nacimiento. Pero la libertad 'llega a ser' (más allá del clásico 'estado de naturaleza') mediante los procesos complejos de socialización cultural'⁵³.

Agrega en el "Estado Constitucional" además, lo siguiente:

"La libertad cultural es, considerada en el eje del tiempo, una conquista de muchas generaciones; vista en un 'corte transversal', es el producto de diversos círculos y grupos de un pueblo o de los intérpretes constitucionales'⁵⁴.

Este es el sentido que Häberle va a ir replicando luego, y es que producto de tal "libertad cultural" es que tenemos tales o cuales características en determinada sociedad, a las que debería obedecer el Derecho, dicho de otro modo, un sistema jurídico debe tener una vinculación cercana con la autonomía cultural de su sociedad.

En esta línea vamos a observar que la "dignidad" no es un elemento que solamente es "algo" por lo cual preocuparse en un sistema jurídico, sino que es un elemento que es fundante del mismo sistema jurídico, por lo menos ello debe percibirse en la democracia.

⁵³ Traducción del catalán: "La 'llibertat procedent de la cultura' és una manifestació de la dignitat humana. No hi ha cap 'llibertat natural' prèvia a la cultura. Així roman, en l'explicació dels drets humans, la ficció de l'inici de la llibertat amb el naixement. Però la llibertat arriba a ser (més enllà del clàssic 'estat de naturalesa') mitjançant els processos complexos de socialització cultural". HÄBERLE Peter, "Teoría de la Constitución com a ciència de la cultura de la cultura en l'exemple dels 50 anys de la llei fonamental", cuyo título original se encuentra en la siguiente fuente: "HÄBERLE P., 'Verfassungslehre als Kulturwissenschaft am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz', a *Aus Politik und Zeitgeschichte*, núm. 16, 1999", traducido al catalán por el profesor d'Hèctor López Bofill para la "Revista de Llengua i Dret, Núm. 32, Desembre de 1999, Barcelona, p. 45.

⁵⁴ HÄBERLE Peter, "El Estado Constitucional", Ob. Cit., p. 181.

Así, el Estado, como producto de la “soberanía del pueblo” no es sino una expresión del mismo, y una expresión cultural, formalizada, pero cultural, es por la dignidad de quienes conforman la sociedad que nace el Estado, que va a obedecer deontológicamente a la misma dignidad.

Esta será una visión organizativa, institucional, política o como quiera llamársele que en un nivel menor será la llamada dignidad con el “tú”⁵⁵, esto es, el reconocimiento de la dignidad del otro, o lo que Kant iba a encuadrar –*ya citado anteriormente*- como parte del deber del “amor”.

A esto llama la atención una interrogante: ¿el concepto de “dignidad” obedece a las mayorías? Ciertamente estamos hablando de “cultura”, de “sociedad”, incluso de “democracia”, lo que sustenta merecer opinar sobre la cuestión ya referida.

Y es que el concepto de “dignidad” no es un concepto meramente “formal” ni “individual” como hemos visto al superar –*por lo menos cronológicamente*- el pensamiento –*que algunos diremos “adulterado”*- de Kant, sino que, la “democracia” –*vista del mismo modo que de Häberle*- no supone una cuestión de “mayorías”, el secreto está en el deber del “amor” –*conforme Kant*- o en la dignidad del “tú” –*conforme Häberle*.

En Häberle diremos que esta “dignidad” –*tal como la presenta, producto cultural*- no es “absoluta” en el enunciado constitucional, sino que tal enunciado

⁵⁵ *Ibíd*em, p. 171.

constitucional implica además desarrollo y transformación, en ese sentido, dirá que:

“(...) las cláusulas sobre la dignidad humana se encuentran en el contexto de la cultura constitucional, la cual apunta más allá de lo jurídico en la Constitución, hacia lo cultural, es decir, hacia los textos clásicos lo mismo que hacia utopías concretas (por ejemplo, la de los ecologistas), hacia las experiencias de un pueblo (por ejemplo, con las tiranías), así como hacia las esperanzas (hasta 1990, unidad de Alemania, hoy, la de Europa).”⁵⁶

Así, existirá siempre una preocupación, aunque no “explícita” en una primera vista, una percepción distinta, un “tú”, al que la dignidad también obedece, lo que hace que la “democracia” no sea cuestión de “mayorías” sino algo “global”, en “conjunto”, sin desmerecer a tal o cual.

Esta “preocupación” es la que nos conduce a la necesidad de hablar sobre una teoría “socio-consecuencialista” por la que se pronuncia Vasil Gluchman, para quien la dignidad es atribuible al ser humano no por su capacidad de “razón” o “autonomía”, sino por la posibilidad de ser un “agente moral”.

Y es que, si bien Gluchman va a expresarse sobre “grados de dignidad”, también se va a referir a los mismos como “etapas”, así, aunque no concordando con Gluchman en cuanto a la denominación o “existencia” de “grados” –y por tanto no nos pronunciamos en ese extremo– preferimos cuestionar o discutir acerca de “etapas”

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 172

en la dignidad –“aprovechándonos” y “reeditando” el pensamiento de Gluchman, vamos a encontrar que ello resulta coherente, en tanto diferencia a la dignidad con el respeto a esta cualidad, respeto que no tiene [ni debe tener] grados ni etapas.

Y es que, ello, no como una cuestión “absoluta” o “fundamental”, es precisa en cuanto a instrumento metodológico quizá ponderativo.

Así, Gluchman⁵⁷ va a referirse sobre tres etapas de la dignidad, la primera va a importar aquella etapa en la vida del ser humano que es tal –o diremos, *potencialmente tal*-, un nivel “biológico” u “ontológico” en el que se suscita la dignidad, aquel en el que el ser humano está por “nacer” o bien ya “nació”, pero que se caracteriza por no tener un desarrollo de conciencia, racionalidad o autonomía.

Aquí reside la importancia de mencionar a Gluchman, debiendo recordarse la crítica realizada en Kant, ya que la autonomía no podría condicionar a la dignidad, sin embargo, la no-autonomía no es algo que bien defina el inicio de la dignidad, puesto que muchos mamíferos con iguales características pueden llegar a estar al mismo nivel, lo que no torna en “iguales” a ambas especies, lo que resulta fundamental es la potencialidad en el desarrollo de la persona –o *futura persona*- que hace o torna merecedor de respeto al ser en esta etapa –*así también de “amor” en palabras de Kant, y lógicamente, de no “responsabilidad” en sus actos.*

En la segunda etapa estarán quienes tengan un mayor desarrollo biológico, pero –según Gluchman- no un desarrollo “moral”, sino una potencialidad

⁵⁷ GLUCHMAN Vasil, Ob. Cit., pp. 32-75.

“moral”, así, por ejemplo, tendremos a los infantes o personas con capacidad mental disminuida, incluiremos en esta etapa a aquellos quienes teniendo capacidad “moral” no la “ejercen” de manera positiva.

Para la tercera etapa, el individuo debe tener un desarrollo en todos sus atributos que lo tornen en completamente responsable por sus actos, así, será posible de ser un “agente moral”, ergo, conforme Gluchman “las consecuencias sociales positivas de la conducta de los agentes morales deviene el criterio sobre el que añadimos otro valor al valor inicial de la dignidad de los seres humanos y al más alto valor de la dignidad de los agentes morales”.

En nuestras palabras, la tercera fase de la dignidad en el ser humano es cuando este “dignifica”, un desarrollo ya no ontológico de la persona, sino axiológico, valorativo y “deontológico”, los actos del agente no serán simple autonomía formal, sino que por medio de tal “autonomía” se propiciará añadir valor a la dignidad de la persona en todas las etapas, al decir en Kant, será posible cumplir plenamente con el deber del “amor”.

En síntesis, todo ser humano, aun en desarrollo, es merecedor de dignidad, por su potencialidad de dignificador, todo ser humano, en todas sus etapas, no deja de serlo, y por ende, merece el mismo nivel de respeto, y todo ser humano como agente moral, tendrá responsabilidad por sus actos –*cuyas consecuencias serán positivas o negativas sobre la dignidad*- aunque la explicación y la posibilidad de agregar “valor” a la dignidad en sus dos etapas anteriores –*sobre todo en la primera*- dependen del

mismo “agente moral”, quien no perfecto, pero capaz, requiere de tal ejercicio crítico y valorativo sobre sus actos.

Esta ética-consecuencialista es la que debe propiciar el Estado como tal, así, siendo su fin supremo “el respeto de la dignidad”, no significa una autonomía o una preponderancia de las mayorías, sino una cultural y multicultural, cuyos actos y concepción de dignidad no sea sesgada, sino persiga una ética-consecuencialista.

1.1.2.3. Aspectos críticos y el paso de Heidegger

A lo expresado anteriormente le sigue la necesidad de explorar y valorar el “ser” mismo, una percepción de la que Heidegger se expresa con interés –y *de manera interesante*.

A lo largo de la obra de Heidegger⁵⁸, podemos ver una búsqueda por superar al pensamiento metafísico existente, ahí reside la importancia de tener a Heidegger para la comprensión de la “naturaleza humana” y la “dignidad”.

En un intento por superar la metafísica con la que comenzamos desde Kant, tenemos que comprender a Heidegger –*aunque en algunos puntos vayamos a “reescribirlo” inconscientemente*– y su preocupación al ver que la metafísica desarrollada se pronuncia incesantemente por el ser, pero por medio del ente, lo que lleva a direccionarnos a cuestiones ontológicas⁵⁹, y no propiamente al ser.

⁵⁸ Y nos referimos esencialmente a su obra capital: HEIDEGGER Martin, “Ser y Tiempo”, Trad. RIVERA Jorge E., Editorial Trotta, Madrid – España, 2009, ISBN 9788498790474.

⁵⁹ Así también, en la metafísica de ese tiempo había pronunciamiento en relación al Ser, pero al Ser Supremo, entonces ello sería Teología y tampoco una discusión específica sobre el Ser, aunque la teología y la ontología fundamenten “algo” en relación al Ser. Así, Heidegger dirá en un primer momento algo que no debemos

Si bien hemos sumillado el subtítulo de esta tesis en parte como “la dignidad como libertad ‘ontológica’”, a este punto tenemos que remitirnos ya no necesariamente al *onto* como cuestión general, sino al *ser* como aspecto específico y esencial, en otras palabras, vamos a examinar ya no desde una perspectiva de una ontología “tradicional”, sino de una ontología “fundamental” – *que sí nos hable [o intente hacerlo] del Ser.*

Así, aquello que es parte del ser humano, parte del *Dasein*, supondrá algo sublime, algo propio –*en términos de propiedad y no de potencialidad o posibilidad-* que será denominado por Heidegger como la *ex-sistencia*, de la cual dirá que “es algo que sólo se puede decir de la esencia del hombre, esto es, sólo del modo humano de ‘ser’”⁶⁰, que lo hace estar “aquí”, que lo hace “salir” –*ex-* a la verdad del Ser.

Tal como se dijo anteriormente, “adulterando” el mensaje de Heidegger vamos a buscar una analítica analógica que dirija al *Dasein* al *Sein* en relación a los principios, en otras palabras, buscar una analítica de la ética en la *ex-sistencia*, la encarnación de principios y valores en el *Dasein* del *Sein*.

Hemos observado anteriormente aquellas afirmaciones que vinculan a la dignidad con el ser

desestimar ni olvidar, porque tomaremos esta actuación en forma de ética para el tratamiento del mismo Ser: “Pero la ontología y la teología sólo son <<logías>> en la medida en que profundizan en lo ente como tal y lo fundamentan en el todo. Dan cuenta del ser en cuanto fundamento de lo ente, le dan razones al logos. En consecuencia habrá que llamarlas, onto-lógica y teo-lógica. Pensada de modo más conforme a su asunto y más clara, la metafísica es onto-teo-lógica” (HEIDEGGER, Martin. *Identidad y diferencia – Identität und different*. 2ª Edición, edición bilingüe, Editorial Anthropos, 2008, Barcelona, p. 129) para hacer posteriormente una diferenciación en relación al cuestionamiento específico del Ser, como cuando habla de humanismo, expresándose por ejemplo que “(...) todo humanismo se basa en un metafísica, excepto cuando se convierte él mismo en el fundamento de tal metafísica” (HEIDEGGER Martín, “Carta sobre el humanismo”, Trad. CORTÉS Helena y LEYTE Arturo, Editorial Alianza, 2001, Madrid – España, p. 23)

⁶⁰ HEIDEGGER Martín, “Carta sobre el humanismo”, Ob. Cit., p. 28.

humano por su “naturaleza”, sin embargo en Heidegger podemos ver que ello es insuficiente, no basta con existir, Heidegger dirá entonces que “las supremas determinaciones humanistas de la esencia del hombre todavía no llegan a experimentar la auténtica dignidad del hombre”⁶¹. El ser humano debe *ex-sistir*, y la *ex-sistencia* implica estar dentro de la verdad del Ser, un acercamiento al mismo: “el hombre es ese ente cuyo ser, en cuanto *ex-sistencia*, consiste en que mora en la proximidad al ser. El hombre es el vecino del ser”.

¿Y qué relevancia tiene esa “verdad” en Heidegger? Su importancia va a girar en torno a los valores y posteriormente –*en la versión “reescrita” que haremos*- principios, y en como poder “conocer” o –*siguiendo la distinción de Häberle*- “comprender” los principios, como aquel –*fundamental y fundante [como hemos visto]*- que comentamos bajo el nombre de “dignidad”.

¿Y qué relación tiene el valor –*valorización*- con la dignidad –*y los principios que ilustran el Derecho en general*? En palabras de Heidegger:

“[U]na vez que al designar a algo como «valor» se está privando precisamente a lo así valorado de su importancia. (...) mediante la estimación de algo como valor, lo valorado sólo es admitido como mero objeto de la estima del hombre”⁶².

Esto implica que la dignidad es “invalorable”, pero no que no pueda estimarse –*es decir, no significa que sea carente de valor*- entonces –*en este punto*

⁶¹ *Ibidem*, p. 37.

⁶² *Ibidem*, p. 40.

reescribiendo a Heidegger-, una aproximación tanto del ser humano hacia la “dignidad” –*en forma de principios-*, como de la “dignidad” hacia el ser humano –*en forma de reglas-* no se dará en forma de “valorización”, sino de comprensión.

Así, el problema no reside en el “valor” de los “valores” –*como la dignidad-*, sino en el “valorar” como ejercicio subjetivo, aquí entra la necesidad de observar el arte.

Desde esta perspectiva, para comprender a la “dignidad” tenemos que encontrar “el origen” –*así también, ello nos servirá para la comprensión de los principios que giran en torno a la dignidad, así como a los derechos que se derivan o que encuentran su fundamento en la misma-* elemento que para Heidegger en el Arte es:

*“aquello de donde una cosa procede y por cuyo medio es lo que es y como es. Lo que es algo, cómo es, lo llamamos su esencia. El origen es la fuente de su esencia”*⁶³.

Todo ello como un cuestionamiento hacia el “Arte”, pero el “Arte” no será un “resultado” ni un “origen”, puesto que en el “Arte” existe lo que es “obra de arte” como resultado del trabajo del “artista”, o en un sentido contrario, el origen de la “obra” es el “artista”, una relación indesligable.

El “Arte” será entonces, algo indefinible, que podría significar “nada real” o un “todo abstracto”, lo cierto es que “sólo podría fundarse sobre la realidad de obras y artistas”⁶⁴.

⁶³ HEIDEGGER Martín, “Arte y Poesía”, Trad. RAMOS Samuel, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., Buenos Aires – Argentina, 1992, ISBN 950-557-124-0, p. 37.

⁶⁴ *Ibíd*em, p. 38.

Así, vincularemos lo atendido en los puntos anteriores, utilizando arbitrariamente el pensamiento de Heidegger para nuestros asuntos investigativos, tal como lo hubiera querido Heidegger.

Entonces, vamos a decir que la “Dignidad” es el arte, y que el ser humano –o “*ser-en-este-mundo*”- es el “artista”, cuya obra es por su “autonomía”, en términos propios, individuales, o lo que represente de su misma naturaleza “aquí”, sea cultural, y en todo sentido, consecuencialista, para que alcance aquella estima de “obra de arte”.

Buscamos entonces el “origen de la obra de arte”, y en ello la “fuente de su esencia”, buscamos en el origen del “artista” también, lo que es la dignidad, cómo es, pues la dignidad es parte del ser-aquí.

Pero antes de ello debemos diferenciar la “cosa” de la “obra” misma, la obra es símbolo, es más que una “cosa confeccionada”, más que un “derecho instituido o reglamentado”.

El derecho va a provenir entonces de una percepción integral de la “cosa” –o cosas- al punto de llegar a una conclusión en la obra de arte, como la que Stéphane Bauzon nos cuenta, al decir que “hablar de ‘la belleza de la rosa florecida’ es una observación descriptiva y prescriptiva de su naturaleza”⁶⁵ agregando luego que “la razón (logos) de su naturaleza (la belleza de la rosa) está establecida por la deliberación (bouletikon) de los hombres”⁶⁶.

⁶⁵ BAUZON Stéphane, “El Derecho Natural según Michel Villey”, Trad. MELO Verónica, en “Las razones del derecho natural”, 2da. Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires - Argentina, ISBN 978-950-569-274-3, p. 243.

⁶⁶ Ídem

Jugando con ambas perspectivas, agregaremos otro dicho de Heidegger: la obra es símbolo, lo que en el ejemplo de Bauzón “la belleza de la rosa”, parte de la “cosa” que es “la roza”. Y haciéndonos la misma interrogante de Heidegger, ¿Qué es entonces, en verdad, la cosa, en tanto que es una cosa? La palabra cosa, para Heidegger, “ nombra aquí⁶⁷ todo lo que simplemente no es nada”⁶⁸.

Lo que es “cosa” entonces podrá ser “todo”, siguiendo el ejemplo de Bauzón, la cosa será “la rosa”, pero la belleza será aquella “interpretación” de la rosa, una conducción por medio del artista conforme a la moldee o presente por medio de su confección, así, el Derecho partirá del “todo” y entonces será necesaria una comprensión integral⁶⁹.

La obra entonces, no se trata de una representación “individual” de lo “cosico” –*ser en la cosa*-, sino de “la reproducción de la esencia general de las cosas”⁷⁰, entonces nos dirigiremos a una “verdad”⁷¹, y es que para Heidegger, la esencia del “Arte” es “el ponerse en operación la verdad del ente”⁷² –*no del Ser*- en tal sentido, no debemos confundir o equiparar de ninguna manera al “Arte” con la “belleza” o lo “bello”, ya que el Arte de por sí no es “bello”, sino que crea lo “bello”.

A través lo existente encontramos la esencia de lo digno, la dignidad, así, para su comprensión es necesario entender lo ontológico, y en específico al

⁶⁷ “Habrà que experimentar lo cósico de la cosa. Para ello debemos conocer el ámbito a que pertenece todo ente al que ponemos el nombre de cosa.” (HEIDEGGER Martín, “Arte y Poesía”, Ob. Cit., p. 42.)

⁶⁸ *Ibidem*, p. 42. Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS (Coord.), “Las razones del derecho natural”, 2da. Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires – Argentina, ISBN 978-950-569-274-3.

⁶⁹ Tal como en Dworkin la propuesta hermenéutica del Derecho como integridad.

⁷⁰ HEIDEGGER Martín, “Arte y Poesía”, Ob. Cit., p. 64.

⁷¹ No entendida como el resultado de una “ciencia”, sino como un “valor” mismo.

⁷² HEIDEGGER Martín, “Arte y Poesía”, Ob. Cit., p. 63.

“ser-aquí”, pero no de manera aislada, como pretenden ciertos autores, sino que también en su actuar, y no un simple actuar, sino uno que haga de la “cosa” una “obra de arte”, en otras palabras, la comprensión de lo digno, de lo valorable, pero invaluable, no obedece a una percepción de la “obra realizada”, sino de la “realización⁷³ de la obra”, no son las “libertades del hombre”, sino el ejercicio de la “libertad” del ser, y no un simple ejercicio, sino uno que va en cercanía con la “verdad”⁷⁴, un ejercicio al que llamaremos como “jurisprudencia”, y que analizaremos casi al término de la presente investigación.

La dignidad es entonces todo un arte, indeterminable, pero comprensible, que reflejará además principios, y luego derechos, como “obras (jurídicas) realizadas”, que obedecen –*tal como se ha dicho*- a la “realización”, y esto es, al autor, al artesano, a su esencia, y correspondientemente a su mismo desarrollo.

Esta es parte fundamental de la esencia de la dignidad, no sólo la autonomía del ser humano, sino el desarrollo del mismo, lo que supone una amplitud que no es simplemente formal, sino también ética y consecuencialista, pues busca esa cercanía con “la verdad”, el ordenamiento jurídico será propicio para desarrollar y conducir tal consecuencialismo, no es sino éste quien puede limitar al ser humano, puesto

⁷³ “El derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. (...) Es la actitud lo que define el imperio de la justicia (el derecho) y no el territorio, el poder o el proceso. (...) Es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio, (...) una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones (...)” (DWORKIN Ronald, “El imperio de la justicia”, Trad. FERRARI Claudia, 2ª Edición, Gedisa, Barcelona – España, 2012, ISBN 978-84-7432-323-8, p. 289, 290)

⁷⁴ Cfr. SAMPAIO DA SILVA Thais, “Heidegger e Dworkin – Dialogo para a fundamentação ontológica da teoria da resposta correta”, [en línea], en “Filosofia do direito”, Coord. POZZOLI Lafayette e SOBREIRA FILHO Enoque F., Organização CONPEDI/UNICURITIBA, ISBN 978-85-7840-159-7, pp. 252-278, [citado 01/12/2015], Formato PDF, disponible en: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ec2442aa04c1575>>

que por autonomía el hombre no puede cambiar su propia naturaleza, por lo que requiere restringir esta en virtud de la protección de sí.

Este será entonces nuestro fundamento, para la construcción de los que son llamados “Derechos Humanos” y para observar la cercanía a los fines del Estado, que dice tender a la dignidad de la persona, parte que marca diversas características que son mejor expresadas aunque no concretadas, y mejor comprensibles, aunque no determinables, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1.2. UN CONCEPTO SOBRE DERECHOS HUMANOS

Consideramos que no existe un concepto unívoco sobre los derechos humanos, y es que los mismos pueden abordarse de distintas perspectivas, incluso filosóficas.

En todo, no pretendemos dar un concepto de los derechos humanos en este apartado, sino que el propio lector debe tener un concepto conforme su percepción en la lectura de la presente investigación, así, no debe excluirse ningún apartado para su conceptualización.

Debemos partir entonces, por cuestiones ya abordadas en el apartado anterior, en el que sentamos una base filosófica, que no es “la mejor” o “la verdadera”, sino la adoptada para los fines de esta tesis.

Así, para su comprensión, para la comprensión de esta obra de arte que constituyen los derechos humanos, como realización de la dignidad, es necesario ir a aquello de lo que “está hecha”, aquello “cósico”, lo que será para nosotros los “valores”, los mismos que ilustran al mismo Derecho.

Y no hablamos sino de la libertad, la igualdad y la Justicia, como exigencia fraternal autoimpuesta por la autonomía de lo colectivo para el logro final de la dignidad.

En tal sentido, estos valores, son la esencia, de lo que se verá expresado en los derechos humanos, tal es su importancia, para intentar llegar a lo “justo”, o en palabras de Heidegger, a lo “real” o “verdadero”, que sería la satisfacción de la dignidad, y en específico, aquella que es parte del ser humano, como hemos visto anteriormente, no cabe mayor análisis para esto último, teniendo en consideración el mismo título de “derechos humanos”.

Es necesario entonces, recordar aquellas características⁷⁵ –*relatadas incesantemente por la Organización de las Naciones Unidas y aceptadas mayoritariamente*- que importan los derechos humanos, y describir de manera breve las mismas, realizando un somero ejercicio crítico de tales desde la óptica filosófica ya presentada anteriormente, sólo para seguir con el ejercicio de comprensión hacia su concepto:

1.2.1. Los derechos humanos se basan en el respeto de la dignidad y el valor de cada persona;

Sobre este punto, diremos que más que un “respeto” de la dignidad, será la concreción de la misma, la exteriorización o expresión en la realidad de aquel valor que tiene cada persona, y en conjunto todas por igual.

Siguiendo tales líneas, diremos que hablar de “respeto de la dignidad y el valor de cada persona” resulta redundante, en cuanto la dignidad importa un valor –*no una valorización, como se dejó en claro anteriormente*- intrínseco, y por igual a todas las personas.

⁷⁵ The following are some of the most important characteristics of human rights:

- Human rights are founded on respect for the dignity and worth of each person;
- Human rights are universal, meaning that they are applied equally and without discrimination to all people;
- Human rights are inalienable, in that no one can have his or her human rights taken away other than in specific situations (...);
- Human rights are indivisible, interrelated and interdependent, for the reason that it is insufficient to respect some human rights and not others. In practice, the violation of one right will often affect the respect of several other rights. All human rights should therefore be seen as having equal importance and of being equally essential to respect for the dignity and worth of every person.

(United Nations, “Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff”, [en línea], Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations Staff College Project, [consultado 05/12/2015], Formato PDF, disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HRhandbooken.pdf>>, p. 3)

En tal sentido, valorar al ser humano es *–para nosotros–* que se “logre” como tal, aun si no vaya a poder alcanzar un desarrollo físico o mental como otro ser humano promedio, es concretar aquellas condiciones necesarias para ello, para el logro de lo más sublime que vitaliza al ser humano: la felicidad, el deseo de la vida misma.

Aquello que no se logra con “experiencias placenteras”, sino con la satisfacción del desarrollo⁷⁶ humano, el logro de metas conforme sea posible trazarlas, un desarrollo que además es orientado a una ética-consecuencialista, que en última instancia lograría un altruismo⁷⁷.

Sin embargo, este último párrafo puede denotar cierto aspecto idealista o utópico que no sería “positivizable” salvo en preámbulos normativos.

Lo que sí hace notar su relevancia es que, existen condiciones necesarias para tales fines, siendo naturalmente en primer lugar que el ser humano tenga “vida” *–y la misma se respete–* y que además pueda “vivir” *–lograrse propiamente, supone condiciones adecuadas para su desarrollo.*

Entonces, los derechos humanos van a suponer una igualdad de oportunidades y equilibrio en los seres humanos, lo que lleva a la siguiente característica.

1.2.2. *Los derechos humanos son universales, es decir, que se aplican por igual y sin discriminación a todas las personas;*

Consideramos que esta caracterización es insuficiente, ciertamente los derechos humanos son universales, en

⁷⁶ Y aquí viene el aspecto de transformar lo moral o en sí todo aquello “de moda” en ética, por un ejercicio axiológico, crítico y valorativo asentado sobre la razón, es decir, lo que realmente sea benéfico a la persona, apartándonos de la idea de “lo que gusta”, “el bien” o “el mal”, tal aspecto, será la educación, en tal sentido puede verse DONOSO CASTELLÓN Arturo J., “Educación en Derechos Humanos y Personalización Humana”, en “Derecho Constitucional y Derechos Humanos”, IV Convención Latinoamericana de Derecho, Ediciones BLG, Trujillo – Perú, 2005, pp. 325-335.

⁷⁷ En esto tenemos que recordar el primer deber kantiano del ser: el amor. BARRÍA REYES Rodrigo, “Matthieu Ricard: Yo, el más feliz del mundo”, [en línea], en Revista In, LAN, [consultado 07/12/2015], Formato HTM, Disponible en: <<http://in-lan.com/personajes/perfiles-personajes/yo-el-mas-feliz-del-mundo/>>

cuanto constituyen la expresión o concreción normativa –*no en términos positivistas*– de la dignidad, y los valores que en ella se logran, ello nos llevará a expresarnos que los derechos humanos suponen algo cultural, y “universalmente cultural” siguiendo a Häberle como hemos visto en inicio, no por su “aplicación” sino por su expresión y esencia; ello conforme a nuestra posición filosófica adoptada, que imperará en nuestra concepción ontológica, y que será desarrollada en abstracto en el segundo postulado acerca de antecedentes históricos.

Así, la “aplicación” igualitaria será un aspecto deontológico, indesligable lógicamente del ente.

Ahora, debemos resaltar que esta “universalidad” como característica en tanto aplicación, no implica algo “absoluto”⁷⁸, ninguno derecho humano lo es en virtud de su propia calidad, en tal perspectiva se desarrolla la siguiente característica.

1.2.3. Los derechos humanos son inalienables, en esto nadie puede ser privado de sus derechos humanos salvo en situaciones específicas, (...);

Esta característica implica la privación legítima de un derecho, en virtud de otro u otros, el despojamiento de la libertad de tránsito por ejemplo, como medida residual.

Vemos además la relativización de los derechos humanos en cuanto a su aplicación –*y no a su aspecto ontológico*– lo que nos lleva a diferenciar dos situaciones como excepción:

- 1) Privación de derechos humanos a la persona. Esta es a la que apunta la característica descrita.
- 2) Afectación a la satisfacción de los derechos humanos. Esta es, no una privación, sino una relativización a la satisfacción de los derechos, es decir, una disminución en

⁷⁸ Máxime en caso de los derechos sociales, en términos de Stephen Holmes y Cass R. Sustein, “Rights are familiarly described as inviolable, peremptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute.” (HOLMES Stephen and R. SUNSTEIN Cass R., “The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes”, W.W. Norton, New York and London, 1999, p. 97)

el desarrollo de un derecho debido a causas circunstanciales en conflicto entre principios, derechos o razones.

Entonces, diremos que si bien los derechos humanos son inalienables como regla general, también es que no son absolutos⁷⁹.

1.2.4. *Los derechos humanos son indivisibles, interrelacionados e interdependientes, por la sencilla razón de que es insuficiente para respetar algunos derechos humanos y no otros. En la práctica, la violación de un derecho a menudo afecta a la relación con otros derechos. Por lo tanto, todos los derechos humanos deben ser vistos como teniendo la misma importancia y de ser igualmente esencial al respeto de la dignidad y el valor de cada persona.*

Esto nos indica lo lógico, el respeto de la vida como estado, sigue con la vida como desarrollo, de nada sirve que el Estado te proteja contra homicidios “inmediato” si no existe una tutela de las condiciones de vida a favor del ser humano, lo que en otro sentido equivaldría a un homicidio “mediato” –o a largo plazo.

No podría concebirse tampoco el derecho a participar de la vida del Estado en un medio en el que por educación no se puede participar realmente del mismo.

Es así que los derechos humanos, de igual nivel, se interrelacionan y son interdependientes a la vez; ello será ampliado posteriormente.

Estas características conducen a ciertos preceptos en un ordenamiento jurídico –*que no son características como tales, sino preceptos derivados*- como los siguientes:

⁷⁹ A esto cabe considerar que “insatisfacción” o la “no implementación” no significa en sentido estricto una “privación” o “restricción”, aunque sí una violación en cierto punto, lo que resulta atentatorio es una regresión de derechos, ello vendría a ser una alienación de derechos, y una omisión de implementación una violación de derechos, como tratamos de explicar en los 2 párrafos precedentes.

- 1) Siendo que la esencia de los derechos humanos es la dignidad, y que lo cósico de los mismos son los principios de libertad, igualdad y justicia, estos derechos se erigen como trascendentes a la norma positiva, entiéndanse como *ius cogens* o incluso como derechos “naturales”, con un nivel de tal fundamentalidad que debe percibirse en todo ordenamiento adjetivado como constitucional.
- 2) Importan responsabilidad de la persona misma, pero no en términos individuales ni en términos colectivos cualquiera, hablamos del Estado, que deontológicamente representa la voluntad de sus “constituyentes”, en tal sentido, tienen un apremio de satisfacción en la medida de lo posible, lo que se traduce en un primer lugar como “protección” –*aspecto más básico, que será desarrollado posteriormente al exponer la tipología de los DESC.*
- 3) Partiendo de la característica de inalienabilidad y el deber de protección, tenemos como precepto la irrenunciabilidad de los derechos humanos, esto es, ni el propio sujeto puede “renunciar” o “despojarse” de sus derechos, ello implicaría una suerte de contrariedad a la naturaleza deontológica del ser humano: la razón, por lo que los derechos humanos protegen al ser humano del mismo ser humano.

En todo, vamos a asumir como concepto sólo a modo didáctico a fin de poder desarrollar nuestra investigación, dejando en claro nuestro rechazo a “definir” a los “derechos humanos”.

Diremos entonces que los derechos humanos son aquellas expresiones normativa-jurídicas –*positivizadas o no*- asentadas sobre principios-valores⁸⁰ universales de libertad, igualdad y justiciabilidad, orientadas hacia la realización de la dignidad de la persona humana.

⁸⁰ Me tiento en llamarlos principios como valores, por lo “mejor ser” y lo que “debe ser”, cfr. ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid – España, 1993, ISBN 84-259-0939-2.

Sin embargo, hasta este punto este concepto puede ser percibido como “ambiguo”⁸¹, por la multiplicidad de interpretaciones que se le puede atribuir, el mismo no puede ser entendido sin una observación a los aspectos filosófico-jurídicos esbozados al inicio del marco teórico de la investigación.

Podría decirse además que no aporta nada nuevo, e incluso tildarse el mismo bajo la sombra del “clásico iusnaturalismo”, a esto diremos, es necesaria una comprensión filosófica de lo jurídico para sentar las bases del Derecho, para orientarse y conducirse el derecho.

Y es que, el mundo jurídico se mueve conforme las exigencias sociales, conforme intereses grupales e incluso personales, bajo ninguna perspectiva aceptable en el presente tiempo podríamos decir que es parte de lo que llamamos como “ciencias exactas”, la formación del Derecho es algo que no puede mecanizarse, es una cuestión de “Justicia”, aunque para algunos tal palabra no sea la adecuada o aceptada.

El Derecho tiene como uno de sus objetos la regulación de conductas, el “¿qué hacer?”, una pregunta que no matemática, sino filosófica, en tal sentido, no puede concebirse Derecho sin Moral o Ética, y aunque se tiene en un aislamiento, no podría darse a cabalidad, incluso el criterio del Juzgador está investido de la moral que tenga internalizada –o que haya transformado en ética-, es una carga que metodológicamente podría desligarse, pero en sustancia no.

“¿Qué debe permitirse y qué no?” Es una pregunta que señala el ejemplo concreto de aquel objeto del Derecho, cuestionamiento que no es el único en forma. Dirigiéndonos a un punto más “profundo”, diría alguien “y si los derechos humanos buscan la realización de la dignidad”, “¿qué es la dignidad?”

Es en tal sentido, que resulta indispensable la filosofía en el Derecho, y en más, a la presente investigación.

⁸¹ Y quizá sería clasificado como “teleológico”, como se expresa en CARRUITERO LECCA Francisco, “Manual de Derechos Humanos”, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, 2002, pp.45-50.

Aun así, nuestro concepto esbozado sobre derechos humanos podrá ser interpretado bajo distintas maneras, y consideramos que ninguna será errada en cuanto busque o sea reflejo de los principios-valores de libertad, igualdad y Justiciabilidad, los mismos que esbozaremos posteriormente como deberes del Estado.

A esto, el lector podría inquietarse y preguntar, ¿Por qué remitirnos entonces a la dignidad? ¿Por qué no simplemente a “la realización de la persona” tal como se ha referido numerosas veces en las características pinceladas de los derechos humanos? La respuesta es sencilla –*para quien escribe*- puesto que, consideramos –*no errónea, sino*- “incompleto” el señalar ello –*en tal sentido vamos a rechazar también la teoría*⁸² *del poder como presupuesto central de los derechos humanos*- ya que no todos los seres humanos van a tener posibilidad de “realizarse” como tales, por causas propias a los mismos, quizá quienes alcanza la primera etapa de la dignidad –*en palabras de Gluchman, ya citado en el primer punto de la presente obra*.

Entonces, antes de pasar al siguiente punto, diremos sobre nuestro concepto, ¿son normas jurídicas?, entre líneas indicamos que lo son, positivizadas o no, lo son, y es que por su carácter axiológico⁸³ universal – *aunque pueda atribuírsele una concreción distinta en cada sociedad*- son en un primer lugar normas jurídicas deontológicas, posibles de positivizarse, incluso las que versen sobre derechos humanos económicos, sociales y culturales, como veremos también en un punto posterior.

Por último, diremos que la “orientación a la realización de” como elemento de nuestro concepto, obedece también a un proceso, producto de lo que Spinoza hubiere llamado como “conatus”⁸⁴, y aunque en una relación

⁸² Ver CARRUITERO LECCA Francisco, Ob. Cit., teoría cual no rechazamos, puesto que consideramos al elemento “poder” como constituyente sí, pero no como un presupuesto determinativo, sino constitutivo, bajo argumentos similares a los advertidos al inicio de la investigación en relación a la “autonomía”.

⁸³ Incluso a punto de entranarse como expresión de rasgos que constituyen la “moralidad interindividual”, cfr. LAPORTA Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, [en línea], en Doxa, N° 04, 1987, ISSN 0214-8876, pp. 23-46, [consultado 10/12/2015], Formato PDF, Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10045/10897>>

⁸⁴ Refiere a un elemento subjetivo, tal sería “el esfuerzo” sobre una base del deseo de auto-conservación espontáneo, cfr. SPINOZA Baruch, “Ética demostrada según el orden geométrico”, Trad. PEÑA Vidal, Ediciones Orbis S.A. Hyspamerica, Madrid – España, 1984, ISBN 9788475304687, pp. 130-132 (del origen y naturaleza de los afectos, ver proposiciones VI a VIII). Esta obra de Spinoza va a sentar algunas bases del “conatus” en la metafísica contemporánea a la misma, concepto que estará internalizado en su “Tratado Político” para una construcción que sale de lo metafísico, y que a pesar de que no nos encontramos totalmente de acuerdo con

“histórica”, diremos –o *reeditaremos ello*- en una esfera constante, programática, que haremos nuestra a fin de la realización –*por lo menos teórica en este caso*- de la dignidad, en todo derecho, y en especial – *vistosamente, y conforme nos es de ocuparnos en la presente obra*- de los económicos, sociales y culturales.

Citaremos para finalizar a Joaquín Herrera Flores, quien ilustra la idea que hemos querido expresar en el párrafo anterior, quien aporta un concepto de los derechos humanos como proceso, no en términos de normatividad instrumental, sino en referencia a su desarrollo, como prosigue bajo premisas de “integralidad” e “inmanencia”:

“[los derechos humanos implican] el conjunto de procesos sociales económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan –desde el “reconocimiento”, la “transferencia de poder” y la “mediación jurídica”- espacios de lucha por la particular concepción de la dignidad humana”⁸⁵

La dignidad entonces es “núcleo” del cual se desprenden los derechos humanos, y lo que va a sostener a lo que llamamos como Derecho Constitucional, cuya obra –*la Constitución*- resulta de una representación de la dignidad, pero una representación particular, una que no sólo se dirige a términos individuales, sino una que dicta todo un orden, todo un sistema, una obra en la que el artista no es uno, y de cuyas perspectivas se norma un ordenamiento.

Entonces el “conatus” se expresa desde la Constitución, sea a término nacional, como aquellas que conocemos, o a término internacional, como aquella que ilustra a los Derechos Humanos, en todo, “constituye”, y tal como expresaba Ferdinand Lassalle:

Spinoza, resulta necesaria su lectura para enriquecimiento cognitivo, vid. SPINOZA Baruch, “Tratado Político”, Trad. DOMINGUEZ Atilano, Alianza Editorial, Madrid – España, 1986, ISBN 84-206-0219-1.

⁸⁵ Bajos a dejar en claro que no compartimos la concepción de Joaquín Herrera, sin embargo reconocemos la construcción conceptual sobre la dignidad como “proceso”, no entendiéndola como el autor citado, pero sí tomándola para nosotros conforme nuestra filosofía defendida. Cfr. HERRERA FLORES Joaquín, “Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales”, en *Derechos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, [en línea], Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos (2003/2004), 2ª Edición, EDIPUCRS, Porto Alegre – Brasil, 2010, [consultado 12/12/2015], Formato PDF, Disponible en: <www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>, pp. 98, 99

“Los problemas constitucionales no son, primariamente problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rige, y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social; he ahí los criterios fundamentales que deben ustedes retener.”⁸⁶

Entonces, como bien indica igualmente Lassalle, es necesario diferenciar entre una Constitución real, propiamente dicha, y aquella de “hojas de papel”, debiendo aspirar al desarrollo de una real, tanto en el orden nacional como en el internacional, esto, como parte del concepto de Derechos Humanos, fundamentales en el orden Constitucional, nos orientará a lo que hemos llamado como “dignidad”.

2. ANTECEDENTES: FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Proseguimos ahora a empezar con aspectos históricos necesarios para la comprensión de los derechos cuya Justiciabilidad planeamos discutir.

Y vamos a dirigirnos directamente a aquellos “detalles” presentes en la formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no abordando la clásica realización de “antecedentes de los derechos humanos”, no porque ello sea menos importante, sino porque en la formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos veremos la sintetización, sistematización y concretización de los “antecedentes de los derechos humanos” así como de las pugnas ocurridas.

Ciertamente, el origen de los derechos humanos no se remonta a la revolución francesa, tampoco a la independencia de los Estados Unidos o de algún otro Estado americano, tampoco a la revolución francesa o a la Constitución de algún país desarrollado.

Siguiendo tal consideración, no podemos fijar sólo un punto como origen de los derechos humanos, sino que los mismos implican un origen

⁸⁶ LASSALLE Ferdinand, “¿Qué es una Constitución?”, 1ª Edición, Editorial Cenit S.A., Madrid – España, 1931, p. 96.

abstracto, inherente a toda acción del ser humano, en forma individual o colectiva, conforme la moral y la ética de los mismos.

Ya lo diría Francisco J. Ansuátegui al señalar que la “historicidad [de los derechos humanos] implica negar su existencia en cualquier momento y contexto histórico. [Los derechos humanos] Constituyen una realidad que, como tal, adquiere sentido desde el momento en que concurren un conjunto de elementos, políticos, sociales, económicos y culturales, en ocasiones de difusos contornos, pero vinculados entre sí”⁸⁷.

Tal postura implica la relatividad de los Derechos Humanos, esto es, que no son absolutos, sino que son un reflejo de lo denominado como “elemento histórico”, en tal sentido, no vamos a decir que los derechos humanos dependen del contexto social como lo afirmarían aquella postura clásica y “extremista” del historicismo, o que la historia es la que los forma directamente, sino que es tal elemento histórico una clave para la comprensión de conceptos relativos a los derechos humanos.

En tal sentido, Eusebio Fernández⁸⁸ se atrevería a decir que “quizá la característica de la universalidad sea el rasgo más distintivo hoy de los derechos humanos”, sin embargo, ¿cómo podríamos comprender ello? El concepto de la “universalidad” de los derechos humanos, es cual supera el historicismo cerrado, los derechos no dependen del contexto social.

No es sino Eleanor Roosevelt, esposa del expresidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, quien tuvo uno de los papeles más importantes en fomentar el concepto y el carácter universal de los derechos humanos, quien expresó que “[la] Declaración Universal de los Derechos Humanos debe convertirse en la Carta Magna internacional de todo hombre en cada lugar”⁸⁹, y cuyo rol fue indispensable para sostener

⁸⁷ ANSUÁTEGUI ROIG Francisco J., “La historia de los Derechos Humanos”, [en línea] en Introducción a los Derechos Humanos, II Maestría en Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, ISBN 84-7993-021-7, [citado 02/08/2015], Formato PDF, Disponible en internet: <<http://bit.ly/1g61AfJ>>, p. 14

⁸⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA Eusebio, “Los Derechos Humanos y la Historia”, en Constitución y derechos fundamentales, Presidencia del Gobierno de España, Madrid, 2004, ISBN 84-259-1272-5, pp. 215-233

⁸⁹ “The universal declaration was really not about enforcement, it was about enculturation, it was about seeding conditions so that horrible things wouldn't happen, or so, the probabilities of a tragedy were to be reduced (...) the idea was that true education they would somehow find away to –with different énfasis according to culture– to make these rights a reality” (ROOSEVELT Eleanor, discurso sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 10 de diciembre de 1948. Puede accederse comentarios del discurso en “Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights” [video], Formato FLASH, [citado 02/08/2015], Disponible en Internet: <<http://bit.ly/1E6DqYg>>)

la universalidad de los Derechos Humanos y superar la postura individualista imperante en el contexto de la Declaración en un escenario eminentemente conflictivo, bien agregara en tal sentido Mary Ann Glendon, profesora en la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, quien realizó un estudio del rol de Eleanor Roosevelt, indicando que:

“(...) la Declaración Universal [de los Derechos Humanos] no se trataba realmente de ‘aplicación’, se trataba de ‘enculturación’, se trataba de sembrar las condiciones para que las cosas horribles no sucederían, o en todo caso, de que las probabilidades de una tragedia sean reducidas (...). [En tal sentido] la idea era una verdadera educación para que ellos pudieran de alguna manera encontrar una vía para –con un énfasis diferente acorde a su cultura- hacer de esos derechos una realidad”⁹⁰.

De lo expuesto vemos la relación necesaria entre historicidad y universalidad, en cuando suponen el factor educativo y reflexivo⁹¹ en toda situación y sociedad, y aunque dependiendo de cada cultura, que va a alumbrar la posibilidad de –como señaló Eleonor Roosevelt- hacer de los derechos humanos “una realidad”.

Así, uno de los logros preponderantes en tal sentido, fue la positivización de principios y la formación del ahora llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual, siendo inspirado a la par con el Derecho Constitucional contemporáneo, fijaron –tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Constitucional- el rumbo hacia la dignidad de la persona como fin supremo.

Prueba de tal reflexión fue la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, redacción que fue tildada incluso de “milagrosa”⁹², como bien dice Mary Ann Glendon, resaltando que la misma fue hecha por un grupo de personas provenientes de distintos países, los mismos que se

⁹⁰ Entrevista realizada a GLENDON Mary Ann, “Hope, Critique and Possibility: Universal Rights in Societies of Difference” [video], Formato FLASH, [citado 03/08/2015], Disponible en internet: <<http://bit.ly/1M3EO4u>>

⁹¹ En tal sentido el humanismo jugó y juega especial rol, mucho antes de la declaración de Eleonor Roosevelt y grandes precursores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tal sentido puede verse el trabajo del profesor Angelo Papacchini de la Universidad del Valle – Cali, en PAPANACCHINI Angelo, “Los Derechos Humanos a través de la Historia”, en Revista Colombiana de Psicología [en línea], número 7, año 1997, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., pp. 138-200, [citado 03/08/2015], Formato PDF, Disponible en internet: <<http://bit.ly/1E6EOtZ>>

⁹² GLENDON Mary Ann, Ob. Cit.

encontraban en serios conflictos unos con otros, para finalmente ser adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

En tal sentido, es necesario recordar el contexto en el que se adoptó la Declaración: Post Segunda Guerra Mundial, que asimismo implicó una suerte de competición entre dos sistemas ideológicos: la economía de libre mercado y el socialismo. La guerra fría inició casi paralelamente junto con la redacción de la Declaración, sin embargo el Derecho triunfó, sin distinción entre los sistemas económicos, sino con un mismo fin y un sentido de cooperación.

Y aunque la Declaración incluye derechos de rango económico, social y cultural en ciertos artículos (hablamos de sus artículos 22 al 27), ya se planeaba desarrollar con mayor detalle derechos universales en Pactos Internacionales, no siendo sino hasta 1966 que se pudo adoptar los mismos.

Así, por un lado se logró tener al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con obligación de implementación inmediata, y sujeción a competencia y jurisdicción de un cuerpo de monitoreo (al Comité de Derechos Humanos), y por otro lado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con una obligación de implementación progresiva, aparentemente “no inmediata”, y bajo un espectro de cooperación internacional, sin sujeción a ningún órgano supranacional de monitoreo, por voluntad de quienes participaron en su elaboración, e incluso podemos decir, sin comprensión de los mismos Estados para su debido cumplimiento.

La controversia en relación a la aplicación de los Pactos y su vinculatoriedad, se inicia aproximadamente entre la década del 70' y 80', podemos ver cómo emerge en este contexto la postura del holandés Bert (E.W.) Vierdag⁹³ de la Universidad de Amsterdam, quien sostuvo una discrepancia en relación a la asimilación de los dos conjuntos de derechos, el trabajo cumbre de su tesis salió a la luz en 1978, bajo un contexto en el

⁹³ Vierdag presenta uno de los artículos más representativos del “escepticismo” generalizado que existía en su contexto frente a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos propiamente. VIERDAG E. W., “The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 9, 1978.

cual los dos Pactos⁹⁴ de 1966 habían entrado en vigor recientemente, formando junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos la denominada "Carta Internacional de los Derechos", y las autoridades nacionales –*incluyendo tribunales*- fueron confrontados por primera vez con las siguientes interrogantes: ¿Qué obligaciones se imponen con estos instrumentos? ¿Cómo debemos cumplirlas? ¿Cuál es su exigibilidad?

Partiendo de los antecedentes expuestos es que vemos necesario, y resulta relevante, el desarrollar aquellos matices propios de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "DESC"), las obligaciones emanadas por los mismos, las objeciones realizadas frente a tales obligaciones, y la Justiciabilidad de los DESC en el plano internacional.

3. UNA DISTINCIÓN ENTRE DOS CATEGORÍAS: DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS VS. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La distinción entre las categorías de los Derechos Civiles y Políticos y los DESC existió desde antes de la elaboración de los borradores de los respectivos Pactos Internacionales, desde tal punto se generó discusión respecto a la necesidad de los primeros o los segundos, y de si algunos resultaban más importantes que otros.

En tal sentido, resulta necesario citar a Karl Marx⁹⁵, quien fuera impulsor del socialismo, no por su teoría en sentido estricto, sino por aquellos elementos que Marx también quería destacar al sustentar que las libertades civiles sólo quedarían como expresiones meramente "formales" hasta ser complementadas por ciertos elementos socio-económicos que fueran traducidos en la garantía necesaria de educación, salud, un empleo con un salario digno, y en todo lugar al bienestar de la persona y el bien común.

Así, tal como sustentó en su momento el nobel de economía Amartya Sen en su libro "Development as Freedom" (el desarrollo como libertad), quien resumiera la idea central desde la introducción de su publicación: "el

⁹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹⁵ MARX Karl, "Sobre La cuestión judía", ensayo en Páginas Malditas, editorial Libros de Anarres, Buenos Aires, 2012, ISBN 9789871523177, pp. 13-46

desarrollo puede ser visto (...) como un proceso de expansión de las verdaderas libertades que las personas disfrutaban⁹⁶, resaltándose en todo momento la interdependencia de las libertades civiles y los DESC.

Idea que fue aceptada alrededor de 50 años atrás por diversos diplomáticos, en tal contexto nos referimos a la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en 1950, la Resolución 421 E (V)⁹⁷ que acuerda incluir los DESC al llamado en ese tiempo “Pacto de Derechos del Hombre” sustentándose en las siguientes consideraciones:

Por cuanto el Pacto debe ser formulado con el espíritu y sobre la base de los principios de la Declaración Universal de Derechos del Hombre,

Por cuanto la Declaración Universal considera al hombre como una persona a la cual pertenecen indudablemente libertades cívicas y políticas, así como derechos económicos, sociales y culturales,

Por cuanto el goce de las libertades cívicas y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente,

Por cuanto el hombre, privado de los derechos económicos, sociales y culturales, no representa esa persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal del hombre libre, (...)

Resolución cuya decisión de incluir los DESC junto con los Derechos Civiles y Políticos en un mismo Pacto fuera modificada, y propiamente concretizada en una Resolución⁹⁸ adoptada en 1952 que requería que la Declaración Universal de los Derechos Humanos fuese desarrollada a través de 2 Pactos Internacionales especiales, un Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y otro de DESC; resaltándose que parten de los mismos fundamentos.

Por tanto, como una primera aproximación, debemos señalar que ambas “categorías” son indesligables e interdependientes, o tal como lo señalaron

⁹⁶ “Development can be seen, it is argued here, as a process of expanding the real freedoms that people enjoy” (SEN Amartya, “Development as Freedom”, 1st ed., Anchor Books, New York, 2000, ISBN 0-385-72027-0, p. 3)

⁹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 421 (V) celebrada en la 317ª sesión plenaria, 4 de diciembre de 1950.

⁹⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 543 (VI) celebrada en la 375ª sesión plenaria, 5 de febrero de 1952.

los diplomáticos de las Naciones Unidas en su momento, “están vinculadas entre sí y se condicionan mutuamente”; lo que nos lleva a indicar que aquella distinción teórica, convertida en un cliché académico, se rompe en la práctica y el sentir teleológico.

Sin embargo, ambos catálogos de derechos fueron “separados” en dos Pactos Internacionales, los que no implican importancia o nivel distinto, sino una suerte de implementación conforme a cada naturaleza jurídica de ambas categorías, en tal sentido, corresponde analizar la especial naturaleza de los DESC a fin de tratar esta particular distinción.

4. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC)

4.1. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC) COMO DERECHOS SUBJETIVOS

¿Qué obligaciones se imponen con estos instrumentos? ¿Cómo debemos cumplirlas? ¿Cuál es su exigibilidad? En referencia a los DESC, es que vemos en tales la naturaleza especial que reflejan.

Diversos juristas trataban de responder a tales cuestiones, cada uno con un enfoque distinto, pero que podemos englobar en dos grupos: Los escépticos, como Vierdag⁹⁹, señalaban que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “DESC”) no eran propiamente derechos ya que no eran ejecutables ante un tribunal, sino que implicaban más cuestiones políticas, ello debido a su falta de “definición” –o *podríamos señalar, por su concepción demasiado genérica*-, asimismo, otros “escépticos” calificaban al pacto como “político” o “promocional”, bajo argumentos similares a los de Vierdag.

En tal sentido, encontramos básicamente tres argumentos centrales, que, partiendo de la postura de Vierdag, aluden a que los DESC no

⁹⁹ En su artículo expone como ejemplo que “la aplicación de estas disposiciones [refiriéndose al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] es una cuestión política, no una cuestión de derecho dado que un tribunal debe priorizar recursos dándole o quitándole a una persona un trabajo, una vivienda o la educación”. VIERDAG E. W., Ob. Cit. p. 69.

son derechos subjetivos, sino meras directrices para el establecimiento de políticas sociales.

Tal como hemos presentado en el punto 3.3 en referencia a la naturaleza de los DESC frente a los Derechos Civiles y Políticos, vemos que en éstos últimos, las características hacen posible una implementación casi inmediata, y por tanto se exige la misma en tal forma; ello debido a que sus obligaciones (no interferencia) se encuentran suficientemente determinadas, y no implican costo mayor para su debida supervisión, lo que posibilita en consecuencia, la posibilidad de garantizar su Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Empero, en caso de los DESC, antes e incluso después de la vigencia del Pacto Internacional respectivo, se desconocía las obligaciones Estatales y el nivel que se les podía exigir, si algo resultaba cierto era que los derechos tutelados (salud, alimentación, vivienda, educación, entre otros) significaban un presupuesto necesario, un “costo” que en el caso de los Derechos Civiles y Políticos era prácticamente “nulo” en relación a los DESC, en tal sentido, otra dificultad producida en este escenario implicaba la “metodología” a seguir, produciendo cuestionamientos como ¿Cómo asigno mi presupuesto? ¿Qué debo priorizar? ¿Cómo deben llevarse las políticas socioeconómicas? ¿Qué hacer? Que desembocaban en una “discrecionalidad política” propia del contexto imperante en cada sociedad, llevando en consecuencia a declarar que, al no tener certeza de las obligaciones que emanan de los DESC y siendo su aplicación discrecional en todo sentido, no podría ser posible su Justiciabilidad, y en tal sentido, si no podrían ser tutelados, no podrían ser considerados como derechos subjetivos.

Corresponde entonces, realizar mayor descripción en cada argumento escéptico a fin de presentar un escenario que no sea arbitrario a la investigación, para ello partiremos de una síntesis en cada crítica para enmarcarlas, y posteriormente realizar una “crítica a las críticas”; síntesis como bien tuvo en realizar Felipe Johan León Florián, quien fuere asesor jurisdiccional en el Tribunal Constitucional Peruano:

4.1.1. LA CRÍTICA DE LA INDETERMINACIÓN DE LOS DESC

En el presente apartado vamos a analizar la tesis que esbozan los denominados anteriormente “escépticos” que nos indica que la indeterminación de los DESC los aleja de su carácter de reales derechos, iniciando por describir la crítica para luego examinar su viabilidad.

La “indeterminación” en el Derecho entonces, es algo a examinarse, ya que en el espectro jurídico las imposibilidades son mínimas –*por no decir que “no existen”*- a diferencia de lo que llamamos “mundo real”.

León Florián sintetiza la misma de la siguiente manera:

“los derechos sociales, al consistir en normas-fin, (...) se concretizan a través de prestaciones positivas que pueden ejecutarse de diversas formas (a diferencia de los derechos civiles y políticos que constituyen normas de conducta negativas concretizadas en la forma de mandatos específicos de abstención o no interferencia), [y] sufren de una estructural falta de determinación que afecta la posibilidad de su configuración normativa como derechos subjetivos.”¹⁰⁰

Entonces, esta crítica surge por la falta de determinación del “contenido esencial” de los DESC, y las obligaciones “concretas” que emanan de los mismos, llevándonos finalmente a criticar incluso –*y esta es una línea de crítica general¹⁰¹*, no sólo a los DESC- de una manera que no compartimos –*ni compartiríamos*- que la misma norma “no tendría precisión” por su multiplicidad de interpretación, y por

¹⁰⁰ LEÓN FLORIÁN Felipe Johan, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, en Revista de Derechos Humanos, Vol. 5, 2014, Instituto para los derechos humanos y la democracia, Universidad de Piura, ISSN 2218-9459, pp. 85, 86

¹⁰¹ Cfr. NUÑEZ VAQUERO Álvaro, “Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, [en línea], en Anuario de filosofía del derecho, Nº 26, 2010, Universidad la Rioja, La Rioja – España, ISSN 0518-0872, [consultado 14/12/2015], Formato PDF, Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3313283.pdf>>, pp. 417-421.

ende sería ambigua, incompleta, no pudiendo “llenarse debidamente”.

A modo de ejemplo vamos a citar a Álvaro Nuñez Vaquero, Profesor de la Universidad Austral de Chile, quien expresa que: “El problema del liberalismo consistiría, en este sentido, en que en su seno estarían presentes dos lógicas o espíritus contrastantes, lo que llevaría a la imposibilidad de determinar de manera neutral el contenido del derecho.”¹⁰², llevándolo más adelante a decir que, en Estados Unidos –su muestra– los “CLS” (por sus siglas en inglés “Critical Legal Studies”) exponen el problema de indeterminación por una pugna cultural que gira en torno al liberalismo, el cual es “inconsistente” y un “problema” que incide en tales aspectos y con una incidencia mayor tratándose de los DESC.

Así también, si bien es cierto enmarcamos que parte de la doctrina crítica sostiene que por la multiplicidad de interpretación en una norma conlleva a una indeterminación de la misma, nos apegaremos a una postura totalmente contraria, para nosotros no conlleva a una indeterminación, sino a un enriquecimiento, así, no será llevada a términos ambiguos si se conduce su determinación, en el “cause” de principios, como sea su función como fuentes del Derecho, que sirva de fundamentación mediante una “argumentación correcta”¹⁰³.

Vemos entonces, que esta primera crítica sintetizada en el punto inicial por León Florián, alude centralmente al aspecto “estructural” de los DESC, poniendo a tela de juicio la sostenibilidad de los DESC como realmente “derechos” en comparación de los Derechos Civiles y Políticos.

¹⁰² *Ibíd*em, p. 420

¹⁰³ ARANGO Rodolfo, “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, [en línea] en “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 2005, [consultado 12/12/2015], Formato PDF, Fragmento disponible en: <<http://www.bdigital.unal.edu.co/38036/1/40339-181151-1-PB.pdf>>, pp. 63-72.

Entonces, debemos comenzar observando qué sucede en el caso de los derechos civiles y políticos, y es que en principio, uno de sus rasgos distintivos es la presencia de obligaciones principalmente negativas, es decir, obligaciones de los Estados a abstenerse de tomar medidas que pudieran infringir derechos civiles y políticos, obligaciones que, tal como se ilustra en la obra del maestro De Schutter:

“fueron lo suficientemente determinadas y suficientemente económicas para justificar el monitoreo de expertos independientes, y la imposición como requerimiento de que cada Estado garantice el acceso a un recurso efectivo, preferentemente de naturaleza judicial, contra los casos de violación [a los derechos consagrados]”¹⁰⁴.

Es por tales consideraciones que, estando ante un nivel de responsabilidad Estatal en cuanto a un deber de “no interferencia”, los mismos implicaron una obligación de implementación prácticamente “inmediata”, desde la entrada en vigor del correspondiente Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En todo, esta “inmediatez” puede ser mejor entendida de acuerdo a un concepto que tiene bien en aportar Ernst-Wolfgang Böckenförde, quien fuere en su momento magistrado en la Corte Constitucional Alemana, conforme sigue:

“La libertad es aquí algo antecedente, no viene creada por la regulación legal, sino que es protegida (hecha ejercitable) y/o limitada por ella. En los derechos fundamentales sociales la cosa es muy distinta, (...)”¹⁰⁵

¹⁰⁴ “[Obligations] were determinate enough, and unexpensive enough, to justify monitoring by independent experts, and the imposition of a requirement that each State guarantees access to effective remedies, preferably of a judicial nature, against instances of violation”. DE SCHUTTER Olivier (ed.), “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, Human Rights Law series, Edward Elgar Publ., London, 2013, introduction.

¹⁰⁵ BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en Escritos sobre Derechos Fundamentales, Trad. REQUEJO Juan L. y VILLAVARDE Ignacio, Nomos, Berlín – Alemania, 1993, ISBN 3-78942996-3, p. 76.

Böckenförde entiende aquí a los derechos civiles y políticos como derechos de libertad, que son anteriores incluso al Estado, pues es algo inherente al mismo ser humano, en contraposición de los derechos fundamentales sociales, que aunque son una “extensión” o “complemento” y que resultan finalmente necesarios, necesitan de una regulación, también son inherentes al ser humano, pero no como un “elemento parte” sino como un “elemento necesario”, entendiendo por ello ciertas condiciones que sirvan para que el ser logre la aptitud necesaria para su desenvolvimiento y ejercicio pleno de las libertades con las que “nace”.

En tal sentido es que se tomaron a los DESC como obligaciones netamente positivas que, entre otros –y a voz del maestro De Schutter- suponían:

“la adopción de medidas legales y compromisos presupuestarios, (...) tales derechos sólo pueden ser implementados progresivamente, dependiendo de los recursos disponibles de cada Estado, así como del nivel de apoyo internacional recibido”¹⁰⁶.

El resultado de esta concepción de los DESC fue simple, y lo hemos visto en lo que configura los antecedentes ya descritos en nuestra investigación, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se estableció un cuerpo de monitoreo de expertos, a diferencia de lo sucedido con el paralelo Pacto Internacional de DESC en el que no se estableció monitoreo ni derecho a remedios, a pesar de que ambos pactos fueron adoptados el mismo 1966, entrando en vigor casi diez años después, la implementación del Pacto de DESC no tiene resultados alentadores, a pesar de haber pasado prácticamente 50 años de su adopción.

¹⁰⁶ “(...) the adoption of legal measures and budgetary commitments, and such rights could only be implemented progressively, depending on the resources available to each State as well as on the level of international support received.” (DE SCHUTTER Olivier [ed.], “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, Ob. Cit.)

Por consiguiente, vemos que los detractores entonces alzan como argumento el mencionado, que en realidad se presenta reduccionista frente al Derecho, algo que es incompatible con el mismo. No puede uno sostener que el Derecho se constituye únicamente de reglas, ello es falaz, mucho menos enunciar que se trata de cuestiones matemáticas o de fórmulas que darán como resultado determinado la satisfacción de determinado derecho.

El Derecho mas bien, resulta artístico en ese aspecto, por tener un enfoque creador, que al contrario, se eleva a término de principio, y ya veríamos una concreción de ello en aquel que reza que “no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley” consagrado en diversos ordenamientos jurídicos. La determinación entonces, no depende de formulismos, sino de creatividad argumentativa.

Entonces vamos a resaltar algo ya dicho, incluso en el argot popular: “todo derecho conlleva una obligación”, y la determinación de la misma nos podría indicar un lado positivo y uno negativo, y aunque el contenido de la obligación sea diverso en forma, fondo y potencialidad, ya habríamos realizado el ejercicio de determinación.

Tal como hemos visto, en la tesis de la “indeterminación de los DESC”, el aspecto estructural de los DESC es uno de sus ejes, que mantiene en movimiento además, el “tipo” de obligaciones que se desprenden de tanto los DESC como los derechos civiles y políticos, en tal sentido, los primeros importarían obligaciones positivas y los segundos negativas, sin embargo ello es relativo, y resulta sólo algo cierto en principio.

*Stephen Holmes y Cass R. Sustein*¹⁰⁷ lo dirán con mayor claridad, rompiendo la distinción conceptual entre “derechos negativos” –que original la obligación de no interferencia por

¹⁰⁷ HOLMES Stephen and R. SUNSTEIN Cass R., Ob. Cit., pp. 218-224.

parte del Estado- y “derechos positivos” –o de bienestar como indican- señalando que “todos los derechos legales son, o aspiran ser, derechos de bienestar”¹⁰⁸ y en tal sentido, van a necesitar de un acto positivo: una construcción en el sistema por parte del Estado¹⁰⁹.

A esto vamos a traer de nuevo a colación la concepción antigua de los DESC y formularnos preguntas, concepción que nos indicaba que los tales suponían “la adopción de medidas legales y compromisos presupuestarios”.

En primer lugar ¿No se exigen los mismos elementos en el caso de diferentes derechos civiles y políticos?

Vamos a poner dos ejemplos:

- En cuanto a derechos electorales, “a elegir y ser elegido”: ¿no supone una adopción de medidas legales en materia electoral? ¿no supone una serie de compromisos presupuestarios para realizar una votación y verificación electoral válida?

Ciertamente, el derecho a elegir cuesta, en primer lugar implica el desarrollo de un sistema legal electoral, toda una estructura normativa para tales fines, además de su puesta en práctica que es el “poder elegir”, debiendo el Estado propiciar una elección válida, y para ello prestar la seguridad de la votación, verificación y certificación de la misma en todo su proceso, lo que significa ambientación de lugares, prestación de servicios para cuidado y tutela, capacitación a miembros de mesas de votación, el sistema de votación propiamente dicho –*materializado en cartillas o máquinas electrónicas*- entre diversas cosas.

¹⁰⁸ “all legal rights are, or aspire to be, welfare rights” (Ibídem, p. 222)

¹⁰⁹ Holmes y Sustain nos recordarán a lo largo de su obra nuestra falencia y desmemoriada consideración, en es el reflejo simple del subtítulo de la obra “por qué la libertad depende de impuestos”: “Americans seems easily to forget that individual rights and freedoms depend fundamentally on vigorous state action” (Ibídem, p. 14)

Entonces, el derecho a elegir no sólo supone “que me permitan votar” (obligación negativa), sino que se implemente todo un sistema para que yo pueda hacerlo (obligación positiva).

En síntesis, el derecho a elegir –y ser elegido- supone medidas legales y presupuestarias, o que diríamos, obligaciones positivas por parte del Estado, y no sólo negativas, aunque tales se manifiesten siempre en principio por una cuestión lógica de preparación.

- El clásico ejemplo del derecho a la propiedad y a la libertad de adquisición de la misma: ¿no supone la adopción de medidas legales en materia de derechos reales? ¿no supone una serie de compromisos presupuestarios para que este derecho se garantice frente a cualquier persona, física y jurídicamente?

Ciertamente el derecho a la propiedad también tiene un valor pecuniario, y es que significa el desarrollo de todo un sistema normativo especial, desde la adquisición y/o transmisión de la propiedad, hasta la publicidad registral y tutela jurisdiccional de la misma.

Asimismo, una serie de compromisos presupuestarios para el mantenimiento de un sistema registral que significa la manutención de un personal, oficinas y un registro computarizado de todas las propiedades –*por lo menos prediales*- así como también de otros aspectos similares.

Entonces, el derecho a la propiedad no sólo supone “que el Estado no me despoje de mi propiedad” (obligación negativa), sino que se implemente todo un sistema de seguridad para la adquisición o transmisión de la propiedad (que engloba aspectos reales, obligacionales y registrales) a fin de proteger mi propiedad frente a cualquier tercero.

Vemos así que los derechos civiles y políticos significan en principio una obligación negativa, pero “en principio”, puesto que se verán acompañados de obligaciones positivas¹¹⁰ para su perfeccionamiento y seguridad¹¹¹.

Quedando así consolidado a nivel internacional que tanto los DESC como los derechos civiles y políticos tienen una estructura similar.

Así también, en el caso de los DESC sucede algo similar, pero más “contextual”, en el sentido de que su tratamiento va a obedecer a diversas circunstancias.

Un ejemplo desde una postura que considera que los DESC no son los tales podría sustentarse desde la siguiente idea:

“el mercado se regula así mismo y el Estado no debe interferir”

Aunque tal idea resulta un tanto “extremista”, partiendo de la misma –y quitando aquel “deber” exagerado- vamos a observar que los DESC también implican obligaciones negativas, ya que, circunstancialmente estos “derechos prestación” (nos referimos a los DESC), van a estar sujetos al mercado y “satisfechos” por acto de los mismos particulares, sin embargo ello se va a presentar como una condición y no como parte de una regla general.

Alexy dirá que ello:

“se vincula la concepción de un derecho a algo que el titular del derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una

¹¹⁰ Cfr. HOLMES Stephen and R. SUNSTEIN Cass R., Ob. Cit., pp. 35-48.

¹¹¹ A esto, podemos introducir derechos derivados de cada derecho civil y político, como los que clasifica Alexy como “derechos a protección” y “derechos a organización y procedimiento”, los cuales declara, son derechos a la “acción positiva” del Estado. Cfr. ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., pp. 435-482.

oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas”¹¹²

Aquí vamos a destacar las siguientes palabras del párrafo citado: “en caso de”, que para nosotros servirá de algo condicional, siendo que existe un deber de que el Estado se preocupe de manera primaria por tales derechos, a nivel normativo –*asegurando su estatus así como instrumentalización*-, institucional u orgánico –*con un organismo garante, supervisor u administrador*.

En tal sentido, el Estado debe propiciar las condiciones para el desarrollo, para que en base a tales el mercado pueda “autorregularse” –*aunque ello no signifique que el Estado siga velando por sus ciudadanos*- llegando finalmente a una obligación de “no-interferencia”.

Ya la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos habría acogido tales argumentos, los cuales, nos indica, tienen aceptación desde tiempo atrás a nivel internacional, tal como puede observarse en el caso Ogoni, siguiente sentido:

“44. Las ideas aceptadas internacionalmente acerca de las diversas obligaciones engendradas por los derechos humanos indican que todos los derechos –tanto derechos civiles y políticos como derechos sociales y económicos- general por lo menos cuatro niveles de obligaciones a un Estado que se compromete a adherirse a un régimen de derechos, a saber, la obligación de respetar, proteger, promover y garantizar [en el sentido de “hacer realidad”] estos derechos. Estas obligaciones se aplican universalmente a todos los derechos e implican una combinación de obligaciones negativas y positivas”¹¹³

¹¹² *Ibíd.*, p. 428.

¹¹³ “Internationally accepted ideas of the various obligations engendered by human rights indicate that all rights-both civil and political rights and social and economic-generate at least four levels of duties for a State that undertakes to adhere to a rights regime, namely the duty to respect, protect, promote, and fulfil these rights. These

En suma, se hace una representatividad especial en cuanto a la relación de obligaciones junto con la naturaleza –o *caracterización estructural*- de los DESC y los Derechos Civiles y Políticos, que hace una aparente diferenciación –*aparente porque no es plenamente cierta, aunque tampoco plenamente falsa, por no ser un tema de “todo o nada”, sino de énfasis en el tipo de obligación*- en el que los DESC importan obligaciones positivas y los Derechos Civiles obligaciones negativas.

Empero, como hemos declarado y aclarado, ambos van a implicar obligaciones positivas y negativas, aunque los DESC tengan a bien una mayor representatividad en cuanto obligaciones positivas; por lo que podemos decir que, estructuralmente la presente crítica no es suficiente para argumentar en contra de los DESC como derechos, ya que no existe una “indeterminación” de los DESC, sobre todo si existe una similitud estructural entre los DESC y los derechos civiles, a pesar de que el contenido obligacional se presente y sea determinado de diferente manera –*como ampliaremos posteriormente en el caso de los DESC*.

4.1.2. LA CRÍTICA DE SU CARÁCTER COSTOSO

La segunda crítica a los DESC que nos presenta León Florián es referido al “costo” de “estos derechos”, enfocándose en tres sentidos¹¹⁴, de los que comentaremos sólo los dos primeros –*sin criticarlos en este apartado, sino en uno posterior, para no caer en un discurso fundamentalismo*:

- i) *en primer lugar, como un argumento para resaltar la diferencia estructural entre derechos de libertad negativa y derechos prestacionales, incidiendo en la*

obligations universally apply to all rights and entail a combination of negative and positive duties.” (African Commission on Human and Peoples’ Rights, “The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria”, Communication N° 155/96, Decision, 15th Activity Report: 2001 – 2002, 27 October 2001)

¹¹⁴ LEÓN FLORIÁN Felipe Johan, Ob. Cit., p. 107.

incondicionalidad fáctica de los primeros frente a la condicionalidad económica de los segundos;

Los críticos de los DESC sustentan su crítica sobre la base de la clasificación clásica e inicial de la naturaleza jurídica de los DESC, para decir que a diferencia de los derechos de libertad como incondicionales, existe una condicionalidad económica de los DESC.

Esto es, que al expresarse en obligaciones positivas, generan costos, y son una “prestación misma”, por ello incluso se les denominan “derechos-prestación”, y por ende se condicionan por un presupuesto.

Sin embargo, debe notarse nuevamente que esta postura parte desde la ya comendada crítica referente a la estructuración de los DESC, la cual adolecía en diversos aspectos lógicos.

Recordando lo descrito en cuanto a la mencionada crítica anterior, vamos a considerar otros ejemplos para mera motivación ilustrativa, tal sea el caso como en la libertad de formar una familia, derecho que implica desde tener el privilegio de decidir casarse o no, hasta tener hijos o procrearlos.

Es así que, desde que existe un derecho derivado a poder “casarse”, el Estado se ve obligado a implementar un sistema de registro civil, que además afectará otros derechos, como ser por ejemplo aquellos referentes a la disposición y adquisición de la propiedad, para lo cual en virtud de necesidad de seguridad jurídica, apremia ser debidamente implementado –nos referimos el sistema de registro- tanto normativa como institucionalmente –y en ese aspecto tenemos gastos de personal, operatividad, etc.-, lo mismo sucede con el derecho a la adopción, que resulta más delicado aún por existir de por medio un

“interés superior”, y ni qué decir del derecho a procrear, más aún en caso de quienes no tienen la “facilidad” de hacerlo y donde el Estado debe propiciar condiciones para ello, como ya lo habría indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en adelante) en el caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica¹¹⁵, en el que, a modo de ejemplo, podemos citar el siguiente extracto de la parte resolutive de su sentencia:

“3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. (...) 4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, (...)”

El ejemplo traído por parte de la Corte IDH no podría ser de mayor relevancia en el presente caso, tenemos en primer lugar, un derecho a la libertad de procrear, que además sustenta la libertad de realizarlo bajo determinados métodos, siempre con limitaciones de orden público.

La crítica presente ya señalada incide centralmente en dos situaciones: “los derechos civiles y políticos no pueden ser condicionados fácticamente” y “los DESC son condicionados económicamente”.

¹¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH), caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C 257.

Es de notarse ya la utilidad del caso citado de la Corte IDH, ciertamente, vemos que la “libertad de procreación” se ve “mutilada” por “condiciones fácticas”, esto es, el no poder procrear, empero, como todo derecho, no puede argumentarse en principio limitación o condición a cualquier derecho fundamental, y por ende, teniendo que existen métodos de fecundación que posibilitan el ejercicio de tal derecho –a procrear- la Corte IDH indica que deben ser en primer lugar implementados normativa e institucionalmente, y en segundo lugar deben ser prestados –como servicio, “dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud”.

Así, es lógico y no requiere mayor análisis el indicar que tales “programas y tratamientos de infertilidad” van a irrogar un gasto al erario –aunque quizá se comparta “simbólicamente” con el ciudadano- lo que nos lleva a decir que es posible que no puedan implementarse tales “programas y tratamientos” de manera “inmediata” en “todo lugar”, y ello resultaría quizá por “razones presupuestarias”, en otras palabras, diríamos la libertad de procrear resulta “condicionada económicamente”.

Debemos recordar, como nos ilustran los ya citados Sunstein y Holmes, que en todo derecho –incluyendo aquellos de “libertad”- va a existir un “costo”.

Por consiguiente, deontológicamente diremos que todo derecho es “incondicional”, incluso los DESC, pero no “absoluto”, puesto que pueden existir condiciones fácticas que lo limiten –y que escapen de la posibilidad física de solventarlas o desaparecer tales limitaciones- como ser, entre otras, aquellas de índole económica; como hemos visto, los DESC implican prestaciones positivas, que generarán costos, pero no son los únicos, queda demostrado que los derechos civiles y políticos

también llegan a tal situación. Entonces, tanto los DESC como los derechos civiles implican una condicionalidad económica, añadiremos reflexivamente entonces, que una libertad no puede ejercitarse si no se tienen los medios, y son los DESC quienes se refieren a tales “medios”, ya lo diría François-Marie Arouet, mejor conocido como Voltaire en una ilustración sin igual:

“vuestra voluntad no es libre... usted es libre de obrar cuando tiene el poder de obrar”¹¹⁶

- ii) *en segundo lugar, como un argumento para destacar la imposibilidad de alcanzar un nivel de protección adecuado y completo de los derechos sociales, dada la relación siempre inversa entre cantidad de recursos necesarios para su satisfacción y disponibilidad de recursos en las arcas estatales;*

Partiendo de la base anterior referida, los críticos increpan una imposibilidad de tutela adecuada y “completa” de los DESC, puesto que su satisfacción se medirá en relación a los “recursos necesarios” y al “presupuesto” disponible y destinado a estos derechos, entonces, a menor presupuesto menor satisfacción, y por tanto, no podrían invocarse como derechos subjetivos –*menos aun fundamentales y ni poder expresarnos sobre “obligaciones exigibles”*.

Iniciaremos citando nuevamente la siguiente expresión de Sunstein y Holmes:

“Los derechos son familiarmente descritos como inviolables, perentorios y concluyentes. Pero estos

¹¹⁶ VOLTAIRE, “Libertad”, en Diccionario Filosófico, Editorial Akal, Madrid – España, 2007, ISBN 9788446027881, *in fine*.

son claramente florituras retóricas. Nada que cueste dinero puede ser un absoluto”¹¹⁷

Y es que este segundo se alza contra los DESC ya no sólo porque impliquen un “costo”, sino porque significan un “alto costo”.

A esto, los escépticos indican como argumento lógico, los DESC para su implementación requieren cumplir determinadas prestaciones, que van a generar un costo y por ende gestión presupuestaria, entonces, si para satisfacer un derecho “A” su implementación requiere de 30 “B” de cantidad de recursos, el derecho podrá ser satisfecho sólo si existen disponibles tales 30 “B” de cantidad de recursos, así, a mayor cantidad de recursos necesarios para satisfacer determinado derecho, mayor será el gasto a irrogarse, ello aunado a que no sólo existe un derecho social, sino que son toda una variedad, y que la experiencia social en la mayoría países nos dicta que “nunca hay los recursos necesarios”, hace que los DESC sean imposibles de dar una tutela adecuada y completa por depender de un siempre escaso presupuesto monetario.

Este argumento se muestra certero hasta cierto punto, y es que como hemos visto anteriormente, todo derecho va a requerir en algún momento del cumplimiento de obligaciones positivas para su perfeccionamiento, lo que significará gasto, y por ende, una afectación al presupuesto, dependiendo de la disponibilidad del mismo.

Sin embargo, la conclusión a la cual se llega resulta exagerada y falaz, es cierto que los DESC pueden generar costo, tan cierto como que los derechos civiles

¹¹⁷ “Rights are familiarly described as inviolable, peremptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute” (HOLMES Stephen and R. SUNSTEIN Cass R., Ob. Cit., p. 97)

y políticos lo hacen, en tal sentido, en la implementación de tales derechos, van a compartir la misma estructura obligacional –*positiva y negativa*- y por consiguiente, llegando a compartir similares condiciones, deberían estar en la misma “conclusión” a la que arriban los detractores de los DESC, ¿por qué excluirlos?

Empero, además de ello, tenemos que observar cuidadosamente la conclusión citada, y es que implica dos situaciones:

- Existe una imposibilidad de alcanzar un nivel de protección adecuada.
- Existe una imposibilidad de alcanzar un nivel de protección completa

En la primera situación, tenemos una referencia de condiciones mínimas, pero aceptables, de la implementación de determinado derecho, sin embargo, en la segunda, tendremos una referencia a condiciones “completas”, “sin más que agregar”.

La determinación de tales resulta algo complejo y complicado, empezando porque se debería tener a vista el contenido esencial de cada derecho, y eso desde ya, significa todo un ejercicio argumentativo que va más allá de la simple lógica formal, ¿cómo poder determinar si en cierto derecho el Estado logró un nivel de protección completo o adecuado?

Primeramente despejaremos la segunda situación, y es que resulta totalmente falaz que pueda exponerse que un derecho, así sea civil, pueda gozar de “protección completa”, por el simple y llano hecho de que “el Estado no es ‘omnipresente’”, así, esta última realidad presentada configura otro elemento de condicionalidad

fáctica, condicionalidad que es posible y que ya hemos comentado anteriormente.

Y es que es sencillo comprender ello, el Estado no tiene policías ni médicos o bomberos en todas las calles, menos en todas las casas, entonces no habiendo una posibilidad de protección inmediata, menos podremos hablar de una “protección completa”, situación de la que los derechos civiles no son ajenos.

Seguidamente, en cuanto a la segunda situación, un nivel de protección adecuado se va a sustentar en la posibilidad de que su posible afectación se prevea – *aunque no de manera completa, pudiendo ser por proscripción o disuasión-* y exista una vía de reparación idónea y eficaz –*y la mayor complejidad se encuentra en el aspecto de “eficacia” de la vía de reparación.*

En tal sentido, esa “previsión” refiere a que existe otro “acto de” que va a lesionar a determinado derecho, en tal sentido, se intenta “frenar” que se lesione tal, en el que podemos ver concretamente una obligación primaria: abstención.

Así, esta “abstención” conjunta fácilmente percibirle en cuanto a los derechos civiles y políticos, una “abstención” a actos de homicidio, o a privaciones de libertad, sea por parte del Estado o por particulares.

Pero también es visible en cuanto a los DESC, en los que se va a materializar como el deber del Estado a abstenerse de afectar los niveles de disfrute ya logrados (fácticamente) de tales derechos:

Por ejemplo, si en determinada localidad existe un mercado popular de abastos, en el que los habitantes de tal localidad pueden adquirir y vender comestibles, y lo hacen, no habiendo escases ni monopolio, el Estado

no puede decir “voy a satisfacer el derecho a la alimentación de esa localidad” y decidir ir y poner su “puesto de abastos múltiple” a un precio por debajo del costo real de los productos; tal situación quebraría el mercado –*ahora nos referimos al “mercado” en términos de economía, no como aforo*- existente, si bien parecería satisfacer el derecho a la alimentación, quebrantaría otros derechos, como el derecho al trabajo y a la empresa –*entre otros*- situación que se presentaría del mismo modo si la empresa regulara los precios de tal mercado en la localidad, disminuyéndolos, sin existir necesidad, o si expropiara todo el mercado.

La autoregulación del mercado, puede lograr la satisfacción de diversos derechos, a esto es a lo que llamaremos, una “efectividad privada”, en la que el Estado no debe interferir si se la logrado la misma.

Es parte del “deber de respeto” que examinaremos más adelante.

Entonces, ciertamente los DESC sí pueden alcanzar una protección adecuada, y ello incluso prescindiendo de un “excesivo” gasto al erario público.

Ahora, en caso del acceso a remedios idóneos y efectivos, esa es una cuestión que examinaremos en el tercer argumento sobre el costo de los DESC.

En síntesis, tanto los DESC como los derechos civiles y políticos pueden tener limitaciones fácticas que no permitan una “protección completa”, pero sí una mínima y adecuada, en tales “limitaciones fácticas”, la relación entre “gasto necesario” y “presupuesto disponible” no necesariamente va a suponer una imposibilidad de protección, por lo que el “argumento” tiene cuestiones ciertas en parte –*como las imposibilidades de*

protección completa-, pero adolece de ser falaz, al presuponerse antojadizamente la conclusión que hemos examinado.

iii) en tercer lugar, como un argumento para mostrar la imposibilidad de atender los derechos sociales sin recurrir a decisiones sobre el reparto de recursos públicos, decisión que, sin embargo, no puede ser tomada por los jueces sin invadir arbitrariamente las competencias de los órganos de decisión política.

Esta crítica que reacciona frente a Justiciabilidad de los DESC, esto es, si fuesen derechos subjetivos, fundamentales, exigibles en cualquier sentido, y judicialmente, los Jueces no podrían administrarlos sin “quebrar” la “distribución de poderes”.

Sin embargo, León Florián se enfocará únicamente en cuanto al “reparto de recursos públicos”; esta crítica la ampliaremos y corresponderemos posteriormente, pues resulta central en nuestro tema de investigación.

4.1.3. LA CRÍTICA DE SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHOS SUBJETIVOS

Por último, León Florián nos menciona la crítica de la configuración de los DESC como derechos subjetivos:

“(...) no solo por la dificultad estructural y epistémica, (...) sino por la inconveniencia de reconocer atributos subjetivos sobre bienes que dependen más bien de planes colectivos y de valores comunitarios que no pueden juridificarse en contenidos precisos e individuales sin desnaturalizarse.”¹¹⁸

A esto, en este apartado vamos a realizar un marco acerca de los derechos subjetivos.

¹¹⁸ LEÓN FLORIÁN Felipe Johan, Ob. Cit., p. 119.

En tal sentido, expondremos en las últimas líneas la explicación *–lo más razonable que podamos realizar–* acerca de esta crítica, recordando que no vamos a “criticar” esta “crítica” en este apartado, sino posteriormente.

En primer lugar, vamos a observar la teoría de la voluntad jurídica, siendo su principal exponente Bernard Windscheid, para quien *–citado por Fausto Vallardo Berrón–* el derecho subjetivo es aquel “poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico”¹¹⁹ al titular del derecho, facultando al mismo la efectividad misma de un mandato jurídico, o incluso la existencia de tal mandato, situando al “sujeto de derechos” como ente “pensador” del “derecho objetivo”, entonces, será el “sujeto de derechos” quien ejerza los tales en su voluntad psicológica, pero tales límites *–y la misma conducción–* serán determinados *–y determinables–* por otra voluntad, que además irá insertando “contenidos de voluntad” en el sujeto: la voluntad del orden jurídico. Esta última es a la que se refiere Windscheid como “teoría de la voluntad”, no debiendo confundirnos con aquella que hace referencia a la “autonomía de”.

Desde tal perspectiva *–y suscribiendo a Windscheid–* Fausto Vallardo, quien fuera profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México, dirá:

*“(…) el derecho subjetivo es la voluntad objetiva, contenida en la norma positiva, del sujeto facultado por el derecho objetivo, y no la voluntad psicológica de los individuos.”*¹²⁰

No queda duda entonces, del por qué se tiene el pensamiento de Windscheid como un “positivismo legal racionalista”¹²¹, y es que, otro elemento que se observa en Windscheid es la

¹¹⁹ Citado por VALLARDO BERRÓN Fausto, “Teoría General del Derecho”, 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. – México, 1972, p. 114.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 114.

¹²¹ Puede verse la síntesis realizada en la siguiente investigación: TAGLIAVIA LOPEZ Andrés, “La Interpretación desde la Teoría del Derecho”, [en línea], Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid – España, 1995, [Consultado 29/12/215], Formato PDF, Disponible en internet: <biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0010001.pdf >, pp.48-52.

necesidad de la “razón”, el derecho objetivo no es arbitrario, es producto de la voluntad “razonable” del legislador, por lo que nuestro método propicio de interpretación debe ser conforme a la “razonabilidad objetiva”.

En segundo lugar, tenemos la teoría del interés, siendo su principal exponente Rudolf von Ihering, para quien los derechos subjetivos son “intereses jurídicamente protegidos”¹²², este aforismo debe entenderse en el sentido que un elemento *–por así llamarlo–* (ordenamiento jurídico) “protege” a otro (intereses), no siendo los “intereses” un poder al que no le “importa” el ordenamiento jurídico, no pudiendo concebirse un ejercicio abusivo de derechos en virtud de los “intereses”, sino que los tales deben ser tomados en cuenta por el ordenamiento jurídico.

A esto, debemos precisar que Ihering no tuvo intención de dar un concepto de “derechos subjetivos”, sino una “finalidad”, y una “creadora del derecho” en favor del logro de los “intereses medios” *–individuales y generales, toda una pragmática*¹²³.

A esto, ¿qué son los intereses?, Ihering los va a conceptualizar como “las condiciones de vida en su sentido lato”¹²⁴, esto es, para la sociedad como actor que determina al derecho, sin embargo, también se encuentran los intereses “individuales”¹²⁵ en el sentido no de determinación, sino que también “habla del interés del sujeto que lo ejerce que, desde luego, será variable en cada caso”¹²⁶.

¹²² Citado por VALLARDO BERRÓN Fausto, Ob. Cit., pp. 14, 15.

¹²³ En tal sentido podemos ver toda una teoría sobre jurisprudencia pragmática, pudiendo verse la síntesis realizada en la siguiente investigación: TAGLIAVIA LOPEZ Andrés, Ob. Cit., pp. 59-66.

¹²⁴ IHERING Rudolf von, “Del interés en los contratos”, en 3 Estudios Jurídicos, Trad. GONZÁLEZ Adolfo, Editorial Atalaya, Buenos Aires – Argentina, 1947, p. 68. Cfr. IHERING Rudolf von, “El fin en el Derecho”, Trad. RODRIGUEZ Leonardo, ed. Rodríguez Serra, Madrid – España, 1911.

¹²⁵ En este sentido (individual, individualista), incluso se llega a afirmar que la búsqueda del logro de esta finalidad, llega a ser una suerte de “persecución de los egoísmos”, en la que va a coincidir con el desarrollo de convivencia y el derecho. Cfr. MARÍA BANDIERI Luis, “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”, en La argumentación jurídica: Problemas de concepto, método y aplicación, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico ed., Universidad Santiago de Compostela, La Coruña – España, ISBN 84-9750-365-1, pp. 34, 35.

¹²⁶ SUAREZ Eloy Emiliano, “Introducción al Derecho”, 1º reimpression corregida, Centro de Publicaciones, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe – Argentina, 2004, p. 97. Debemos resaltar que este autor discrepa con el ya citado autor Fausto Vallardo Berrón en el sentido de exponer que Ihering se refiere solamente a intereses individuales, y Vallardo refiere que Ihering expone sobre intereses generales, sin embargo, rescatamos

Teniendo así los derechos subjetivos un sentido interno y sustantivo en términos de utilidad y práctica o ejercicio, y un sentido externo y formal en términos de instrumentalidad y posibilidad de exigencia o búsqueda de tutela.

Y en tercer lugar, tenemos una teoría que –a nuestro parecer– resulta más equilibrada, llamada la teoría de la posición jurídica.

En la misma diversos autores han realizado aportes con matices distintos, pero afines sobre la misma teoría, en tal sentido no vamos a mencionar a alguno en especial como el “representante”.

Así, esta teoría refiere básicamente a situaciones jurídicas creadas en una red de relaciones entre sujetos¹²⁷ de derechos, en las que los sujetos “alegan” ser titulares de determinados derechos.

Tal “alegación” no es otra sino aquella que se cimienta sobre una “base argumentativa”, en la que el derecho subjetivo servirá de tal para una exigencia justificada, en tal sentido, Henry Shue dirá que:

“Si una persona tiene un derecho en particular, la exigencia que el disfrute de la esencia del derecho sea socialmente garantizada se justifica por buenas razones, y las garantías deben, por tanto, ser prestadas.”¹²⁸

argumentos concomitantes de ambos, aunque para nosotros Ihering expone un término medio, refiriéndose tanto a intereses generales como a individuales.

¹²⁷ Esta es una de las condiciones de la modernidad jurídica, y –en palabras del doctor Bjørn Melkevik– preponderando el factor humano como necesario, “así se diseña el papel no negociable de los sujetos de derecho: simultáneamente, es en el lugar de la reflexión sobre el derecho y en el lugar de la acción donde se toma en serio el proyecto jurídico moderno y la auto-legislación democrática”. MELKEVIK Bjørn, “Una mirada modernista sobre el ‘Derecho Natural’ o cómo reunirse con la Modernidad Jurídica”, en “Las razones del derecho natural”, 2da. Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires - Argentina, ISBN 978-950-569-274-3, p. 103. La postura de Melkevik es interesante y rescatable, la usaremos en cuanto “aplicable” –“interpretable” es el término correcto– a nuestra posición, Cfr. HERRÁN Eric. “Heidegger y la crítica contemporánea de la modernidad jurídica”. [en línea]. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Nº 20, abril, 2004. [consultado el 03/01/2015]. Formato PDF. Disponible en: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/03697399900447539732268/Isonomia10.pdf>>

¹²⁸ “If a person has a particular right, the demand that the enjoyment of the substance of the right be socially guaranteed is justified by good reasons, and the guarantees ought to be provided.” (SHUE Henry, “Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy”, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1980, ISBN 9780691072593, p. 13.)

En esa perspectiva, diremos para esas “buenas razones” tenemos que realizar “argumentación”, pero no una arbitraria o sobre un plano creado por la “autonomía” de la persona, sino sobre el derecho subjetivo, “razones” por las que determinado derecho debe ser “satisfecho”, y “buenas razones” por las que al poder ser exigido, debe ser garantizado.

Entonces, al efecto, Henry Shue agregará del mismo modo lo siguiente:

“(…) tener un derecho es estar en una posición de exigir a otros, y estar en tal posición es, entre otras cosas, para la situación de uno caer bajo los principios generales que son buenas razones por las que las propias exigencias de uno deben ser garantizadas.”¹²⁹

Así es como Rodolfo Arango verá¹³⁰ una “abstracción” e “identificación” de tanto la facultad jurídica como el interés propio, en lo que estamos comentando bajo la teoría de la “posición jurídica”.

Para el doctor Carlos Bernal Pulido¹³¹, estas “posiciones” pueden definirse de la siguiente manera:

a) El derecho a algo es una posición jurídica en la que el titular (en adelante: ‘T’) tiene un derecho a que el destinatario (en adelante: ‘D’) lleve a cabo u omita una conducta (en adelante: ‘C’). De manera correlativa, ‘D’ tiene un deber de hacer u omitir ‘C’ frente a ‘T’.

Para Robert Alexy¹³², lo que Bernal Pulido señala como “conducta” (“C”), vendría a ser llamado “el objeto del

¹²⁹ “(…) to have a right is to be in a position to make demands of others, and to be in such a position is, among other things, for one’s situation to fall under general principles that are good reasons why one’s demands ought to be granted.” (SHUE Henry, Ob. Cit., p. 13)

¹³⁰ Apartándose del debate entre las dos anteriores teorías. ARANGO Rodolfo, Ob. Cit., p. 66.

¹³¹ BERNAL PULIDO Carlos, “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, [en línea], Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F. – México, 2009, ISBN 978-607-7599-56-2, [consultado 04/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://www.iedf.org.mx/sites/DDHH/publicaciones/03.pdf>>, pp. 19, 20.

¹³² ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., p. 186, 187.

derecho”, y es algo que es imprescindible, ya que sin este objeto, carecería de sentido la inclusión del destinatario, en ese sentido, esta estructura “triádica” estará presente en todo derecho, aunque se requiera interpretarlo para poder observarla.

Ello debido a que el modo en que se consagra un derecho fundamental no expresa esta estructura, el ejemplo que pone el maestro Robert Alexy es la expresión:

*“Todos tienen derecho a la vida”*¹³³

En la cual, no puede percibirse *prima facie* la estructura triádica a la que hemos hecho mención, si bien se observa el titular (“Todos”), no se expresa un objeto o un destinatario.

Sin embargo, al hablar de derecho, tenemos al “deber” como elemento correlativo¹³⁴. Es así que, mediante interpretación argumentativa, este derecho, como fundamental, en una norma jurídica impositiva *erga omnes*, expresaría además que el titular es “todos” en contraposición al destinatario, quien también es “todos” (el Estado y/o particulares), pudiendo argumentarse una conducta positiva (el Estado debe proteger la vida de la persona) o una negativa (la proscripción y persecución contra el asesinato), en síntesis, Alexy¹³⁵ –usando la fórmula de Bernal Pulido- expone dos posiciones:

- Todos (T) tienen derecho a que el Estado (D) no los mate (C).

¹³³ *Ibíd.*, p. 187.

¹³⁴ El deber no es un sinónimo ni tampoco es “parte” del “derecho”, sino que es su correlativo, ya se habría expuesto ello en el caso de *Lake Shore & M. S. R. Co. vs. Kurtz* en 1894 –citado por *W. N. Hohfeld*- de la siguiente manera: “A duty or a legal obligation is that which one ought or ought not to do. ‘Duty’ and ‘right’ are correlative terms. When a right is invaded, a duty is violated” (HOHFELD W. N., “Fundamental Legal Conceptions, as applied in judicial reasoning, and other legal essays”, 1st. Ed., Yale University Press, New Haven – United States, 1919, p. 38).

¹³⁵ ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Ob. Cit.*, p. 188.

- Todos (T) tienen derecho a que el Estado (D) proteja su vida frente a terceros (C).

De estas posiciones pueden seguir desplegándose¹³⁶ otras, tales como que “todos” están “prohibidos” de matar a “todos”, ello sería un sentido negativo, así podríamos consignar diversos ejemplos, básicamente en términos negativos –*en forma de prohibiciones*-, positivos –*en forma de mandatos u órdenes*-, o neutrales o permisivos –*en forma de facultades*-.

Así, en caso se niegue que “X” derecho deviene en una conducta-deber imperativa o una prohibitiva, se estaría estimando que “X” derecho deviene en una conducta facultativa.

- b) *La libertad es una posición jurídica en la que ‘T’ es libre frente a ‘D’ para llevar a cabo ‘C’. De manera correlativa, ‘D’ carece de un derecho a algo para impedir que ‘T’ lleve a cabo u omita ‘C’.*

No vamos a entrar en una discusión filosófica amplia sobre el tema de libertad, sería probable que resulte agotador –*tanto para el investigador como para el lector*- aunque muy provechoso, pero también nos desviaría de los objetivos de esta investigación, aun así, aunque parezca contradictorio, es necesario tocar un poco de la misma, a fin de explicar esta posición jurídica, que además estará presente en todo el desarrollo de esta obra.

Así, diremos –*quizá sin una fundamentación suficiente*- que la moral llega a ser el primer “Derecho”, y que la “libertad” lo precede, pero al ser paralela con la “razón” encuentra el nacimiento del “Derecho” casi

¹³⁶ “Todos los enunciados sobre derechos relacionales pueden ser transformados en enuncias sobre obligaciones relacionales, formulados con la ayuda del operador de mandato deóntico triádico.” (ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., pp. 208, 209, nota al pie 108)

inmediatamente, entonces esa “libertad” no se restringe, sino que diremos que se “conduce”.

La libertad entonces, constituye una noción metafísica, a la que Kant, respondería:

“(…) en el orden práctico debemos creernos libres; porque de no ser así, no se explicaría la conciencia del deber”¹³⁷

Desde tal perspectiva –*que además compartimos, a pesar de no ahondar en el asunto-* vamos a separarnos del esquema de Bernal Pulido –*y de Alexy-* para considerar ya no a la libertad como posición jurídica, siendo noción metafísica amplia, sino en palabras de Wesley Newcomb Hohfeld¹³⁸, al “privilegio” como posición jurídica –*Hohfeld incluso llega a habla de “privilegio” en lugar de “libertad”-* como elemento contrario al “deber” y correlativo del “no-derecho”, siendo el “no-derecho” lo que Bernal Pulido instala en su esquema como la carencia de un derecho que tenga “D” para impedir determinada “C” de “T”.

Además, tal como en el primer grupo, esta posición jurídica no se limita a que deba o no estar expresada en forma de la estructura triádica, con mayor razón tratándose de un privilegio –*o en palabras de Bernal o Alexy de una “libertad”-* el cual puede extenderse dese la mera ausencia de una norma.

Así, como principio general, que también se encuentra consagrado en nuestra Constitución peruana (artículo 2.24.a), el privilegio como expresión tácita se alza de la siguiente manera:

¹³⁷ Esta es parte de una frase célebre de Kant, de la cual no hemos podido encontrar la fuente, pero que constituye una interesante posición filosófica.

¹³⁸ HOHFELD W. N., Ob. Cit., pp. 35-50

“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

Aunque ello no resta que pueda expresarse en determinado derecho fundamental, por ejemplo el derecho a la inviolabilidad del domicilio, considerado en nuestra Constitución (artículo 2.9):

“Toda persona tiene derecho: A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él (...) sin autorización de la persona (...)”¹³⁹

Una vez más no es posible observar la estructura triádica, sin embargo, los opuestos y correlativos se derivan de la expresión citada.

Entonces, bajo la estructura de Bernal Pulido y bajo términos de Hohfeld, podríamos hacernos de las siguientes situaciones:

- Situación de opuestos:

Toda persona (“T”) tiene el privilegio frente a cualquier persona (“D”) a entrar (“C”) a su propio domicilio o en otras palabras, “T” no tiene el deber de entrar a su propio domicilio.

En tal sentido, es posible ver al privilegio como centro, y al deber como sentido opuesto, en este caso, siendo ausente un “deber” –o *siendo presente un “no-deber”*–, la situación se torna en privilegio, como así también:

Toda persona (“T”) tienen el privilegio – *“libertad” en palabras de Bernal y Alexy*– a que (“D”) no entre (“C”) a su domicilio (de “T”).

¹³⁹ El resto del artículo constituyen excepciones a este derecho, que para nuestro ejemplo inmediato no tomaremos en cuenta, sin embargo no deben restársele importancia a tales de ningún modo.

Así también, tenemos la siguiente, derivada de tal:

- Situación correlacional:

“D” carece de un derecho –o en palabras de Hohfeld “tiene un ‘no-derecho’”- a “T” no entre (“C”) en su propio domicilio (domicilio de “T”).

En otras palabras, tendríamos que el derecho correlativo a que “D” no viole el domicilio de “T” es el deber de “D” a no entrar, en nuestra estructura triádica sería entonces:

“D” tiene el deber de no entrar (“C”) al domicilio de “T”.

A esto, debemos agregar que ello conjuga reglas generales, no debiendo olvidar en ningún momento que todo derecho va a verse relativizado por otros derechos, principios o razones –que pueden ser situaciones.

c) *La competencia es una posición jurídica en la que mediante una acción o un conjunto de acciones de ‘T’ puede modificarse la situación jurídica de ‘D’. De manera correlativa, ‘D’ tiene una sujeción. ‘D’ está sujeto a que su situación jurídica pueda modificarse como consecuencia de la acción o las acciones de ‘T’.*

Bien, respecto a esta posición jurídica, debemos previamente analizar el término “competencia”, y es que es un término amplio, que en primer lugar, no debe confundirse con aquel concepto procesal de “competencia” –nos referimos a aquel ligado con “jurisdicción”- sino con uno sustantivo, que es uno derivado del propio concepto de derecho subjetivo, tal es así que Kelsen también va llamar –de ambas maneras- a la competencia como “poder jurídico”¹⁴⁰

¹⁴⁰ Puede verse explicada tal terminología en su siguiente obra, pudiendo también analizar el lector la clasificación que expone Kelsen sobre “derecho subjetivo privado” y “derecho subjetivo político”, clasificación que si bien

como lo hace de la misma forma Hohfeld¹⁴¹, así, otros autores la llamarán “capacidad”.

En el caso de Hohfeld, aunque se incline por usar el término “poder”, no desestima el uso de “competencia”, pues que él mismo nos indica que “competencia” (ability) puede ser “el sinónimo más cercano”¹⁴², y resulta lógico ya que su opuesto es la incompetencia o incapacidad (disability).

Sin embargo, para Alexy¹⁴³ –y a efectos de la presente investigación- el término a usar sería “competencia”, por su instrumentalidad, en el sentido de “competer” –una aclaración, ya que nuestro lenguaje resulta muchas veces contrario a usado en el mundo jurídico- como quien dice que determinada persona es “competente” –le incumbe, pertenece, en virtud del Derecho- para modificar una situación jurídica de otra, y aunque quizá –como igualmente indica Alexy- el término más propicio sería “capacidad”, la misma no es de un fácil manejo y –como agrega Hohfeld- “cuando es usada con discriminación, esta palabra denota un grupo particular de hechos operativos, y no una relación jurídica de ningún tipo”¹⁴⁴.

De igual manera si usaríamos el término “poder”, ya que incluiría cuestiones fácticas que no entrarían a tallar, tampoco “poder jurídico” porque existe posibilidad de llegar del mismo modo a cuestiones de hecho, ya fuera la responsabilidad civil por ejemplo, en la que se puede argumentar, se tiene el poder de modificar la “situación

podríamos tomar en consideración, no compartimos los conceptos de tales “tipos” de derecho subjetivo, en todo Cfr. KELSEN Hans, “Teoría Pura del Derecho”, (2ª Ed.), Trad. VERNENGO Roberto, 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, ISBN 968-58-0032-4, p. 146, 157.

¹⁴¹ HOHFELD W. N., Ob. Cit., pp. 50.

¹⁴² “The nearest synonym for any ordinary case seems to be (legal) ‘ability’ —the latter being obviously the opposite of ‘inability’, or ‘disability’.” (Ibidem, p. 51)

¹⁴³ ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., p. 227.

¹⁴⁴ “(...) when used with discrimination, this word denotes a particular group of operative facts, and not a legal relation of any kind.” (HOHFELD W. N., Ob. Cit., p. 51)

jurídica” de otra persona, se propiciaría –*por ejemplo*- una situación de responsabilidad en la que uno estaría obligado ahora a resarcir daños a otro, pero el modificar esta “situación” no podría decirse que es el ejercicio de una “competencia”.

Tampoco podríamos hablar de “facultad” o “permisión” ya que ello surtiría más en el caso de la posición jurídica previa, como “privilegio”, algo opcional, en ello, debemos resaltar que, toda acción que se realiza en “competencia” es “permitida”, pero no toda acción “permitida” es realizada como una “competencia”, por ejemplo, un sujeto ejerce su plena libertad de “enamorar” a una mujer, a menos que tenga alguna prohibición, sin embargo, no habría ninguna modificación a la situación jurídica de la mujer, a menos que celebren matrimonio –*u hoy en día, que decidan formalizar su unión de hecho*- de acuerdo con el derecho objetivo, entonces, en esta última situación si habría una “competencia” por parte del sujeto.

Así también, en el campo contractual, los ejemplos sobrarían, en nuestra estructura triádica podemos hablar del caso siguiente:

- Una persona (T) realice una “oferta pública” (C), en tal sentido, quienes estén interesados (D) verían una alteración a su situación jurídica, convirtiéndose en “demandantes (o aceptantes) de la oferta”.
- Sin embargo, en una relación *correlativa*, teniendo que el ofertante es libre de retractarse de su oferta, aunque pueda o no generar responsabilidad civil, aquellos interesados (D) estarán sujetos a que su situación de “demandantes” se vea afectada por la posibilidad del retracto (C) del oferente (T).

A esto tenemos que resaltar cierta diferencia entre “sujeción” y “deber” –*obligaciones*- ya que tal “sujeción” va a implicar una “responsabilidad” y no un “deber” –*más un contralor*-; a fin de observar ello, vamos a poner el siguiente ejemplo en forma de interrogante: ¿qué sucede si una persona “A” que da en arrendamiento un inmueble a otra “B” decide “no ceder” la posesión del mismo? Ciertamente “A” está sujeto a ceder el inmueble, y “B” a pagar el importe correspondiente, conforme a lo pactado, es así que si “B” decide “no pagar” o “dejar de pagar” puede exigirse su “desposesión” así como el “pago de lo debido”, sin embargo, si “A” decide “no ceder” la posesión, “B” no podría exigir judicialmente que lo haga, sino que únicamente podría exigir el pago de una indemnización por responsabilidad civil, entonces, de proceder con una acción judicial. “B” pondría a “A” en situación de “sujeción” con más especificidad que un “deber”, “A” estaría sujeto al actuar o no de “B”, como “A” esto es, como “responsable” y no como “obligado a ceder el bien”.

Y ¿cuál es la relación de todo ello con los derechos humanos?

La respuesta es simple, la libertad depende de la regulación de las competencias de la persona, en todo, si se limita la competencia de “venta de armas” –*por ejemplo*- se estaría limitando la misma libertad para vender.

Así es como Alexy diría que “La libertad para realizar un acto jurídico presupone necesariamente la competencia al respecto.”¹⁴⁵

Y es que la “competencia” como posición jurídica, existe como un conjunto de “componentes” adicionales,

¹⁴⁵ ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., p. 236.

circunstanciales en la persona, que lo habilitan a determinados actos en su esfera de libertad.

Resulta interesante saber de ello, que la misma “competencia” puede crear tales “componentes”, con más amplitud tratándose del ejercicio del Estado, entonces, el uso de estas “competencias”, quizá como cuestiones que “sujeten” a las personas, no modifica “libertades activas”, sino que –como indica Alexy– “conduce a la cuestión de la distribución correcta de libertades”¹⁴⁶.

El opuesto de “competencia” así, será la “incompetencia” que a su vez es correlativo de la “inmunidad”; opuesto que sencillamente se puede entender como la falta de esos “componentes” necesarios para determinado o determinados actos.

- d) *La inmunidad es una posición jurídica en la que la situación jurídica de ‘T’ no puede ser modificada por las acciones de ‘D’. De manera correlativa, ‘D’ carece de competencia para modificar, mediante sus acciones, la situación jurídica de ‘T’.*

Ya lo diría el Juez Moncure en el caso Booth vs. Commonwealth citado por Hohfeld, en el que la Corte tuvo que interpretar una Ley del Estado de Virginia que establecía “que todas las personas libres de sexo masculino y raza blanca, mayores de 20 años y no mayores a 60, estarán sujetas a servir como jurados, salvo las excepciones que se dispongan más adelante”¹⁴⁷, al expresar como ponente al respecto lo siguiente:

¹⁴⁶ *Ibíd*em, p. 239.

¹⁴⁷ “that all five white male persons who are twenty one years of age and not over sixty, shall he liable to serve as jurors, except as hereinafter provided” (HOHFELD W. N., Ob. Cit., p. 59)

“La palabra tanto expresa e implícita es ‘sujetas’, lo que tiene un significado muy diferente de ‘cualificadas’ (...) Su significado es ‘ligado’ u ‘obligado’ (...) Una persona eximida de actuar como jurado no está sujeta a actuar como tal, y una persona que no está sujeta a actuar como jurado está eximida de prestar tal servicio. Los términos parecen ser convertibles”¹⁴⁸

La sujeción entonces, como hemos venido diciendo, es un correlativo de la “competencia”, el que recibe el efecto de tal, como quien resulta “responsable” dependiendo de la actividad de otra persona en su competencia.

Sin embargo, llegar a esa “responsabilidad”, esa “sujeción”, se requiere de lo que hemos señalado como “componentes” necesarios y adicionales, como algo “previo” y no “igual”.

En ese sentido, y en los términos del caso Booth vs. Commonwealth citado, “una persona eximida de actuar” es “inmune” a la competencia de otra, en virtud de la falta de aquellos “componentes”.

Entonces Hohfeld va a definir a la “inmunidad” expresando que:

“(...) es la libertad de uno frente al poder [o ‘competencia’, en nuestras palabras] o ‘control’ jurídico de otro, con respecto a determinada relación jurídica”¹⁴⁹

No será solamente un “privilegio” –o “libertad” en palabras de Bernal o Alexy-, sino una “calidad” que

¹⁴⁸ “The word both expressed and implied is ‘liable’ which has a very different meaning from ‘qualified’ ... Its meaning is ‘bound’ or ‘obliged.’ ... A person exempt from serving on juries is not liable to serve, and a person not liable to serve is exempt from serving. The terms seem to be convertible.” (HOHFELD W. N., Ob. Cit., p. 59)

¹⁴⁹ “is one’s freedom from the legal power or “control” of another as regards some legal relation” (Ibidem, p. 60)

exime de ciertos deberes frente a la libertad del Estado o un particular.

En nuestra estructura triádica podríamos consignar como ejemplos, la “des-filiación” o la “a-exención de impuestos”, de la siguiente manera:

- Un padre (D), cuyo hijo (T) de 15 años es irresponsable, aunque sea lo más irresponsable posible, no podrá afectar su calidad de “hijo” o “des-filiarse” del mismo.

Entonces, el hijo (T) es “inmune” a tal acción, y correlativamente diríamos que el padre (D) no es “competente” para poder “des-filiarlo” (C).

- Asimismo, el Estado (D) no puede cobrarle impuestos (C) a una empresa (T) a la que el mismo Estado la eximió de tales pagos (ejerciendo su competencia), entonces, aunque tal empresa gane dinero hasta “en exceso” el Estado no podrá cobrarle porque es “inmune” en esta situación.

En un sentido opuesto, la empresa (T) no es responsable por el pago de tales impuestos (C) al Estado (D).

En todo, cada posición jurídica va a relacionarse con las otras, de manera mínima o amplia, incidiendo en la final esfera de libertad de la persona, conforme a cada situación.

Así, estas distintas teorías acerca de los derechos subjetivos han intentado caracterizar a los mismos, sea desde una vertiente interna, del interés protegido o de una vertiente objetiva, en la que la voluntad del sujeto es relativa, ajena y no condicionante, son simplemente características vistas desde distintas ópticas, en tal sentido, vamos a sintetizarlas en el siguiente cuadro:

Naturaleza de los Derechos Subjetivos (Teorías)	T. de la Voluntad (poder o facultad atribuido a un sujeto)	Crea, modifica o extingue derechos
		Exigiendo a tercero un comportamiento prescrito
	T. del Interés (interés jurídicamente protegido)	Interno y sustantivo (útil y práctico)
		Formal y externo (instrumental y de exigibilidad)
	T. de la Posición Jurídica (posición de exigibilidad)	El derecho objetivo no depende de la voluntad, sino de la argumentación normativa-situacional
		Justiciabilidad

Ergo, no debemos confundir esta crítica en el sentido de “derechos subjetivos” y “derechos colectivos”, ya que los segundos importan una suerte de “combinación de elementos”¹⁵⁰, una titularidad compartida y un interés colectivo o social; aunque diversos derechos de los DESC tengan una “estructura” de ser “colectivos”, no apuntamos a ello –*finalmente son una acumulación de subjetividad*.

Así, los derechos subjetivos, implican en toda teoría una “atribución” al “sujeto” y una posibilidad de exigibilidad a terceros, a fin de satisfacer la “atribución” de tal sujeto –o *la colectividad de los mismos*.

El problema se suscita en cuanto a los efectos de ese “reclamo” de “exigibilidad”, puesto que tenemos dos situaciones conflictivas:

- 1) Una decisión judicial positiva –o *que ordena determinada prestación o provisión*- alteraría el orden político, e incluso pondría en riesgo otros planes sociales al desviar

¹⁵⁰ Cfr. GIL DOMINGUEZ Andrés, “Derechos subjetivos y derechos colectivos: similitudes y diferencias”, [en línea], en Lecciones y Ensayos, Nº 80, 2005, ISBN 0024-00791, pp. 127-137, [consultado 20/12/2015], Formato PDF, disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/derechos-subjetivos-y-derechos-colectivos-similitudes-y-diferencias.pdf>>

recursos o establecer como precedente determinado asunto en forma obligacional.

- 2) La limitación de centrarse en “un caso”, aunque orientándose en la “dignidad” hace perder de vista la “igualdad distributiva”, en otras palabras, no es centra en las “condiciones estructurales”¹⁵¹ sino en la “privación de quien recurre al órgano jurisdiccional”¹⁵².

Así, resulta preciso volver a citar a Holmes y Sunstein, quienes expresaron esta “limitación” de la siguiente manera:

“A diferencia del Legislativo, un Tribunal se sitúa en un momento dado a un caso en particular. Porque no pueden medir el amplio espectro de necesidades sociales en conflicto y luego decidir cuánto asignar a cada uno, los jueces son institucionalmente obstruidos de la consideración de las graves consecuencias distributivas de sus decisiones. Y no pueden decidir fácilmente si el Estado incurrió en un error al concluir, ante el hecho, de que sus limitados recursos se dedicaron con mayor eficacia a los casos A, B y C, en lugar de para el caso D”¹⁵³.

En términos iusfilosóficos es entonces que se formula una “aparente” contradicción entre la dignidad y la justicia; que será “inconveniente” en palabras de la crítica citada, un real “problema” en la comprensión de la justiciabilidad de los DESC, la cual será ampliada en el punto pertinente.

A esto, para examinar todo lo acotado, vamos a acogernos a un concepto –*aunque no hayamos citado ninguno, pero sí*

¹⁵¹ LEÓN FLORIÁN Felipe Johan, Ob. Cit., p. 120.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ "Unlike a legislature, a court is riveted at any one time to a particular case. Because they cannot survey a broad spectrum of conflicting social needs and then decide how much to allocate to each, judges are institutionally obstructed from considering the potentially serious distributive consequences of their decisions. And they cannot easily decide if the state made an error when concluding, before the fact, that its limited resources were more effectively devoted to cases A, B, and C, rather than to case D (...)" (HOLMES Stephen and R. SUNSTEIN Cass R., Ob, Cit., p. 95).

sintetizado cuestiones teóricas- que nos parece adecuado llamarlo “moderno”.

Estamos hablando de Luigi Ferrajoli, para quien todo derecho subjetivo supone:

“Cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; (...)”¹⁵⁴

Concepto que utiliza como base para uno mayor: el de derechos fundamentales, y es que, todo derecho fundamentales –*para Ferrajoli-* es también derecho subjetivo, con la característica de universal.

Sin embargo, el presente apartado no es punto de discusión para la característica de “fundamentalidad”, sino para examinar aquella sobre subjetividad de los DESC.

Y es que, consideramos “moderno” –*como expresamos antes-* el concepto de Ferrajoli en el sentido expresar desde ya al derecho subjetivo como un afluente de otros derechos por excelencia, al situarlo como “cualquier expectativa”, no restringiéndose ello a manos de un poder público o particular, sino de cada sujeto, un poder “libre”, como alguien quiera llamarlo.

Es de destacarse asimismo –*en el concepto de Ferrajoli-* la remisión a una “norma jurídica”, que entenderemos –*a la luz de Alexy-* son “tanto las reglas como los principios”¹⁵⁵, existiendo entre ambas únicamente una distinción de tipo

¹⁵⁴ FERRAJOLI Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Ed. de De CABO y PISARELLO, Trotta, Madrid – España, 2001, ISBN 84-8164-436-6, p. 19

¹⁵⁵ ALEXY Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, [en línea], Trad. ATIENZA Manuel, en Doxa, Nº 5, 1988, ISSN 0214-8676, Alicante – España, [consultado 21/12/2015], Formato PDF, Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf>, p. 140. A esto, se podría considerar que Alexy no las considera como “normas jurídicas”, sino únicamente como “normas”, ya que –*podría decirse-* “hace falta un test de validez”, sin embargo, como se ha venido trabajando desde el inicio de la presente investigación, no nos encontramos reseñando o realizando recensiones, sino aprovechando y algunas veces reescribiendo conceptos, a nuestra opinión, los principios serían “normas jurídicas deónticas” y jurídicas sopesando su validez en virtud de su –*carácter de-* universalidad.

normativa, entonces podemos llamar a los principios como “normas jurídicas deónticas”.

Y ahora nos hacemos una interrogante a primera vista “común”, “simple”, quizá “inocente”: ¿Quién puede no tener expectativas de ser feliz? ¿Quién no desearía estar satisfecho con su vida?

Al tener una familia, ¿Quién no tiene la expectativa de satisfacer las necesidades de su familia, comprarle bienes, buen alimento, prendas de vestir? ¿Quién no tiene expectativa de cuidar a sus queridos y a sí mismo, gozando de buena salud?

Ciertamente, tal como hemos mencionado, el derecho a la salud es indelible del derecho a la vida, no podría “funcionar” uno sin otro.

Y aunque los detractores de los DESC llamen a estos derechos como “promocionales” o simplemente “políticos”, no podrían ni argumentar siquiera que de ellos emanan expectativas, y que los mismos detractores las tienen, en primer lugar, por ejemplo, a acceder a servicios “básicos” o “esenciales”, y en última instancia, en no ver menoscabados sus derechos.

El conflicto no se suscita propiamente en “quién es responsable” o “cómo debe asumirse esa responsabilidad”, sino en ¿Cómo soluciono la “irresponsabilidad”?

Así, hemos visto en la crítica pertinente descrita anteriormente que existe un peligro en la posibilidad de efectivización de los DESC, es decir, en la forma de “arreglar o reparar la irresponsabilidad de quienes son ‘responsables’”.

Y aunque esta situación resulte “delicada”, y por ende, parte del núcleo que planteamos analizar en esta obra de investigación, dejaremos de lado la misma hasta un apartado

posterior, en el que discutiremos en específico sobre los límites de la tutela jurisdiccional de los DESC.

Sin embargo, vamos a aprovechar de sustentar lo posible para hacernos una idea los DESC como derechos subjetivos.

Y es que, conforme hemos podido observar sobre los matices de las teorías de los derechos subjetivos, e incluso del concepto de Ferrajoli, bajo premisas generales –*teoría general del derecho, y conceptos básicos sobre “norma jurídica*- vamos a tomar la caracterización de elementos constitutivos de los derechos subjetivos que aporta Rodolfo Arango¹⁵⁶:

- 1) *Un derecho subjetivo presupone mínimo una norma jurídica válida.*

En primer lugar, no debemos caer en el yerro de pensar el concepto de “validez” –*en este punto*- como pegado al realismo o al positivismo.

Sino una “validez” de aceptación generalizada, consecuencialista además, lo que importa una coherencia con el orden normativo constitucional –*y directamente con la Constitución, escrita o no.*

Que en términos propios –*y apegándonos a un sentir iusnaturalista y constitucionalista*- será suplida por una aceptación que se infiere por ser una “necesidad generalizada”.

En tal sentido, los DESC resultan en relación a normas jurídicas válidas, no por un test de validez o porque sean “efectivas” –*pues en realidad por su carácter constante y programático, no podríamos sujetarlo a ello, sino que “deben ser” “efectivizables”*”- sino porque en virtud de ser

¹⁵⁶ ARANGO Rodolfo, Ob. Cit., p. 65, 66.

una “necesidad generalizada”, inherentes al ser humano, resultan válidas.

En segundo lugar, Rodolfo Arango se va a preguntar ¿Qué normas jurídicas sirven de fundamento a un derecho subjetivo?

Queda como “reforzamiento” su “fundamentalidad” y acogimiento en instrumentos normativos internacionales que finalmente son positivamente válidos –*claro está conforme a cada ordenamiento jurídico, aunque en todos resultarían “validables”, resolviéndose ello como una adscripción.*

Lo que en conclusión devendría en “derechos subjetivos fundamentales” como luego de observar la superación a las críticas de escepticismo.

Ergo, en este segundo punto, al que Rodolfo Arango acoge específicamente como argumento, vamos a concordar en que “no es, entonces, un argumento concluyente para la demostración de la tesis”¹⁵⁷.

Sin embargo, no vamos a rechazar totalmente el argumento de que “un derecho subjetivo presupone mínimo una norma jurídica válida”, sino que apartándonos del “segundo punto” que el profesor Arango expone como “único” en este argumento, vamos a quedarnos con el “primer punto” expuesto, esto es, la validez por universalidad, o mejor dicho, la posibilidad de validez, y la abstracción en normas jurídicas de derechos humanos, positivas o no.

- 2) *No existe un derecho subjetivo sin el deber jurídico correspondiente que obligue a otro a hacer o dejar de hacer algo.*

¹⁵⁷ *Ibíd*em, p. 70.

A este apartado Rodolfo Arango agregará una situación:

“Un derecho subjetivo implica siempre un deber jurídico de otra persona; pero no a todo deber jurídico emanado de una norma jurídica corresponde un derecho subjetivo”¹⁵⁸

Y la pregunta clave que se realiza es: ¿Puede admitirse la existencia de deberes jurídicos implícitos?

Donde “implícito” no refiere a algo “oculto”, sino algo que es “parte interna”, que se encuentra incluido, quizá no de manera evidente, pero forma “parte de”.

A esto, en primer lugar el profesor Arango, va a desestimar en cuanto si bien el Estado puede tener diversas obligaciones para con sus ciudadanos, ello no significa que tales tengan siempre posibilidad de exigir, o en otras palabras, que sean titulares activos.

Para ilustrar este aspecto podemos imaginar algunas situaciones partiendo del derecho a la alimentación, en relación a un menor de edad, ciertamente es argumentable el que Estado es responsable de tal derecho, que se vinculará con el derecho al bienestar y finalmente a la vida, sin embargo, también podría argumentarse que el menor no puede exigir la satisfacción de ese derecho (a la alimentación) al Estado por existir otros “prioritariamente obligados” –*tal como ejemplifica con otro caso el profesor Arango-* como pudieran ser los padres o apoderados de este menor de edad.

A esto, vamos a retornar a nuestro concepto sobre derechos subjetivos –*en el que citamos a Ferrajoli-*

¹⁵⁸ *Ibíd*em, p. 65.

recordando que no nos vamos a centrar en “exigibilidad” como elemento determinante, sino en “expectativa”.

Empero, hasta este punto, es de verse que lo que resulta preponderante no es una “lista de elementos”, sino una de “circunstancias” y de “argumentación”.

Ello nos llevará –*tal como llevó al profesor Arango*- a la siguiente pregunta: ¿cómo se fundamenta una posición jurídica? y al siguiente elemento constitutivo.

3) *Una facultad jurídica para la persecución de un interés propio.*

Tal como hemos visto, en cuanto a las críticas, y recordando las distintas teorías sobre los derechos subjetivos, hemos de manifestar que incluso sólo en el espacio de las teorías tenemos diversos “problemas”, y es que el debate es amplio y la gama de aportes –y *soportes*- para sustentar el presente apartado, diversa.

Así, hemos visto de manera breve teorías de la voluntad, del interés así como de la posición jurídica, y sobre esta última, hemos compartido que puede servir de intermedio.

Así, de entre todas, es la posición jurídica, la que por argumentación jurídica, sustenta aquella “facultad jurídica para la persecución de un interés propio”, y es que en el sentido de lo citado, “interés” resulta en un elemento subjetivo, interior de la persona, y la “facultad jurídica” en uno objetivo, impulsado por los anteriores 2 elementos constitutivos de los derechos subjetivos.

En tal sentido, por argumentación tendremos las posiciones jurídicas que puede adoptar la persona, o el conjunto de tales, y de ello, de cada norma obtenida, la facultad o no de perseguir y exigir no sólo el respeto, sino el cumplimiento de lo debido en interés de las personas.

Esta “argumentación” será indispensable en caso de los DESC, sobre la cual los trazaremos, examinando su característica de derechos fundamentales en un apartado posterior.

Entonces, retornando al problema de la “inconveniencia”, diremos que ciertamente, existe un riesgo en consignar los DESC como un patrimonio expectativo y expectante –*de los intereses*- de las personas, su exigibilidad y virtual ejecución podrían afectar un plan de mayor envergadura –*macro*- en favor de una minoría –*micro*- quizá causando mayor perjuicio –*en número*- que beneficio por el Derecho.

Sin embargo, aunque las Cortes no sean las “mejores” para canalizar recursos, Holmes y Sunstein sí reconocen su labor en la examinación incluso de tal canalización, en ese aspecto dirán que:

“(…) los jueces pueden ser perfectamente competentes para reconocer violaciones terribles de derechos e incluso invalidar atroces asignaciones de recursos (...)”¹⁵⁹

Para explicar ello, me permitiré citar un par de líneas del guion de “El Retorno del Rey”, tercer episodio del “Señor de los Anillos”, escrito por J. R. R. Tolkien, en el que, el cansado Frodo Bolsón, encomendado a llevar el “anillo de poder” a su destrucción, siendo una carga tan pesada, perdió casi toda su fuerza, y aunque era una labor únicamente encomendada a él, su acompañante, Samwise Gamgee, le indica:

“Vamos, señor Frodo, no puedo cargarlo por usted, pero lo puedo cargar a usted”

La labor de llevar el anillo, sólo podía ser encomendada y realizada por Frodo, su acompañante Sam, a pesar de ser su mejor amigo, no podía “ejecutarla” por él, sin embargo, en un

¹⁵⁹ “While judges may be perfectly competent to spot egregious violations of rights and even to invalidate egregious misallocations of resources” (HOLMES Stephen and R. SUNSTEIN Cass R., Ob. Cit., p. 95)

momento de la historia, Frodo no pudo continuar más, a esto, Sam no intentó ejecutar la responsabilidad de Frodo, sino que le dio el “impulso” de movilidad, “encaminándolo”.

En nuestro caso de distribución, resulta algo peculiarmente parecido, con la diferencia lógica de que el “Estado” no se “cansa”, pero a veces queda “en el camino” sin llegar a ejecutar su responsabilidad, a esto, el órgano judicial no podría realizar su “responsabilidad”, pues no es el encargado ni el más preparado, sin embargo, podría “moverlo”, no “cargándolo” como en la historia, pero sí exhortándolo o motivándolo por orden judicial, asimismo mostrándole el “camino” o la “falencia”.

En síntesis, en una retroalimentación, tenemos que se critica a los DESC no por una imposibilidad de ser derechos subjetivos, sino por una “dificultad” e “inconveniencia”, a ello, con una afirmación reflexiva diremos “¿cómo puede concebirse la dignidad como una “inconveniencia?”, ciertamente es una dificultad lograrla, pero dudo que sea “inconveniente”, el argumento crítico se sustenta en que, siendo que los DESC dependen de “planes colectivos”, reconocerlos como atributos subjetivos los desnaturalizaría, sin embargo, resulta ello en un razonamiento errado, aun como planes colectivos, forman en cada individuo posiciones jurídicas, de las cuales pueden reconocerse como “atributos subjetivos”, o propiamente normas que facultan los intereses de las personas, como “derechos subjetivos”.

Ciertamente bajo el argumento de costos y dificultad de distribución, tenemos un “obstáculo”, pero no una “inconveniencia”, no es “obstáculo” el poder ver o no una violación a un derecho, sino la metodología para su satisfacción en primer lugar, o para su resarcimiento, en último y garante lugar.

Las Cortes pueden “impulsar” al Ejecutivo, imponiendo la realización de actos, sin tener que poner el “riesgo” la distribución y ejecución de planes sociales mayores.

4.2. OBLIGACIONES DEL ESTADO: UNA TRIPLE TIPOLOGÍA

Habiéndose superado los argumentos escépticos contra los DESC, es necesario explorar más acerca de esa “metodología” que en primer lugar, surtirá para implementar los DESC.

Así, tenemos a Asbjørn Eide, quien a principios de 1980 comenzó la labor de la creación de una técnica para poder comprender el concepto –*las obligaciones y exigibilidad*- de los DESC, a solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, con el fin de ayudarles a entender los requisitos de derechos humanos implicados en el ámbito de la cooperación para el desarrollo. Y Eide, pensó en una tipología que definiría la relación entre los derechos humanos y las obligaciones de los Estados, y el deber de los Estados de intervenir en las relaciones civiles y comerciales.

Es así que Eide elabora una triple tipología, llegando a la conclusión de que garantizar efectivamente los DESC: requiere que el individuo sea protegido de la interferencia de los actos del Estado, para lograrse en su esfera de libertad, implicando entonces una obligación de abstención; requiere que el Estado proteja al individuo además de la interferencia de otros actores, cuya conducta puede ser controlada por el Estado; y requiere que el Estado se encargue de determinados bienes y servicios, que sean necesarios y que si al dejarlos a manos del mercado privado dejen de ser suministrados adecuadamente. Todo ello sustentado sobre el Principio de Igualdad.

La tipología de Eide se puede resumir en el siguiente cuadro, como bien aporta el maestro De Schutter¹⁶⁰:

¹⁶⁰ Síntesis de DE SCHUTTER Olivier, en la introducción del editor en: DE SCHUTTER Olivier (ed.), “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, Ob. Cit.; Cfr. DE SCHUTTER Olivier, EIDE Asbjørn, KHALFAN Ashfaq, ORELLANA Marcos, SALOMON Margot, SEIDERMAN Ian, “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, [en línea], Human Rights Quarterly, Vol. 34, 2012, The John Hopkins University Press, pp. 1084-1169, [citado 08/08/2015], Formato PDF, disponible en internet: <<http://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/12/HRQMaastricht-Maastricht-Principles-on->

Obligación de respetar	Obligación de proteger	Obligación de satisfacer
Obligación de no interferir con los actuales niveles de disfrute.	Obligación de intervenir para controlar la conducta de los actores no-estatales.	Obligación proactiva de tomar pasos para avanzar hacia la plena realización del derecho.
Principio de No-discriminación		

La técnica de Eide fue muy bien recibida y reconocida, es así que la presentó en 1981 en un seminario de las Naciones Unidas, logrando una mayor aceptación internacional, al punto que su técnica fue importada en el sistema de la ONU por el mismo después de que se uniera a la “Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías” en 1981 –*hoy llamada Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*.

Y en gran medida, podemos señalar que esta tipología –*respetar, proteger, cumplir*- es también es de gran utilidad para comprender las implicaciones de los derechos civiles y políticos, como el derecho de acceso a tutela jurisdiccional, el derecho al voto, la libertad de expresión, incluso cuando también se requiere que algunos Estados se abstengan de interferir, que ellos protejan a los actores privados de conductas que pueden llevar a violaciones de ese derecho y que puedan requerir que Estados adopten políticas, las cuales con el tiempo se dirijan a mejorar el nivel de disfrute de los clásicos derechos civiles y políticos señalados.

Por último, podemos observar el auge de la concepción mediante positivización de la técnica del Eide y la interpretación de entes

ETO.pdf> en la misma que se realizan preciados comentarios a los principios de Maastricht partiendo de lo acotado por Eide.

internacionales en dos documentos¹⁶¹: Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos sociales y culturales, los que ofrecieron orientación en lo referente a toda la gama de derechos enunciados en el Pacto de DESC, es así que destacamos el apartado 6 de las Directrices de Maastricht, que señala sobre las obligaciones de respetar, de garantizar y de satisfacer:

Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen a los Estados obligaciones de tres clases distintas: la de respetar, la de garantizar y la de satisfacer. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación de estos derechos. La obligación de respetar exige de los Estados que se abstengan de ingerirse en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, se viola el derecho a la vivienda si el Estado practica desalojos arbitrarios y forzosos. La obligación de garantizar exige de los Estados que se opongan a las violaciones de estos derechos por terceros. Así, el hecho de que el Estado no garantice el cumplimiento por empleadores privados de las normas laborales básicas puede constituir una violación del derecho al trabajo o del derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de satisfacer exige de los Estados que adopten disposiciones legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para promover el pleno ejercicio de estos derechos. Así, puede constituir una violación el hecho de que el Estado no facilite cuidados médicos esenciales a los que los necesiten.

Vemos entonces que la naturaleza de los DESC no es “política” o “promocional”, sino que son derechos fundamentales, y como tales, derechos exigibles, es así que el enfoque presentado en Maastricht

¹⁶¹ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997. Reedición posterior en el documento de la ONU, E/C.12/2000/13.

implica una herramienta analítica, una positivización de la tipología de Eide, pero también podemos señalar que tal herramienta es estática, y quien finalmente la dinamiza es cada Estado, progresivamente, como veremos a continuación.

4.3. CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Luego de haber revisado la caracterización de los DESC, cabe realizarnos la pregunta primero en términos generales: ¿Cuál es el contenido esencial de un derecho? ¿Cómo se determina? O ¿quién?

Ello resulta algo complicado, por lo que la doctrina se aboca a estimar más que su contenido esencial, la restricción o limitación de este contenido esencial (Wesensgehalt) de los derechos fundamentales.

La protección a este contenido esencial sería entonces “esencial”, vale la redundancia por un sentido lógico de que la positivización de un derecho en una constitución no implica que sea realmente consagrado sino se protege o se efectiviza, pero también debemos recordar que ningún derecho es absoluto, por fundamental que sea.

Así lo diría el artículo 19 de la Ley Fundamental Alemana¹⁶², señalando en sus primeros dos párrafos lo siguiente:

(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

Situándonos en el contexto del contenido esencial, veremos que la restricción de un derecho –*por no ser ninguno absoluto*- tampoco es “absoluta”, puesto que el derecho limitado dejaría de ser llamado

¹⁶² Puede verse su traducción en español en el siguiente recurso: GARCÍA MACHO Ricardo y SOMMERMANN Karl-Peter (Trad.), “Ley Fundamental de la República Federal de Alemania”, [en línea], 2010, [consultado 15/12/2015], Formato PDF, Disponible en: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>>

como tal si fuera ello posible –*gran despropósito si incluso fuese consagrado como “fundamental”*- sino que, sólo se permite su limitación por una causa de interés general y necesario –*en vinculación a otros derechos o principios que requieren “mayor” satisfacción*- y hasta cierto punto, de no vulnerar su “contenido esencial”.

En tal sentido, el doctor Rubén Sanchez Gil, docente en la Universidad Autónoma de México, esquematiza las teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales en dos vertientes:

“La teoría absoluta, imaginando el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y, la sección circunferencial exterior, como la parte accesorio o contingente de los mismos.”¹⁶³

Siendo el núcleo “central” lo “intocable”, y su determinación conforme a reglas, lo que la hace “absoluta” es que, por estas reglas, habiéndose delimitado tal núcleo, se recibe como “absoluto”, pero el problema sigue siendo el mismo con el que comenzamos este apartado: ¿cómo determinamos al “núcleo”?

En caso de la segunda vertiente, Sánchez Gil dirá que:

“Para la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales afirma que éste no es preestablecido y fijo, sino determinable sólo casuísticamente en atención de las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.”¹⁶⁴

Llevándolo a sustentar su tesis central –*puesto que los párrafos citados son parte de las “notas finales” del autor*- y argumentar la necesidad e importancia del principio de proporcionalidad.

¹⁶³ SÁNCHEZ GIL Rubén, “El principio de proporcionalidad”, 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, ISBN 970-32-3939-0, pp. 111, 112.

¹⁶⁴ *Ibíd*em, p. 112

¿Y de qué trata este principio de proporcionalidad en este caso?
¿Qué es “proporcionalidad”?

El proyecto para la elaboración del Diccionario de la Ciencia y de la Técnica del Renacimiento (DICTER) nos expone una interesante propuesta concreta, y nos dice que la definición de “proporción” es:

“Disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí.”¹⁶⁵

Asimismo, “proporcionalidad” sería definida de la siguiente manera:

“Respecto o relación mutua que tienen entre sí dos cantidades de un mismo género”¹⁶⁶

Es así que, en sentido amplio nuestro “género” será el Derecho, y nuestras “cantidades” las “razones”.

Tendremos así una relación entre razones, que impulsarán actos, o que los limitarán.

Así es como se gestará el Principio de Proporcionalidad, desde el derecho público alemán, o como Alexy lo llama, la “Máxima de Proporcionalidad”¹⁶⁷, para quien en sentido estricto, hace referencia a la “optimización relativa a las posibilidades jurídicas”¹⁶⁸, aunque deba verse acompañado de sus pares, los “sub-principios” de idoneidad y necesidad, para lograr la real máxima de proporcionalidad, en sentido amplio.

Así, para Alexy¹⁶⁹, la “idoneidad”, como sub-principio de la Proporcionalidad en sentido amplio, implica que se excluyan medios que 1) no resulten idóneos, y 2) no permitan la realización de sus principios-fines; y la “necesidad”, como segundo sub-principio, por el

¹⁶⁵ En DICTER, “Diccionario de la Ciencia y de la Técnica del Renacimiento”, [en línea], Dir. MANCHO DUQUE Jesús, Universidad de Salamanca, [consultado 15/01/2016], Formato PHP, Disponible en: <<http://dicter.usal.es/>>

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., nota al pie 84.

¹⁶⁸ ALEXY Robert, “La fórmula del peso”, [en línea], en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ed. CARBONELL Miguel, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito – Ecuador, ISBN 978-9978-92-686-4, [consultado 15/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf>>, p. 15.

¹⁶⁹ ALEXY Robert, “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, [en línea], en Revista española de derecho constitucional, Año N° 22, N° 66, Madrid – España. ISSN 0211-5743, [consultado 16/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>>, pp. 27-31.

cual, ante dos medios que 1) busquen realizar determinado principio, y 2) sean igual de idóneos para tal principio, debe preferirse aquel – o *aquellos*- que no restrinjan o lesionen a un segundo –u *otro*- principio. Para Alexy, estos dos sub-principios aspiran a la optimización de “posibilidades fácticas”, a diferencia del principio ya adelantado, de proporcionalidad en sentido estricto.

Es entonces que vemos el intento de Alexy por motivar la protección y garantía de un principio en cuanto sus posibilidades tanto fácticas como jurídicas lo permitan posible, todo ello a través de una valorización o apreciación mediante el uso de la máxima de proporcionalidad, de la cual diversos autores aprecian que tiene su fundamento en la misma esencia del Estado Constitucional, no por menos Bernal Pulido –*citado por Pedro Grandez Castro*- se dirigiría a exponer cuatro fundamentaciones “complementarias”, como son:

“(i) la propia naturaleza de principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de Derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad.”¹⁷⁰

Aunque vayamos a diferir ligeramente, aceptamos la fundamentación del principio de proporcionalidad.

Tal como hemos indicado anteriormente, ningún derecho es absoluto, pero ello no quiere decir que se deba perder esfuerzo por su implementación, sino que la misma debe ser en las medidas fácticas y jurídicas posibles, lo que encuentra relación en el concepto de Alexy en función a los principios, no por “coincidencia semántica”, sino por la “naturaleza” que pueda atribuírsele a los derechos fundamentales.

Sin embargo, ello resulta demasiado amplio para ser conceptualizado o definido sólo a los “derechos fundamentales”, sino que los “principios” parecen ser “cualidades de”, equiparables a eso tan

¹⁷⁰ GRÁNDEZ CASTRO Pedro P., “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, [en línea], en Revista do Observatório da Jurisdição Constitucional, Año 3, 2009/2010, Instituto Brasileiro de Direito Público, ISSN 1982-4564, [consultado 16/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/download/394/268>>, p. 3.

abstracto como la “dignidad”, tal como la hemos estudiado al principio de la presente investigación.

Así, para nosotros, la proporcionalidad no encontraría su fundamentación en la “naturaleza de principios” de los derechos fundamentales, sino en las “buenas razones” que ilustran los mismos y que forman normas, como “obras” en palabras de Heidegger.

En cuanto a un fundamento en el principio del Estado de Derecho, Bernal Pulido defiende su tesis atacada en aspectos de legitimidad formal instrumental, en el sentido de que 1) si bien el Legislativo se rige por el principio de legalidad, es también cierto que en los llamados “actos no reglados” goza de discrecionalidad, y 2) “la jurisdicción ordinaria puede decidir allí en donde no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del Derecho ordinario o la valoración de las pruebas”¹⁷¹ alude a una subjetividad ineludible, tal como en el caso de los “actos discrecionales”, pero en todo, controlables –o *por lo menos “sustentables”*- por medios metodológicos como la ponderación, por la cual, tanto en una dimensión institucional, como aquella que otorga poder deliberativo y de sujeción a la interpretación de órganos como el Tribunal Constitucional, como en una dimensión de la corrección, en la que incluso las Cortes Constitucionales deben respetar lo establecido –*en forma de “márgenes de acción”*- por el Legislador –*sea directamente el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo por delegación*- así como por la Jurisdicción ordinaria.

En otras palabras, resulta en un instrumento metodológico de interpretación y control constitucional, incluso sobre los Poderes, no como injerencia, sino como protección de los mismos, y en consecuencia, del mismo Estado de Derecho.

Por otro lado, en cuanto a la justificación de Justicia, ello obedece –y *obedecerá*- a cuestiones subjetivas y apreciaciones de cada autor,

¹⁷¹ BERNAL PULIDO Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, [en línea], en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 30, 2007, ISSN 0214-8676, Alicante – España, [consultado 16/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf>, p. 291

no por menos Recaséns Siches, aun desconociendo del trabajo de Alexy, se expresaría en los siguientes términos:

“El análisis de todas las doctrinas sobre la justicia, desde los pitagóricos hasta el presente, pone de manifiesto que entre todas las teorías se da una medular coincidencia: el concebir la justicia como regla de armonía, de igualdad proporcional, de proporcionalidad, entre lo que se da y se recibe en las relaciones interhumanas, bien entre individuos, bien entre el individuo y la colectividad.”¹⁷²

Y aunque quizá sea una malinterpretación sobre el pensamiento de Recaséns, diremos que si bien se refería a cuestiones de “resultado”, bien pueden darse en aquellas de interpretación, en una forma más interna, entre las razones que se dan y se reciben, y lo que debe aplicarse por argumentación en virtud de las mismas, en otras palabras, bien entre entes o bien entre razones que exponen los tales, una concepción de Justicia, nombre cual fuera luego tomado intrínsecamente –a *nuestro parecer*- en lo que tenemos por Estado Constitucional o Neo Constitucional.

Así, lo que se “da”, puede ser de una voluntad concreta de la persona, quizá como algo altruista, o por una voluntad abstracta, vertida en la Constitución, que llegará a significar en cierto punto la afectación o no satisfacción de determinado principio –en Alexy- y lo que se “recibe” como la satisfacción, en un sentido contrario, pero proporcional, al primero.

Por último, y sin restar importancia de ningún modo, la fundamentación complementaria en caso del principio de interdicción de arbitrariedad, que nace desde el principio del Estado de Derecho, la cual parece no ser tan “complementaria”, sino que podemos percibirla como parte de la necesidad de la máxima de

¹⁷² RECASÉNS SICHES Luis, “Tratado General de Filosofía del Derecho”, 19ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F. – México, 2008, ISBN 978-970-07-6480-X, p. 497.

proporcionalidad, eso es, la necesidad de fundamentación¹⁷³, la limitación de la subjetividad por elementos metodológicos.

Así, esta herramienta se presta a limitar la “discrecionalidad”, no imponiendo cargas “proporcionales”, sino sustentándolas como tales.

A esto, ¿cómo podría darse o aplicarse el principio o la máxima de proporcionalidad en los DESC?

Ciertamente, la técnica referida –*máxima de proporcionalidad*- alude a la restricción de la arbitrariedad sobre la afectación de principios – *que ilustran derechos, y por tanto, la afectación de derechos*- y como comentamos inicialmente sobre lo descrito por Sanchez Gil, nos hacen posible proteger el “núcleo” de los derechos, como quien “corta una fruta” para ver el “centro”.

Sin embargo, la naturaleza de los DESC, con una abstracción mayor a la de los derechos civiles y políticos, complica esta situación, ya que, en el caso de los derechos civiles lo jurídico “la propiedad se respeta y garantiza” expone el “mínimo vital” de los derechos en un sentido negativo –*en el que no puede haber transgresión del Estado, o arbitrariedad sobre los mismos*- para luego desarrollarse en sentido positivo –*un sistema que haga efectiva y eficiente la protección, garantía y tutela del derecho a la propiedad*- lo que sucede, con toda una complejidad distinta, en los DESC, en el que partimos de un punto distinto, no desde un sentido “negativo” –*a menos que existan condiciones que logren la implementación de determinado DESC*- sino desde uno positivo con miras a lograrlos.

¿Entonces cómo podríamos aplicar la máxima de proporcionalidad para develar el “núcleo básico” de los DESC? O en todo caso ¿cuál es su utilidad práctica en los mismos?

Alexy, siguiendo a Böckenförde y a Hesse, se limitará a sustentar la fundamentalidad de los DESC, así como la particularidad de las obligaciones que emanan –*sin tener que expresarse sobre el “modo”*

¹⁷³ “En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.” (STC N° 00090-2004-AA/TC, F.J. 12.b)

de “cumplirlas”- sin mayor apego de la máxima de proporcionalidad, puesto que la misma es general para todo principio y derecho, ¿entonces cómo aplicarla en los DESC para nuestros fines?

Primeramente debemos revelar la estructura de la conexión de los derechos entre proporcionalidad y alternatividad, implicando esta última que “la omisión anticonstitucional no tiene equivalente alguno definitivo, sino tantos posibles equivalentes como alternativas existan”¹⁷⁴, esto debe entenderse en el marco que el “no accionar” (omisión) del Estado en cuanto obligaciones suyas (como la real garantía de la Constitución) resulta en una actitud “inconstitucional” – o “anticonstitucional” en palabras de Alexy- a esto, si bien Alexy se refiere en énfasis a los llamados “derechos a protección”, los utilizaremos como un marco general –aunque con ello se “desnaturalice” la intención¹⁷⁵ de Alexy- y nos situaremos en un elemento que es muy incidente en los DESC: el mercado.

¿Qué sucede con la regulación del mercado y la proporcionalidad?

Sea en el derecho a la alimentación o a la propiedad, desde una idea “liberal” diríamos que el derecho a la alimentación o a la propiedad es cubierto por el mercado, y que el Estado no debe ser un “intruso” puesto que afectaría “diversas libertades”, en ese sentido, son leyes económicas más que jurídicas las que regularán estos derechos: oferta y demanda.

Sin embargo, si bien se aprecia *prima facie* un tanto “extremista”, sus aun defensores sostienen que debe ser así para que las personas sientan la necesidad de “superación”¹⁷⁶, ¿Ello resulta racionalmente proporcional?

¹⁷⁴ ALEXY Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, [en línea], en Derechos sociales y ponderación, 2ª Edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid – España, 2009, ISBN 978-84-612-1228-6, [consultado 18/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion/DERECHOS_%20SOCIALES_Y_%20PONDERACION.pdf>, p. 55.

¹⁷⁵ Alexy emplea la relación entre la estructura alternativa de los llamados derechos a protección con su máxima de proporcionalidad, para observar esta distinción y percibir las diferencias estructurales entre derechos de defensa y a protección, no para determinarlos, sino para fundamentación, aunque en el desarrollo de su ponencia Alexy haya decidido no ocuparse de los “derechos a prestaciones”, centrándose más en los “derechos a protección”, Cfr. ALEXY Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, Ob. Cit., pp. 45-84.

¹⁷⁶ No sin más el doctor en filosofía Axel Kaiser podría haber declarado que “El camino igualitarista es un camino estatista y ése es el de la ineficiencia, corrupción, despilfarro, la destrucción de las libertades y eso no permite

Sin tener que recurrir a los esquemas de Alexy, podemos percibir fácilmente que 1) dejar a desprotección a personas en situación económica desfavorable o en un contexto en el que exista propiamente “mercado” implica una afectación “severa” al derecho a la alimentación y una interferencia “leve” –*por no decir “nula”, para encajar en el contexto del pensamiento de Alexy-* a los derechos autoregulatorios del mercado; 2) que el Estado provea los alimentos directamente sería “destruir” el mercado, o impedir no exista uno, significando una afectación “leve” –*o inversamente proporcional una satisfacción de intensidad severa-* al derecho a la alimentación y una interferencia “severa” al mercado; 3) que el Estado participe únicamente como “supervisor” de la competencia, para que no se fomenten “excesos” o “abusos”, resultaría en una afectación “moderada” –*no dejando a la desprotección ni proveyendo alimentos-* al derecho a la alimentación, y una interferencia igualmente “moderada”; 4) por último, que el Estado participe en la subvención (en un porcentaje razonable del precio) únicamente de productos de primera necesidad por tiempo prudencial, implica también una afectación “moderada” al derecho a la alimentación y una interferencia igualmente “moderada” sobre el mercado.

Entonces, aunque exista una relación inversa entre las razones distintas enfocadas o representadas de un lado por el derecho a la alimentación y por otro a aquellas representadas por el libre mercado, se observa la proporcionalidad de estas relaciones, percibiéndose además la posibilidad de un aparente óptimo en las situaciones 3) y 4).

A ello debe sumársele un elemento adicional, en relación ya no a la actitud del Estado, sino a su posibilidad, esto es, en cuál de ambas situaciones –*en las que se observa la alternatividad a la que hemos hecho mención-* existe mayor incidencia económica.

que las personas y los países salgan adelante.” (GÓMEZ Uziel, Entrevista a Axel Kaiser, [en línea], en El Líbero, publicado 04/01/2016, [consultado 18/01/2016], Formato PHP, Disponible en: <<http://ellibero.cl/actualidad/axel-kaiser-los-derechos-sociales-son-un-mito-un-derecho-social-es-un-derecho-a-la-plata-de-otro/>>)

Y tal cuestión es fácil de ser notada en el ejemplo mostrado, ya que en la tercera situación el Estado se presenta como un actor supervisor, a diferencia de la cuarta situación, en la que el Estado va a subvencionar productos, lo que implica lógicamente un gasto mayor, claro está, en ambas situaciones el Estado debe implementar todo un sistema normativo e institucional *–no necesariamente una “institución nueva”, pero si una regulación especial-* y por tanto, la alternativa más “equilibrada” y “proporcionalmente óptima” sería la tercera, en base a las tres razones ponderables: derecho a la alimentación, libre mercado, y competencia (económica) del Estado.

Esto, sin embargo, resulta en un ligero problema para el caso de los DESC, y es que, no en toda situación se va a tener un “mercado preparado” *–con ello nos referimos a todos los actores que participan en el comercio, desde el productor, comercializador, hasta el consumidor final-* para que el Estado sólo se sienta a “supervisar”, sino que, para motivar esta situación, deben mediar condiciones anteriores, estas “para preparar al mercado” y que se auto sustente, sin dejar en ningún momento en desprotección a la ciudadanía, sobre todo a quienes no tienen los medios para satisfacción de los DESC.

Así, la proporcionalidad, como máxima y elemento clave del test de ponderación, se presenta como un intento de solución a los casos difíciles, apoyado “en las circunstancias”, pero limitando el derecho en función a esta máxima *–o principio-*, y de este resultado intentando obtenerse *–u observarse-* un “núcleo” en cada caso concreto, tal como hemos mencionado.

Sin embargo, esta “máxima” sólo es una herramienta descriptiva que sujeta dos razones para encontrar un “balance”, pero a pesar de ello, resulta insuficiente, en el sentido que, aunque sirve de “balanza”, aunque circunstancial, no define lo que “será pesado”, dejando a “creatividad” de quien realice el test *–por no decir arbitrariedad-*, en otras palabras, esta herramienta metodológica sirve para fundamentación de una “idea” a ser plasmada por el Derecho en la realidad, el ejemplo concreto lo tenemos en los casos judiciales, así, en un conflicto jurídico judicializado *–que verse “derecho” vs.*

“derecho-”, no es la ponderación o la proporcionalidad la cual daría la “solución” al caso planteado, sino el Juez, por medio –es lo que se espera actualmente- de la ponderación el que la “impartiría”, la ponderación no ayudaría tampoco a encontrar la solución, sino a “fundamentarla”.

En otros términos, la proporcionalidad no “proporciona”, sino “describe”, quien “proporciona” es el actor, o el Juez, en nuestro ejemplo, la proporcionalidad es sugerente, mas no “dirimente”.

Entonces aun el “contenido esencial” o “núcleo” de los derechos fundamentales, puede “vaciar” o “reducirse”, si ello es bien “fundamentado”, así es como García Amado sustenta que el método de ponderación “no es un método garantista de los derechos fundamentales, sino un método que los pone en peligro, por cuanto que basta destacar la importancia, el peso, la relevancia, de determinados principios constitucionales expresos o implícitos, en una determinada coyuntura, para que se justifique, para que aparezca como constitucionalmente legitimada, la afectación negativa de un derecho fundamental, incluso en su núcleo básico”¹⁷⁷, un método que además puede envolver multitud de dilemas morales¹⁷⁸.

Esto es parte del Derecho, y su formación por “argumentación” y no por “descubrimiento”¹⁷⁹, ¿Entonces cuál es el sentido del presente apartado?

No queremos presentarnos como “nihilistas” jurídicos, ni restar importancia al ejercicio de proporcionalidad o la teoría de la ponderación, las críticas existen, pero el presente apartado no busca

¹⁷⁷ GARCÍA AMADO Juan Antonio, “Derechos y ponderación” [video], Universitat de Girona, 20 de Febrero, 2015, Girona – España, Formato FLASH, [citado 24/01/2016], Disponible en internet: <<http://bit.ly/1nL2BxU>>

¹⁷⁸ Cfr. MÖLLER Kai, “Proportionality: Challenging the critics”, [en línea], on International Journal of Constitutional Law (I•CON), Vol. 10, Nº 03, 2012, Oxford University Press and New York University School of Law, North Carolina – USA, pp. 709-731, ISSN 1474-2659, [consultado 24/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/10/3/709.full.pdf>>.

¹⁷⁹ A esto debemos agregar que por “argumentación” tenemos “creación”, pero no una “creación de la nada”, sino una a partir del mismo Derecho, de su unidad y coherencia, de sus principios y razones más básicos y fundamentales, en ello encuentra cabida también la filosofía del Derecho, así, sobre el Derecho, mediante argumentación, tenemos una labor creativa, en un sentido Heideggeriano como aquel que apostamos y sustentamos al inicio en nuestro marco filosófico sobre la dignidad, elemento que sirve para desarrollo, para “creación” o “formación”.

“aumentarlas”, aunque vaya a ser punto de discusión en cualquier lector, sino que hemos querido presentar el matiz especial que tienen los derechos, con énfasis en caso de los DESC, en relación a su “contenido esencial”.

Y es que por “proporcionalidad” estimamos caso por caso, subjetiva, pero metodológicamente, el peligro lógico es argumentar en contra de los mismos derechos, y es uno presente en cada ejercicio ponderativo.

Entonces, aunque por “proporcionalidad” se intente llegar a un “núcleo básico” mediante “cortes” a determinado derecho, no nos encontramos de acuerdo en tal “función”.

Sino que es necesario observar la especial naturaleza de los DESC, la cual hemos tratado de conceptualizar en apartados anteriores, expresando ciertos aspectos de lo que vamos a decir a continuación, esto, en una manera sintetizada expresada por la Corte Constitucional de Colombia, la cual en el caso Vera Parada y Gallego Ortiz contra el municipio de Turbo, un caso de inconstitucionalidad por omisión, consideró lo siguiente:

“Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Carta Política. Gradualmente, los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, (...)”¹⁸⁰

Entender esta situación es necesario, lo discutido anteriormente sobre la calidad de los DESC, como derechos, y derechos subjetivos,

¹⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-207/95, F.J. 3, párr. 3.

se resume en términos prácticos –*practicables*- en lo citado líneas arriba.

Así, tal como hemos dicho, existen condiciones necesarias para los DESC, condiciones previas a la satisfacción de los mismos, y a la plena realización entonces de los derechos civiles y políticos, entonces, son programáticos, aunque cueste aceptarlo para algunos, por su aplicabilidad práctica, pero no por ello dejan de ser derechos subjetivos, debido a su necesidad y como base en pos de la dignidad de la persona, incluso su eficacia puede ser en relaciones de privados, pero sus bases radican en vía de relaciones –*y en relación a ello existen obligaciones*- del Estado a sus particulares.

Es por ello que el método de “proporcionalidad” es insuficiente, porque los DESC implican mandatos deontológicos, que deben cumplirse, objetivos a los cuales apunta el Estado, y aunque no son de resultado “inmediato” sino “progresivo”, forman parte de las obligaciones Estatales, entonces, debido a su “evolución” diríamos que van “desarrollando” su “núcleo básico” esto es: su contenido esencial.

Hemos indicado en cierto momento, que los derechos subjetivos, como posiciones jurídicas que ostenta cada ente, obedecen a las “buenas razones”, y como Joel Feinberg –*citado por Arango*- lo diría:

“Yo prefiero definir derechos como reclamos válidos en lugar de justificados, porque sospecho que la justificación es una cualificación muy amplia. ‘Validez’ como yo la entiendo, es la justificación de una clase peculiar y estrecha, es decir, justificación dentro de un sistema de reglas. Un hombre tiene el derecho legal cuando el reconocimiento oficial de su pretensión (como válida) es llamada por las normas que lo rigen.”¹⁸¹

Entonces, (el “qué” de) el “contenido esencial” de cada derecho, sería determinado no sólo por razones subjetivas –*que siempre estarán en*

¹⁸¹ “I prefer to define rights as valid claims rather than justified ones, because I suspect that justification is too broad a qualification. ‘Validity’ as I understand it, is justification of a peculiar and narrow kind, namely justification within a system of rules. A man has a legal right when the official recognition of his claim (as valid) is called for by the governing rules” (ARANGO Rodolfo, Ob. Cit., nota al pie 19, p. 66.)

toda discusión- sino también por aquellas de cualidad objetiva, de lo deóntico, ilustrado por las “buenas razones” y de lo fenomenológico y existente, ilustrado por la “competencia del Estado”.

A esto, (el “cómo”), ¿Cómo distinguir su “contenido esencial”, si se encuentra en tanto “movimiento”?

No sólo es posible llegar a esta ecuación por medio del principio de proporcionalidad, puesto que existen otros “similares” –*la distinción está en el tratamiento metodológico propiamente-* como el principio de razonabilidad, que comentaremos al término de la investigación, como método adoptado cuya importancia argumentaremos en su oportunidad.

Sólo nos limitaremos –*en este apartado-* a decir que, en relación a la protección del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, y en especial atención a la naturaleza de los DESC, es preponderante la obligación de progresividad, que constituye –*en palabras de Victor Abramovich y Christian Courtis-* en un sentido positivo “gradualidad” en relación a la satisfacción de los DESC, y “progreso” en relación a la “obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁸², y en un sentido –*que nosotros llamamos así-* negativo en una obligación en forma de prohibición de regresividad, definida así por Abramovich y Courtis:

“De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles [implementación de los derechos], los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y (...) [que] importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes”¹⁸³

Entonces, finalmente diremos que, el principio de proporcionalidad es insuficiente ya que, orientado en el ejercicio ponderativo se deja mucho a la subjetividad, la cual no es nociva en sí misma, pero que puede tornarse de tal forma, en ese sentido, el “núcleo básico” de los

¹⁸² ABRAMOVICH Victor y COURTIS Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta, Madrid – España, 2002, p. 93

¹⁸³ *Ibíd*em, p. 97

DESC se va a concretar no por cuestiones de proporción y sesgo, sino por cuestiones de desarrollo y progresividad, es por ello que preferimos el criterio de razonabilidad al de proporcionalidad, criterio cual examinaremos *in fine*, como una propuesta de limitación al ejercicio jurisdiccional en relación a los DESC.

Sin perjuicio de ello, vamos a ver más adelante, al considerar las obligaciones internacionales del Estado en el foco de tutela y Justiciabilidad de los DESC, obligaciones que suponen una cobertura sobre lo denominado como “mínimo esencial”.

4.4. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Alexy criticará en su Teoría de los Derechos Fundamentales la necesidad de fundamentación para considerar a los DESC realmente como “derechos fundamentales”, así indica por ejemplo que:

“(…), el hecho de que en el caso de los derechos a prestaciones se trate de algo importante —lo que, por lo demás, no es discutido por quienes rechazan su clasificación como derechos constitucionales— no es razón suficiente para conferirles el rango de derechos fundamentales”¹⁸⁴

Y es que para Alexy, un derecho se torna en fundamental no por su mera importancia, sino por su necesidad, esto es, que sea “intocable” —*que no sea afectado o disminuido*- por el Legislador, restringiendo su libertad, esta es una concepción formal.

Pero Alexy dice también que la concepción formal “tiene que y puede ser llenada con concepciones materiales”¹⁸⁵, y esa concepción material no es sino determinada por el concepto de dignidad; en tal sentido, Alexy expresaría así lo siguiente:

¹⁸⁴ ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ob. Cit., p. 433.

¹⁸⁵ *Ibíd*em, p. 434.

“Tanto la dación de contenido a lo formal como la explicación de la concepción material básica son tareas de la argumentación substancial del derecho constitucional”¹⁸⁶

Partiendo de la doctrina de su maestro, Rodolfo Arango, se expresará en estos términos:

“Los derechos subjetivos de rango constitucional, no se identifican con el texto literal de una norma legal, sino que se ganan en la interpretación. Ello obedece a la naturaleza de las normas constitucionales iusfundamentales (vgr. El derecho a la igualdad)”¹⁸⁷

Es en esa perspectiva que Alexy concluirá diciendo:

“(P) Sobre la base de normas iusfundamentales, cada cual se encuentra en las posiciones de derechos a prestaciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o denegación no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.”¹⁸⁸

Bien, lo que queremos es claridad para la consideración de derechos como fundamentales.

Desde el apartado que hemos dedicado a los derechos subjetivos debemos entender que la consideración o atribución de un derecho a la persona desprende distintos efectos, que hemos acogido como posiciones jurídicas, estas no serán sino normas jurídicas desprendidas de dispositivos.

A esto, una característica se suma, un derecho subjetivo se torna en fundamental cuando se argumenta su necesidad en el marco del Derecho Constitucional, siendo elemento “constituyente” de la dignidad, o conforme nos hemos abstraído en Heidegger, “obra” que expresa y parte de la dignidad.

¹⁸⁶ *Ibíd*em, p. 435.

¹⁸⁷ ARANGO Rodolfo, *Ob. Cit.*, p. 72.

¹⁸⁸ ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Ob. Cit.*, p. 435.

4.4.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Qué implica hablar de constitucionalización? Hemos titulado este apartado como “la constitucionalización de los DESC”, refiriéndonos al sentido de fundamentalización de los DESC en el derecho nacional.

Dicho en otras palabras, aquel proceso de concretización normativo-jurídico de los derechos en el Derecho interno o nacional.

Hemos visto anteriormente cómo funciona o cómo se presentan los derechos propiamente dichos a nivel nacional como a nivel internacional: todos dependen de una Constitución, como aquella que funda y fundamenta un Estado y su ordenamiento jurídico (Constitución en sentido estricto) o aquella que funda y fundamenta al ordenamiento jurídico internacional (Constitución en un sentido lato, como lo que “constituye” un orden, sustentado en la dignidad).

Carlos Hakansson Nieto¹⁸⁹ nos cuenta que históricamente la protección y dinamismo de los derechos humanos surge con una Constitución (Derecho Nacional), tal como la Carta Magna de 1215, y se extiende así al Derecho Internacional a través del Derecho de los Tratados, impulsado por hechos como la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, este paso es uno de reconocimiento, en un contexto en el cual se iniciaba el desarrollo de lo que hoy tenemos como Derecho Constitucional, un desarrollo que tuvo y tiene distinta experiencia, caracterizando y diferenciando Sistemas Jurídicos, partiendo de los llamados derechos anglosajón y europeo continental.

¹⁸⁹ HAKANSSON Carlos, “Posición constitucional de los tratados de Derechos Humanos en la Carta de 1993”, en la Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú, 1ª Edición, Palestra Editores, 2015, ISBN 978-612-4218-31-6.

Así, vamos a situarnos en el europeo continental, cuya influencia es imperante en nuestro ordenamiento jurídico, y entonces tenemos que nuestro proceso de constitucionalización es importante, y veremos en qué modo y no tanto “por qué”, pues ello ya lo hemos sostenido con anterioridad.

Y es que tenemos una inspiración constitucional que parte de Kelsen, quien junto a otros, revalorizó la Constitución y mostró la jerarquía y dimensión realmente normativo-jurídica que importa.

A esto, antes de continuar, debemos recordar cuáles han sido los antecedentes y bases normativo-jurídicos que hemos planteado al caso: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, e incidentemente el Pacto Internacional de los DESC.

¿Es necesaria una “constitucionalización”? Más que necesaria, es automática, recordemos que el fundamento que constituye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es tal cual el que constituye al Derecho Interno: la dignidad, ¿y cómo?

Si bien el sistema constitucional europeo continental resulta más “cerrado” que el anglosajón, este no niega la validez del Derecho Internacional, en virtud que su sustento¹⁹⁰ se encuentra en la misma Constitución, indispensable si queremos orientarnos en una “ideología política del pacifismo”¹⁹¹.

Entonces tenemos que incluso en el pensamiento de Kelsen existe apertura hacia el Derecho Internacional, la validez del mismo por ende no resulta en un problema; el debate entonces se traslada al valor jerárquico, el cual sería

¹⁹⁰ “Así, la ley que autorizó es la razón para la validez de esta norma” (KELSEN Hans, “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”, 3ª Edición, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima – Perú, 2001, p. 75), Cfr. KELSEN Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Ob. Cit., pp. 225-228.

¹⁹¹ KELSEN Hans, “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”, Ob. Cit., p. 105.

interesante comentar, pero nos alejaría del propósito del presente apartado.

A lo que se apunta es a la armonía jurídica, y teniendo en vista al Derecho Constitucional como al Derecho Internacional, advirtiendo que no son “excluyentes” en si mismos, tenemos lo siguiente: la constitucionalización de los derechos humanos como los DESC no se suscitará en una consagración positiva de los mismos en la constitución, sino en su reconocimiento como parte del llamado bloque de la constitucionalidad.

En ese sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos una singular función sobre el Derecho Constitucional, ya que a través de las normas internacionales, el profesor Hakansson nos dice que:

“(...) complementan el catálogo de derechos y libertades de las constituciones codificadas, porque forman parte del derecho nacional. De tal modo, que los jueces también podrían invocar sus disposiciones (...)”¹⁹²

Esto va a verse reflejado incluso positivamente en nuestro Constitución de 1993, la cual en su Cuarta Disposición Final y Transitoria indica lo siguiente:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Disposición que ha sido interpretada y aplicada por nuestro Tribunal Constitucional en distinta jurisprudencia, y que a su criterio:

¹⁹² HAKANSSON Carlos, Ob. Cit., p. 38.

“Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional.”¹⁹³

Haciendo del mismo modo, el reconocimiento al cual hemos hecho referencia en relación a los derechos humanos consagrados en el orden jurídico internacional, en tal sentido nuestro Tribunal Constitucional indica que:

“Los ‘derechos de naturaleza análoga’ [a los que alude el númerus apertus del artículo 3 de la Constitución] pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, (...) resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza ‘constitucional’.”¹⁹⁴

En efecto, la validez se ilustra sobre bases de la relevancia y necesidad de los derechos humanos, y se fundamenta sobre la misma Constitución.

4.4.2. OBLIGACIONES DEL ESTADO PERUANO POR LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

¹⁹³ STC N° 1124-2001-AA/TC, F.J. 9

¹⁹⁴ STC N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 30

En este apartado no desarrollaremos cuáles son las obligaciones efecto de la constitucionalización de los derechos humanos, sino qué representan.

Y es que, el reconocimiento es el primer paso en el proceso de constitucionalización, el cual hemos visto en el apartado precedente, que podemos decir, lo tenemos “cumplido”.

Sin embargo, la etapa más importante no es el reconocimiento sino el cumplimiento, este de manera efectiva, por supuesto.

Esto es la superación del simbolismo, tal como lo habríamos expresado a través de Lassalle, debemos superar a la Constitución “de papel”, hasta este punto tendríamos una constitucionalización simbólica¹⁹⁵ de los derechos humanos en caso contrario.

Y siendo válido el Derecho Internacional en virtud de lo expuesto, torna también simbólica a la Constitución.

La obligación que representa la constitucionalización de los derechos humanos, como los DESC, implican entonces la implementación de los mismos, su puesta en acción en el orden interno, esto en todas sus dimensiones: normativa, institucional-administrativa, y jurisdiccional.

Conforme elementos objetivos, ya ilustrados anteriormente, sustentados argumentativamente, imperantes y necesarios en virtud del logro de la misma dignidad.

5. LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

5.1. NOCIONES PREVIAS Y DERECHO INTERNACIONAL

¹⁹⁵ Como algo que “figura” que busca una “satisfacción” quizá mediática, cuyos efectos alcanzan incluso a la normativa derivada de este “simbolismo”, lo que sería entonces una legislación constitucional “normativamente ineficaz”. Cfr. NEVES Marcelo, “La constitucionalización simbólica”, Palestra Extramuros, Palestra Editores, Lima, 2015, ISBN 978-612-4218-38-5.

Tal como hemos observado en los aspectos sustantivos de los DESC, debemos hacer una diferenciación necesaria en relación a la Tutela Jurisdiccional frente a estos derechos, debiendo recordar la determinante estructura que tienen los DESC al respecto.

Así, en primer lugar se hace necesario dialogar acerca del derecho humano al recurso eficaz y una descripción somera de la Tutela Jurisdiccional como institución jurídica procesal.

5.1.1. EL DERECHO AL RECURSO EFICAZ

5.1.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL

Si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pese a los innumerables intentos por dotarle de fuerza vinculante, no tiene un alcance jurídico obligatorio, en la doctrina y en la práctica internacional su concepción ha evolucionado¹⁹⁶ en gran manera.

Así, si bien considerada una *soft law*, es todo un modelo interpretativo que ilustra al Derecho Internacional, esto es, los deseos, aspiraciones y promesas realizadas por diversos países, que si bien no pactaron que la Declaración fuera vinculante, sí plasmaron su voluntad en la misma.

En ese sentido, cabe citar dos artículos de la Declaración a continuación:

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que

¹⁹⁶ Cfr. PONCE MARTÍNEZ Carlos F., "La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos", [en línea], en Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 19-20, 2001-2002, Universidad de Extremadura, Cáceres – España, ISSN 0213-988X, pp. 253-279, [consultado 11/02/2016], Formato PDF, Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831275.pdf>>

violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Estos artículos serán la base y marco interpretativo que perseguirán distintos Pactos Internacionales y Constituciones en el mundo.

No hablamos sino del derecho al *recurso eficaz*, uno que, es indispensable para la manutención y garantía, así como plena efectividad de los derechos humanos en general, constitucionalizables tal como hemos visto anteriormente.

En tal sentido, una de sus expresiones se vierte en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, específicamente en el párrafo 3 del artículo 2, el cual indica:

Artículo 2 (...)

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido

cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;*
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

Este dispositivo debe interpretarse a la luz de lo dicho por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 31¹⁹⁷

15. El párrafo 3 del artículo 2 exige que, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, los Estados Partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas, con inclusión en particular de los niños. El Comité atribuye importancia al establecimiento por los Estados Partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno. El Comité advierte que el

¹⁹⁷ Comité de Derechos Humanos (2004), Observación General N° 31: Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225)

disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional. Se requieren en particular mecanismos administrativos para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos, dotadas de facultades adecuadas, pueden contribuir a este fin. La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz.

El maestro De Schutter¹⁹⁸ resalta en ello una situación: el derecho al recurso eficaz puede ser satisfecho en vía administrativa aunque el Pacto se incline a la otra vía, expresando que el Estado “desarrollará las posibilidades de recurso judicial”, pero además resalta algo central, en ambas vías, algo debe sumarse: reparación, como ya lo agregaría el siguiente párrafo de la ya citada Observación General N° 31 del Comité de Derechos Humanos:

¹⁹⁸ DE SCHUTTER Olivier, “International Human Rights Law”, Ob. Cit., pp. 809-817.

“16. (...) Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple. (...)”

Entonces tenemos que la “reparación” es una de las exigencias del Derecho Internacional sobre las violaciones de Derechos Humanos, violaciones cuyo sujeto activo puede ser incluso el Estado, tal como hemos visto en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, garantizando derechos humanos “aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Haciendo un paréntesis, debemos atender cierto cuestionamiento, ¿cuál es el objeto de citar el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos?

Tal interrogante es “lógica”, ya que nuestro foco está direccionado a los DESC, y la respuesta a tal situación encontrará su “lógica” en el mismo desarrollo de Antecedentes que hemos realizado en la presente investigación.

Esto es, siendo que el derecho al recurso eficaz, a la misma Justiciabilidad de los derechos humanos, se desarrolló de mejor manera, y concretó positivamente en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Es entonces que vale citarlos por su desarrollo e interpretación realizada por Entes internacionales como el Comité de Derechos Humanos.

Así, este primer concepto, aunque general, que hemos percibido acerca del recurso eficaz, es aquel que utilizaremos en relación a la Justiciabilidad de los DESC.

¿Pero si el Pacto Internacional de DESC no menciona al “recurso eficaz”?

Ciertamente no lo hace, así como tampoco lo declara como tal el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aunque ciertamente podemos inferir un derecho tal de su citado párrafo 3 del artículo 2.

Sin embargo, es también de cierto que no hay una disposición “similar” *–por así decirlo–* en el Pacto de DESC, ¿Entonces, podemos o no considerar el derecho al recurso eficaz en caso de los DESC?

Pues bien, aunque hemos presentado un inicial concepto sobre recurso eficaz en el presente apartado, debe recordarse que estamos analizando su construcción desde el Derecho Internacional, tal como se percibe de la nomenclatura del apartado.

La respuesta entonces reside en la misma naturaleza y objeto del tratado sobre los DESC: un compromiso vinculante de los Estados parte.

El principio del Pacta Sunt Servanta hace su aplicación, así, como una regla básica, tenemos que el incumplimiento de un Estado frente a obligaciones derivadas de un Tratado válidamente celebrado, producen Responsabilidad Internacional en tal Estado.

Por consiguiente, a nivel internacional podemos decir con facilidad que el derecho al recurso eficaz “existe”.

Lo difícil viene en la aplicación de este derecho, en sus consecuencias, que viene siendo parte de la presente investigación.

Derecho que se irá traduciendo y concretando a nivel positivo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el novísimo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el mismo que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 19 de diciembre de 2008, y que entró en vigencia con fecha 5 de mayo de 2013, tratado cual se encuentra en proceso de implementación integral, y que si bien el Perú no es suscribiente, representa el desarrollo internacional del derecho al recurso eficaz a nivel internacional, que tomará el nombre también de derecho a la comunicación.

5.1.1.2. A NIVEL REGIONAL

Tomaremos ahora de manera académica ilustrativa el contexto regional: América. Ello debido a que no buscamos centrarnos en normativas regionales, sino que partiremos desde el Pacto Internacional de DESC para el análisis de nuestra investigación, presentando de manera complementaria, sin restarle importancia, el contexto señalado, pues buscamos ocupar una investigación más “general” enfocándonos más en normativas internacionales de mayor alcance espacial.

En el mismo tenemos dos instrumentos regionales multilaterales relevantes al caso:

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)

Tenemos entonces, en el comúnmente llamado Pacto de San José, vigente en el Perú desde 1978, el cual en su artículo 25º consagra el derecho al recurso eficaz, concordante con el ya citado párrafo 3 artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con el también referido artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Así, el artículo 25 del Pacto de San José nos indica lo siguiente:

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*

c) *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

Tal como en ya indicado párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la naturaleza de este dispositivo, de carácter regional, se orienta en un deber de “suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos”¹⁹⁹, esto es, el acceso y Justiciabilidad de los derechos humanos.

Lo particular de este dispositivo regional son las expresiones que acompañan a nuestro derecho al recurso: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo (...)”.

Entonces tenemos que el recurso debe ser en todo²⁰⁰ 1) efectivo, empero tendiente²⁰¹ además²⁰² a que también sea 2) sencillo y 3) rápido.

Christian Courtis²⁰³ lo diría en sus palabras de la siguiente manera:

a) *el ideal de la norma es, claro, que el recurso sea sencillo, rápido y efectivo.*

¹⁹⁹ Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Excepciones Preliminares, 26 de junio de 1987, Serie C Nº 1, párr. 91.

²⁰⁰ “Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido” (Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4, párr. 66)

²⁰¹ Así lo indicaba el texto original de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 23: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, sencillo y rápido (...)” (OEA, “Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos”, Actas y Documentos, San José – Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2)

²⁰² “(...) Hay, pues, dos maneras de leer el artículo 25. En ambas, sin embargo, debe leerse que, independientemente de su tipo, el recurso debe ser efectivo (...)” (Voto disidente de la Juez Cecilia Medina Quiroga, en: Corte IDH, “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179)

²⁰³ COURTIS Christian, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, [en línea], en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº 5, 2006, ISSN 1870-8390, México D.F. – México, [citado 25/02/2016], Formato PDF, Disponible en internet: <miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_derecho_a_un_recurso.pdf>, p. 36

b) *El artículo parece reconocer que puede haber “recursos efectivos” que, sin embargo, no sean “sencillos y rápidos”.*

¿Y qué debemos entender por recurso “sencillo”, “rápido y “efectivo”?

En primer lugar, debemos declarar que la jurisprudencia, aparte de mencionarla, no ha desarrollado la significación de “recurso sencillo”, salvo en cuestiones administrativas como en el caso del derecho a la información. Lo “sencillo” para la Real Academia Española no es sino aquello “que no ofrece dificultad”²⁰⁴, entonces diríamos que es “un recurso que no ofrece dificultad para su interposición”. Que a nuestra opinión hace referencia a la alocución “summa ius, summa iniuria”, que, como nos indica Leonardo Goulart Pimenta:

“Este aforismo encierra la idea de que la ley debe ser siempre interpretada con equidad, como forma de evitar la injusticia se aferre a las normas en su pura expresión literal y dogmática”²⁰⁵

Lo que ilustraría la reducción de barreras burocráticas en términos administrativos, y en todo, que no se pongan “trabas” al Justiciable para ejercer su derecho al recurso eficaz.

Sin embargo, esta idea que hemos presentado es sólo una aproximación, no pudiendo ser definida, ya que –tal como indican Laurence Burgogue-Larse-

²⁰⁴ Real Academia Española, Ob. Cit.

²⁰⁵ “Este brocardo encerra a idéia de que o direito deve ser sempre interpretado com equidade, como forma de se evitar a injustiça ao se apegar às normas em sua pura expressão literal e dogmática.” (GOULART PIMENTA Leonardo, “Direito e religião no direito romano antigo”, [en línea], em Revista Eletrônica de Direito, Edição 16, Centro Universitário Newton Paiva, ISSN 1678-8729, [consultado 25/02/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D16-10.pdf> >)

“no hay un criterio para delimitar el concepto de recurso ‘simple’”²⁰⁶.

En segundo lugar, en caso de la característica de “recurso rápido”, tenemos ciertas aproximaciones en el trabajo de la Corte IDH, y una cierta “relación normativa” entre el comentado artículo 25.1 y el artículo 8.1²⁰⁷ del mismo Pacto de San José.

En ese sentido, en el caso 19 Comerciantes vs. Colombia, la Jueza Medina Quiroga, en su voto parcialmente disidente, esboza que la diferencia entre los dispositivos mencionados es de substancia a forma, refiriéndose a aquel contenido en el artículo 8.1 como uno que establece el “debido proceso”²⁰⁸, y el 25.1 aquel directamente referido al “recurso eficaz”, declarando asimismo lo siguiente:

“Si se analiza el artículo 25 con los parámetros del artículo 8 -por ejemplo, el plazo razonable- se desvirtúa el sentido del primero, que requiere no un plazo razonable que puede fácilmente superar un año en términos del artículo 8, sino rapidez, es decir, probablemente su resolución en términos de días.”²⁰⁹

Así también, debemos decir que estos dos dispositivos, deben mantener cada uno sus matices, no debiendo ser confundidos, pues ello los

²⁰⁶ “(...) there are no criteria to delimit the concept of ‘simple’ recourse (...)” (BURGORGUE-LARSEN Laurence, “The right to an effective remedy”, on The Inter-American Court of Human Rights, Oxford University Press, New York – United States, 2011, ISBN 978-019-958878-7, p. 685)

²⁰⁷ Artículo 8. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)

²⁰⁸ “En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.” (Corte IDH, “Garantías Judiciales en estados de emergencia”, Opinión Consultiva OC-9/87, 06 de octubre de 1987, Serie A N° 9, párr. 27)

²⁰⁹ Voto disidente de la Jueza Cecilia Medina Quiroga, en: Corte IDH, “19 Comerciantes vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de julio de 2004, Serie C N° 109.

desnaturalizaría y sería objetable cualquier exigencia de responsabilidad internacional al Estado.

Sin embargo, es también sabido que ambos se combinan con el fin de prestar garantía jurisdiccional, tanto para el acceso y Justiciabilidad de derechos, como para el debido proceso mismo.

En esa perspectiva, un “recurso rápido” importa un deber de implementar un sistema normativo que permita una resolución célere en casos de posible afectación a Derechos Humanos e incluso Constitucionales, siendo ello concretizado por el establecimiento de plazos breves para tal resolución. Y por otro lado, la efectividad de tal implementación normativa.

Así por ejemplo, en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú²¹⁰, en el cual los antes electos magistrados del Tribunal Constitucional peruano Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano denuncian violación de distintos derechos humanos, debido a su cesación arbitraria en su cargo; se cuestionó no la existencia de un recurso implementado conforme a la Convención, que se trataba y trata del amparo, el cual existía y se mostraba relativamente célere –*con un plazo de 20 días para resolución del recurso*–, sino que, se cuestionó el cumplimiento de dichos plazos, considerando no de manera formalista o estricta los mismos, sino en términos razonables, plazo que fue total e irrazonablemente vulnerado, resolviéndose

²¹⁰ Ver Corte IDH, “Tribunal Constitucional vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2001, Serie C Nº 71, párr. 86-97.

no en 20 días, sino en más de 6 meses después de la interposición del recurso.

Por último, tenemos que el recurso debe ser “efectivo”, debe surtir eficacia, y como lo diría la Corte IDH, debe ser “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”²¹¹. A esto, la Corte agregará a lo largo de su jurisprudencia, tal como expone Cecilia Medina Quiroga, que “ello no implica que todo recurso deba ser necesariamente acogido, sino que haya, por lo menos, una posibilidad seria de que el recurso prospere”²¹².

Este criterio ya había sido instituido formalmente desde la Opinión Consultiva 9/87²¹³ realizada por la Corte IDH, planteándose una base para el desarrollo de tanto el derecho al debido proceso, como aquel que versa sobre el recurso eficaz, al cual damos presente atención; así, refiriéndose a la “eficacia” del recurso, la Corte indicó:

En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad

²¹¹ Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, Ob. Cit.

²¹² MEDINA QUIROGA Cecilia, “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia”, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2003, ISBN 9968-917-40-0, p. 372

²¹³ Corte IDH, “Garantías Judiciales en estados de emergencia”, Ob. Cit.

haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

Esta declaración de la Corte IDH fortalece la garantía real o existente del derecho al recurso eficaz, y el deber y correspondiente responsabilidad del Estado. Así, la Corte expresa ciertos casos que implican la no existencia de un recurso eficaz, y por tanto responsabilidad del Estado:

- 1) Falta de independencia judicial
- 2) Falta de medios para la ejecución de las decisiones
- 3) Denegación de Justicia:
 - a. Retardo injustificado en la decisión
 - b. No acceso al recurso judicial

Al respecto, Laurence Burgorgue-Larsen, nos recuerda una situación latente entre la validez y la eficacia de una norma, indicándonos lo siguiente:

“Los textos legales pueden contemplar de todo, pero la aplicación de las disposiciones [también] pueden ser ilusorias,

*especialmente en países donde la situación política es inestable*²¹⁴

Y ciertamente, un derecho puede ser exigible, exigido e incluso “declarado” así por una Corte, pero no llegar a ser ejecutado o implementado.

Norberto Bobbio²¹⁵ nos hará recordar entonces, que este es uno de los problemas del Derecho, la existencia de la norma como tal, su concretización como “fenómeno”, lo que la hace “real” al observarse su cumplimiento, ejecución o aplicación.

En síntesis, la Opinión Consultiva 9/87 resaltando la característica necesaria de “efectividad” que debe tener todo recurso, suma de igual manera las otras dos, de sencillez y prontitud o rapidez, como situaciones que configuran la “denegación de justicia”.

Tomaremos entonces, tales características esbozadas por la normativa regional americana para que sirvan a nuestro concepto de derecho al recurso eficaz.

Así, concluiremos este apartado señalando que, tal como acabamos de escribir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha traducido este derecho con aquella específica denominación: recurso eficaz.

Uno podría haber traducido aquel derecho simplemente como “recurso efectivo”, pero se prefirió la palabra “eficaz”, pues por “eficacia” se

²¹⁴ “Legal text can provide for everything but the enforcement of the provisions may be wishful thinking, especially in countries where the political situation is unstable” (BURGORGUE-LARSEN Laurence, Ob. Cit., p. 689)

²¹⁵ BOBBIO Norberto, “Teoría General del Derecho”, 2ª Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2002, pp. 21-38.

refiere no sólo a una aspiración o a una “realidad”, sino a una “capacidad” para el logro de un objetivo o efecto deseado o planteado.

Entonces los medios importan, así como la capacidad en primer lugar, para el cumplimiento de los derechos humanos, por ende, una real “Justiciabilidad” y no un mero “acceso a la Justicia” que puede resultar en una mera ilusión, como puede percibirse en la realidad.

5.1.1.3. A NIVEL NACIONAL

Partiendo de los dos apartados comentados, así como los cuestionamientos declarados, ¿Cómo puede traducirse el derecho al recurso eficaz en el Derecho Nacional?

La respuesta parte de lo ya comentado: el Pacta Sunt Servanta.

La voluntad vinculatoria así como el objeto del Tratado lo fundamentan, con más razón tratándose de derechos humanos, derechos que benefician – *porque son debidos*- a la persona humana y no al Estado como entidad, aunque el mismo se beneficie indirectamente.

Así, partimos del artículo 2 del Pacto Internacional de DESC:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de

que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna (...).

¿Cómo se traduce ese deber jurídico de “garantizar”? El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es claro al respecto, en tal sentido, citaremos extractos de los primeros dos párrafos de los artículos 1 y 2 de la Observación General N° 9²¹⁶ sobre cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de DESC en el derecho interno:

1. (...) La obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Partes den efectividad a los derechos reconocidos en él. Al exigir que los gobiernos lo hagan "por todos los medios apropiados", el Pacto adopta un planteamiento amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado, así como otras consideraciones pertinentes.

2. (...) Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos

²¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1998), Observación General N° 09: La aplicación interna del Pacto, 19º período de sesiones, (U.N. Doc. E/C.12/1998/24)

agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos.

Vemos entonces ahora cómo se destaca, infiere y requiere del derecho al recurso eficaz desde el Pacto Internacional de DESC, tal como se desarrolló en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, concretándose asimismo en una necesidad –y *deber jurídico*- de trasladar o implementar el derecho al recurso eficaz en el plano del derecho interno o nacional.

Esto no como un derecho directo (no un DESC), ya que no es objeto del tratado de DESC, sino como un derecho instrumental –*general, como derecho humano*-, dirigido específicamente a la garantía misma del objeto del tratado.

Este derecho dará lugar a toda una institución, puesto que, no es distinta a la llamada “Tutela Jurisdiccional Efectiva”, en tal sentido, las distinciones son mínimas, y sólo considerando desde una perspectiva literal-positiva, diríamos que la diferencia se halla en que el derecho al recurso eficaz busca la implementación del derecho a la protección de los derechos humanos a titularidad de las personas, y que la Tutela Jurisdiccional Efectiva busca la protección de los derechos subjetivos en general.

Diríamos entonces que la Tutela Jurisdiccional Efectiva resulta en un principio-derecho más “amplio”, que el llamado derecho al recurso efectivo, aunque finalmente sea cuestión de

nomenclaturas y aspectos descriptivos, ya que tenemos como esencia la siguiente: garantía (exigibilidad) efectiva de los derechos.

¿Cómo se traduce entonces? Es nuestra pregunta, con la que iniciamos el presente apartado, la respuesta a ella es presentada en esta ocasión por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“El artículo 25.1 de la Convención (...) es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”²¹⁷

De manera clara entonces, vemos como la Corte IDH²¹⁸ nos presenta al amparo como aquel ejemplo de “recurso eficaz” al cual se hace referencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5.1.1.4. DEBER INTERNACIONAL DE IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNO

Ciertamente el valor de un Tratado en el Derecho es singular, y con razón especial cuando se trata de aquellos que versan sobre Derechos Humanos, como en el presente caso nos atañe.

Así, la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, nos expone cuál es tal valor, en general, sobre los Tratados, acogiéndose el

²¹⁷ Corte IDH, “El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías”, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, Serie A Nº 8, párr. 32.

²¹⁸ Y lo sustentará a lo largo de su Jurisprudencia: ver Corte IDH, “Acevedo Buendía y otros vs. Perú”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 01 de julio de 2009, Serie C Nº 198, párr. 74; Corte IDH, “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2009, Serie C Nº 211, párr. 107; Corte IDH, “Tribunal Constitucional vs. Perú”, Ob. Cit., párr. 93; entre otros.

principio ya conocido del Derecho contractual: “Pacta sunt servanda”, traducida como “los pactos deben cumplirse”, vinculando a los suscribientes.

En tal sentido, la Convención de Viena expresa en su artículo 26 que: *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*. Claro está, todo tratado válido jurídicamente, esto es, cumpliéndose, tal como en el Acto Jurídico, con las condiciones indispensables, haciendo énfasis en el consentimiento, el cual es imprescindible en un contexto en el cual se representa a todo un Estado.

Esta disposición se ha constitucionalizado en el artículo 55 de nuestra Constitución, el cual indica que *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”*, y en el campo de los Derechos Humanos, aquellos tratados referidos a los tales se han elevado a un rango constitucional –*no discutiremos si es “mayor” o “menor”*- tal como indica la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución al decir que:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Todas estas disposiciones nos sirven de ejemplo como resultado normativo de la constitucionalización de la Convención de Viena,

así como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, fuera del debate sobre la jerarquía normativa entre la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, tenemos algo en claro: los Tratados vigentes son normas jurídicas vinculantes, y nadie puede desconocer ello ni mucho menos presumir su “desconocimiento”.

La Convención de Viena hace especial atención a tales aspectos, incluso, bajo su artículo 27 expresa que:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Respecto a este punto, el profesor Pierre d'Argent indica que las razones para ello son que

“(...) el Derecho Interno es el resultado de la voluntad propia y unilateral del Estado interesado y cualquier voluntad no puede derrotar válidamente el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la voluntad común de los diversos Estados”²¹⁹

Dicho de otro modo, las normas que expide el Estado, a la luz del Derecho Internacional, son actos unilaterales y voluntarios de tal Estado, actos que no pueden romper un tratado internacional, el cual resulta bilateral o multilateral incluso, como es usual en caso de aquellos que versan sobre Derechos Humanos, entonces, un Estado parte no

²¹⁹ “(...) the domestic law is the result of the own and unilateral will of the State concerned and such will cannot validly defeat the performance of obligations resulting from the common will of various States” (D'ARGENT Pierre, “Applying International Law”, on LouvainX: International Law, Université catholique de Louvain, Courseware, Week 5, p. 72)

podría “alterar” la “vinculatoriedad” de tal o cual obligación pactada por su mera voluntad, ya que cada obligación convenida es finalmente un acuerdo de dos o más Estados partes.

La conclusión entonces es clara, tal como fuera que funcionara en el Derecho Contractual, si el Derecho Interno –*que para el Derecho Internacional tiene calidad de “hecho”, ya que no es fuente para el Derecho Internacional*- no se encuentra de acuerdo al Derecho Internacional aceptado por el Estado, tal es responsable por cualquier eventual vulneración, violación o falta a sus obligaciones internacionales.

Y como hoy en día tenemos en claro: el Derecho no sólo es conformado por la Ley.

Tenemos entonces en primer lugar que la conducta o inconducta de un Estado parte frente a obligaciones internacionales implica o supone responsabilidad.

Tenemos también en segundo lugar que el Derecho Interno no puede ser llamado para “justificar” la vulneración o incumplimiento de las obligaciones pactadas internacionalmente.

Y claramente percibimos que, teniendo las normas internacionales vigentes y que versan sobre Derechos Humanos, rango constitucional en nuestro Estado, así como en otros, vemos que una norma jurídica interna, “acto unilateral” –*como diría el profesor d’Argent*- de determinado Estado parte, es cabalmente “derrotable” ante una norma jurídica internacional; sin embargo, este es un escenario de “acción”.

¿Qué puede suceder entonces, en caso de una “omisión”? Ciertamente, omisión denota falta de acción, y lo consecutivamente lógico sería que en caso de una “omisión” se deba cumplir determinadas acciones, el término entonces es: implementación.

5.1.2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Tal como lo diría Paul Reuter –*citado por Alain Pellet*- “[La] responsabilidad está en el corazón del derecho internacional (...) constituye una parte esencial de lo que puede ser considerado como la Constitución de la comunidad internacional”²²⁰, dicho que sería bien valorado por Pellet y que en sus palabras –*la responsabilidad internacional*- denotaría la “existencia”²²¹ misma del derecho internacional.

Y es que la responsabilidad internacional es parte de la coercibilidad propia del derecho, esto es, una forma de garantía y existencia del mismo, la cual tendríamos como “consecuencia previsible” a determinados actos, siendo tales actos producto de la “libertad” con la que se desempeña determinado sujeto, así, en nuestro contexto sobre Estados, podemos afirmar, como lo hace Pellet²²², que la responsabilidad internacional es un elemento de la soberanía²²³ de los Estados.

Lo que queremos en este apartado es resaltar y reforzar la noción de vinculación del Estado a los DESC, como existencia del Derecho Internacional mismo, sean contenidos (los DESC) en normativa internacional y/o nacional –*aunque*

²²⁰ “Responsibility is at the heart of international law (...) it constitutes an essential part of what may be considered the Constitution of the international community” (CRAWFORD James, PELLET Alain, OLLESON Simon, “The Law of International Responsibility”, Oxford University Press, New York – United States, 2010, p. 3)

²²¹ “(...) responsibility is the corollary of international law, the best proof of its existence and the most credible measure of its effectiveness”: CRAWFORD James, et al., Ob Cit., p. 3)

²²² CRAWFORD James, et al., Ob Cit., pp. 3-5

²²³ Ya lo resaltaría Pellet, en referencia al comentario del proyecto del párrafo 2, artículo 2, del anuario de la CDI, Vol. II, 177, al expresarse de la siguiente manera: “If it is the prerogative of sovereignty to be able to assert its rights, the counterpart of that prerogative is the duty to discharge its obligations” (CRAWFORD James, et al., Ob Cit., pp. 4, 5)

en caso de responsabilidad nos centremos únicamente en aquellos con reconocimiento en normativa internacional vigente-, entonces no ahondaremos al respecto en el tema de “reparación” por responsabilidad internacional, sino de la posibilidad y existencia de las mismas en relación al incumplimiento de obligaciones internacionales.

Así, hemos adoptado el concepto objetivo de responsabilidad internacional, el cual actúa en función de lo denominado como “comunidad internacional”, lo que representa no una simple “agrupación de Estados”, sino una relación entre los mismos orientada a un progreso constante además de cooperativo, lo que nos indica que son los intereses comunitarios los que trascienden a los individuos (en este caso Estados) que la componen, superándose²²⁴ el concepto subjetivista o tradicional de la responsabilidad internacional, el cual la trataba como una mera responsabilidad “civil”²²⁵ o “de carácter privado”; así, el elemento central de la responsabilidad internacional no será el “daño”, sino el incumplimiento o violación a una obligación internacional –es decir, *no hay una afectación de un Estado a otro, sino de un Estado a los intereses de la “comunidad internacional”*.

En tal sentido la expresión concisa, pero concreta, del ámbito de aplicación de la Responsabilidad Internacional, como ha proyectado la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI)²²⁶:

²²⁴ “Two other elements, both of which show a growing shift in the notion of international responsibility towards ‘objectivization’, have contributed greatly to its conceptual fragmentation. First, the traditional analysis which saw damage as one of the conditions required for international responsibility to arise has been profoundly called into question. Second, the requirement of a breach is no longer the sole source of liability in the international legal order, although neither the basis upon which this purely ‘objective’ liability arises, nor the entities to which it is owed, have yet been identified with any clarity.” (CRAWFORD James, et al., Ob Cit., p. 8)

²²⁵ “The international law of responsibility has distanced itself from the ‘civil law’ model which previously characterized it, and no longer solely plays the role of a compensatory mechanism, to which it was for a long time confined. It is now also, and perhaps principally, a mechanism having as its function the condemnation of breaches by subjects of international law of their legal obligations and the restoration of international legality, respect for international law being a matter in which the international community as a whole has an interest.” (CRAWFORD James, et al., Ob. Cit., p. 15)

²²⁶ Asamblea General de la ONU, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, puesta en atención en la 85ª Sesión Plenaria, 12 de diciembre de 2001, (U.N. Doc. A/Res/56/83)

Artículo 1: Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2: Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y*
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.*

Sobre tales dispositivos, en el texto del proyecto de artículos con sus comentarios²²⁷, la CDI expresa:

“El hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en una combinación de ambas cosas. La existencia de un hecho internacionalmente ilícito depende, en primer lugar, de los requisitos de la obligación que presuntamente se ha violado y, en segundo lugar, de las condiciones en que se verifica ese hecho y que se exponen en la primera parte.”²²⁸

Este comentario, orientado al artículo 1 citado anteriormente, nos presenta al origen de la responsabilidad internacional, situada en “todo hecho internacionalmente ilícito”, hecho que será analizado de acuerdo a la obligación incumplida o afectada y a las condiciones en la cual se ha gestado tal “hecho”, el cual puede ser producido por uno o más Estados, debiendo ser interpretado además por el artículo 2, el cual se

²²⁷ CDI, “Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, 2001, Volumen II, 2ª Parte, 53ª periodo de sesiones, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).

²²⁸ *Ibíd.*, p. 33.

expresa sobre la determinación de “todo hecho internacionalmente ilícito”, sobre el cual el CDI agrega:

“En el artículo 2 se precisan las condiciones necesarias para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito del Estado, es decir los elementos constitutivos de ese hecho. Esos elementos son dos. En primer lugar, el comportamiento debe poder atribuirse al Estado en virtud del derecho internacional. En segundo, para poder atribuir la responsabilidad del hecho al Estado, el comportamiento debe constituir una violación de una obligación jurídica internacional que incumbe a ese Estado en ese momento.”²²⁹

En esa perspectiva es como se conoce a la primera como “condición subjetiva”, esto es, que la responsabilidad internacional sólo se atribuye a Estados²³⁰ y no a sus “constituyentes”. Esto debe evocar el principio de unidad del Estado, contenido en el artículo 4 del proyecto referido²³¹, sobre el cual la CDI comentó:

“(…) las acciones u omisiones de todos sus órganos [del Estado] deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional. (...) La diversidad de obligaciones internacionales no permite hacer ninguna distinción general entre órganos que pueden cometer hechos internacionalmente ilícitos y los que no lo pueden. (...)”²³²

Es decir, por regla general las acciones u omisiones de los órganos del Estado son consideradas como acciones u

²²⁹ *Ibíd.*, p. 35.

²³⁰ Aunque esta situación se ha relativizado frente a otros entes de similares características como los entes internacionales, en sentido lato o estricto, cuestión que no será abordada por no ser parte de los objetivos de la presente investigación.

²³¹ “Artículo 4 Comportamiento de los órganos del Estado: 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. (...)”

²³² CDI, *Ob. Cit.*, p. 41.

omisiones realizadas por el Estado, como unidad, como integralidad, tal es el principio de unidad del Estado.

Sin embargo, puede darse el caso de una extensión de responsabilidad, en relación incluso a los llamados “actos de particulares”²³³.

Sobre este último y especial caso es que realizaremos una pausa para dedicarle unas líneas, y es que, centrándonos en nuestro tema de investigación, debemos presentar la siguiente situación: el Estado no puede deslindar su responsabilidad frente a los DESC, ni aun delegando la prestación –entiéndase o resáltese en relación a los DESC prestacionales- a una entidad privada.

Así por ejemplo, en el caso Storck contra Alemania²³⁴ ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se discutió sobre la responsabilidad del Estado en función a una presunta violación a los derechos humanos contenidos lógicamente en la Convención Europea de Derechos Humanos producida por una clínica privada en contra de Waltraud Storck.

En este caso, el Tribunal Europeo, consideró que si bien, puede darse, y es positiva, la participación²³⁵ tanto de organismos públicos como entes privados en el derecho a la salud, el Estado aquí cede o delega esas funciones y obligaciones en el cuidado de la salud, pero no la responsabilidad que ameritan, destacándose la obligación de proteger, a la que hemos hecho mención en cuanto a la tipología de las obligaciones; resaltándose finalmente que:

²³³ En relación a ello puede verse la experiencia regional interamericana, cfr. MEDINA ARDILA Felipe, “La Responsabilidad Internacional del Estado por Actos de Particulares: Análisis Jurisprudencial Interamericano”, [en línea], Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2011, [citado 31/03/2016], Formato PDF, Disponible en internet: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>>

²³⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR), “Case of Storck v. Germany”, Nº 61603/00, Judgement, 16 June 2005.

²³⁵ “With regard to persons in need of psychiatric treatment in particular, the Court observes that the State is under an obligation to secure to its citizens their right to physical integrity under Article 8 of the Convention. For this purpose, there are hospitals run by the State which coexist with private hospitals. (...)” (ECHR, “Case of Storck v. Germany”, Ob. Cit., §103)

“Tales instituciones, en particular aquellas en donde las personas son mantenidas sin orden judicial, necesitan no sólo de una licencia, sino también de una supervisión competente en una sobre una base regular de si el confinamiento y tratamiento médico está justificado”²³⁶

Este criterio ya se habría estado construyendo incluso desde 1983 con el caso de Van Der Mussele contra Bélgica²³⁷, en el cual el Tribunal Europeo, observando la delegación de una obligación (por derechos humanos, en este caso al derecho a una defensa judicial gratuita) del Estado a un tercero, si bien significa que tal obligación se “traslada” a la esfera de tal tercero, el Estado queda como “obligado a obligar”²³⁸, esto es: el deber de proteger o supervisar.

A estas situaciones, la Corte IDH no ha sido ajena de pronunciarse, así por ejemplo tenemos el caso de Ximenes Lopes contra Brasil, en el cual se cometieron presuntas violaciones a derechos humanos como la vida e integridad del señor Damião Ximenes Lopes al ser internado en un centro de atención psiquiátrica privado y sufrir malos tratos que aparentemente terminarían con su vida; caso en el cual la Corte IDH nos presenta el concepto que sostiene en relación a la responsabilidad del Estado y la delegación de obligaciones a terceros:

“La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como

²³⁶ “(...) Such institutions, in particular those where persons are held without a court order, need not only a licence, but also competent supervision on a regular basis of whether the confinement and medical treatment is justified.” (ECHR, “Case of Storck v. Germany”, Ob. Cit., §103)

²³⁷ ECHR, “Case of Van Der Mussele v. Belgium”, N° 8919/80, Judgement, 23 November 1983.

²³⁸ *Ibidem*, §29.

*elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible.*²³⁹

Si bien podría argumentarse o restringirse el caso, tal como podría hacerse con los citados anteriormente llevados ante el Tribunal Europeo, a cuestiones de derechos civiles, como la libertad, la vida o la integridad, mantienen ciertos matices que vislumbran el deber de protección en relación a los DESC, esto es, por ejemplo, con una mayor claridad en el concepto citado que aporta la Corte IDH, esto es, la obligación del Estado en relación a los DESC es que los mismos se satisfagan efectivamente, y si bien, es posible y positivo que entes privados participen de ello (derechos-prestación), la obligación lata se mantiene, en otras palabras, el Estado no se ocuparía de prestar los servicios, pero aun mantendría su obligación de que se satisfagan “efectivamente”, debiendo prever ello mediante fiscalización a tales entes privados.

Ya lo diría del mismo modo el Juez de la IDH García Ramírez en su voto razonado con respecto a la sentencia indicada (Ximenes Lopes vs. Brasil):

“Es preciso destacar, sin embargo, como lo ha hecho la Sentencia, que cuando el Estado resuelve trasladar a otras manos la prestación de un servicio que naturalmente le corresponde –porque forma parte del acervo de derechos sociales a los que corresponden deberes estatales–, no queda desvinculado en absoluto –es decir, ‘excluido de su responsabilidad estricta’- de la atención que se brinda a la persona cuyo cuidado confía a un tercero. La encomienda es pública y la relación entre el Estado que delega y el

²³⁹Corte IDH, “Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia de Fondo, 4 de julio de 2006, Serie C N° 149, párr. 96

*tratante delegado existe en el marco del orden público. El tratante privado sólo es el brazo del Estado para llevar adelante una acción que corresponde a éste y por la que el propio Estado conserva íntegra responsabilidad; es decir, 'responde por ella', sin perjuicio de que la entidad o el sujeto delegados también responsan ante el Estado.'*²⁴⁰

El punto aquí resulta claro: el Estado indeliblemente es responsable por los derechos fundamentales, eso incluye a aquellos como los DESC, delegue o no prestaciones objeto de sus obligaciones.

5.2. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Tal como hemos visto anteriormente, existe un desarrollo normativo en relación a los DESC, lo que significa, más que la existencia de “X” o “Y” dispositivo legal en forma de tratado, ley o cualquier disposición positiva, un desarrollo tanto positivo, jurisprudencial y doctrinal, que han posibilitado la formación de normas propiamente dichas.

Tal desarrollo engloba tanto aspectos “sustanciales”, como son las obligaciones del Estado en relación a cada DESC sobre el marco doctrinario esbozado por juristas como Eide Asbjørn, así como la responsabilidad internacional presente, como también en aspectos “procesales”²⁴¹, esto es, partiendo de una obligación sustantiva, el cómo lograr y exigir que estos derechos “existan”.

En presente punto, vamos a expresarnos sobre puntos que hemos ido observando y que desencadenan y engloban distintas

²⁴⁰ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 27 en: Corte IDH, “Ximenes Lopes vs. Brasil”, Ob. Cit.

²⁴¹ Esta distinción no es “antagónica”, ni contraria, sino que es sólo para hacer referencia o descripción a las normas, las cuales, “sustantivas” o “adjetivas”, deberían ser combinadas, no pudiendo “funcionar” las segundas sin las primeras, sería Bentham quien presentaría –o difundiría- esta “distinción” en la siguiente forma: “By procedure, is meant the course taken for the execution of the laws (...) Laws prescribing the course of procedure have on a former occasion been characterized by the term adjective laws, in contradistinction to those other laws, the execution of which they have in view, and which for this same purpose have been characterized by the correspondent opposite term, substantive laws. For in jurisprudence, the laws termed adjective, can no more exist without the laws termed substantive, than in grammar a noun termed adjective, can present a distinct idea without the help of a noun of the substantive class, conjoined with it (...)” (BENTHAM Jeremy, “Principles of Judicial Procedure, with the outlines of a Procedure Code”, The Works of Jeremy Bentham, Vol. II, Ed. John Bowring, W. Thait, 1843, pp. 5, 6)

obligaciones para poder tener ese concepto de una posibilidad de exigibilidad jurídica, esto es: la Justiciabilidad de los DESC.

5.2.1. OBLIGACIONES GENERALES UNIVERSALES

La Declaración Universal de los Derechos Humanos indica en su artículo 1 lo siguiente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”, en esto se sustentan los derechos humanos, orientados al logro de la dignidad de la persona humana por medio de la aplicación real de sus derechos, ¿y sobre qué se sustentan específicamente? Sobre dos pilares a que hace mención el artículo citado: “libertad” e “igualdad”.

Sin embargo, ambos principios pueden ser entendidos e interpretados de distintas maneras, resultaría en una declaración “amplia” que podría resultar finalmente en una sutil.

Hemos podido observar de manera general la historia suscitada para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y todas las pugnas, tanto políticas como sociales, para su concreción, este es un elemento común en la doctrina: los derechos humanos son conquistas históricas.

Así, llegamos a la famosa declaración de 1944 realizada por el entonces Presidente de los Estados Unidos Franklin Delano Roosevelt:

“Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. ‘Los hombres necesitados no son hombres libres.’ Las personas que tienen hambre y sin empleo son la materia de la cual están hechas las dictaduras.”²⁴²

²⁴² “We have come to a clear realization of the fact that true individual freedom cannot exist without economic security and independence. ‘Necessitous men are not free men.’ People who are hungry and out of a job are the stuff of which dictatorships are made.” (ROOSEVELT Franklin D., State of the Union Message to Congress,

Estas luchas históricas, políticas, sociales, incluso doctrinales, llegan a este punto, una realidad insoslayable: no existe libertad sin igualdad. Y en esto consiste la igualdad, en que todos “puedan”, tengan mismas “oportunidades”, y sean aptos para lograrse como personas humanas, esto último, es dignidad.

A este proceso el maestro Eide Asbjørn lo llamaría como la “substancia”²⁴³ del principio de la igualdad, algo que supera los conceptos formales de la misma, y que en un desarrollo normativo se concretan en dos columnas: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, la dignidad “humana”, que se encuentra tanto en la base como en la cima del Derecho, representa a la cualidad de ser humano, esto es, a su desarrollo como tal, y a su misma humanidad en un sentido optimista –*como quien diría el “dasein” de la humanidad-*, es por esta característica que vemos inmersa en la normativa sobre derechos humanos un fuerte sentir de fraternidad, colaboración, solidaridad, cooperatividad y cual sea el nombre que se escoja. El maestro Eide, refiriéndose al logro de los derechos humanos, declararía entonces lo siguiente:

“Esto no hace el disfrute de los derechos humanos que dependen de la observancia de esos derechos, pero deja claro que el desarrollo pleno del ser humano –y de una sociedad humana- sólo es posible cuando las personas en general también observan sus deberes en relación a su propia comunidad y la sociedad en general”²⁴⁴

Esta “trabajo” es una cuestión integral, en la que pueden y deben participar todos los actores de la sociedad, sin

January 11, 1944, [en línea], Formato HTML, [citado 13/04/2016], Disponible en: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16518>>

²⁴³ ASBJØRN Eide, “Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects”, on Human Rights in Development yearbook 1999/2000, Kluwer Law International, ISBN 90-411-1576-5, pp. 5-11.

²⁴⁴ “It does not make the enjoyment of human rights dependent on the observance of those duties but makes it clear that the full development of the human being – and of a humane society – is possible only when people generally also observe their duties to their own community and to society at large.” (Ibídem, p. 7)

embargo, tal como hemos visto, la responsabilidad final recae sobre el Estado, delegue o no el trabajo, en ese sentido, Eide formula el siguiente pensamiento:

“La responsabilidad bajo el Derecho internacional para la realización de los derechos humanos recae en el Estado. Para sostener su responsabilidad el Estado debe asumir tres conjuntos de obligaciones: respetar la libertad del individuo; proteger esa libertad y otros derechos humanos frente a terceros; y, cuando sea necesario, proveer acceso al bienestar que cubre las necesidades básicas como la alimentación, la vivienda, la educación y la salud”²⁴⁵

Esta es la llamada, y expuesta anteriormente, triple tipología de obligaciones, respecto a la cual puede observarse aquel logro de los pilares a que hace mención la Declaración Universal de los Derechos Humanos: libertad e igualdad.

Así, estos tres conjuntos de obligaciones son los que tenemos presentes como obligaciones generales y universales, sin perjuicio de aquellas de índole adjetivo que tocaremos de manera posterior.

Obligaciones que resultan en general, para cualquier derecho humano y/o fundamental, y no necesariamente de carácter prestacional, así, como hemos visto, en la estructura de todo derecho *–en general–* tenemos que el Estado requiere de abstenerse, supervisar, y suplir, incluso para el cumplimiento de derechos como el de propiedad, como percibimos anteriormente, así, la ejecución y efectividad de determinado derecho, va a necesitar de la implementación de todo un sistema ordenado e integral, que engloba aspectos normativos e institucionales.

²⁴⁵ “Responsibility under international law for the realisation of human rights rests with the state. To live up to its responsibility the state must shoulder three sets of obligations: to *respect* the freedom of the individual; to *protect* that freedom and other human rights against third parties; and, where required, to *provide* access to welfare covering basic needs such as food, shelter, education and health.” (Ibidem, p. 7)

Entonces, el Estado debe implementar tal sistema para cada derecho, conforme corresponda, así por ejemplo, en caso del derecho a la propiedad correspondería la implementación de –entre otros- un sistema registral que permita la protección de tal derecho, en caso del derecho la participación política un sistema electoral, esto representaría la provisión de acceso, así también podría ser mejor tutelada aquella referida al respeto y a la protección.

Recordaremos, por último, en este apartado, el marco obligacional prescrito por el Pacto Internacional de DESC, contenido en su artículo 2.1:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Marco que, a partir del mismo, tal como nos ilustran Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, sustentándose en el texto y la exploración que realiza el Comité de DESC, “genera para los Estados Partes tanto obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado”²⁴⁶, esto significa: un real planeamiento, el establecimiento y consecución de metas y objetivos.

5.2.2. MEDIOS APROPIADOS PARA LOS DESC

Nuevamente citaremos en este apartado el artículo 2.1 del Pacto de DESC, en lo respectivo:

²⁴⁶ CARBONELL Miguel, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, “Los Derechos Sociales y su Justiciabilidad Directa”, Editorial Flores, México D.F. – México, 2014, ISBN 978-607-610-133-9, p. 37.

“2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, (...) para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Las obligaciones generales y universales que desprenden los derechos humanos, esbozadas anteriormente y resaltadas en el apartado anterior, requieren de los denominados “medios apropiados” para su realización, o de una manera final: para la realización de los derechos humanos, centrándonos en los DESC en el presente caso.

En tal sentido, se hace necesario resaltar estas medidas, así, el objetivo de presente apartado no es “nombrar los medios”, ni hacer un “listado” o declarar aquellas “herramientas precisas”, sino que vamos a recalcar las características que apremian:

5.2.2.1. No-discriminación

El siguiente inciso del artículo 2 –nos referimos al artículo 2.1- del Pacto Internacional de DESC, nos indica lo siguiente:

“2.2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Esta es la base de la tipología de las obligaciones: la “no discriminación”.

Decimos “base”, pues resulta en una obligación general, correspondiente al derecho a la igualdad,

el cual es autónomo como veremos luego, ambos derivados del mismo principio.

Así, esta obligación y correspondiente derecho, se rigen por el principio de la dignidad humana, la cual, “inherente” a cada ser humano, no puede “despojar” al mismo ser humano.

Así, el citado artículo 2.1. la fija como base de las obligaciones del Estado.

El par de este instrumento internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluye igualmente este principio en su artículo 26:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Artículo el cual sería materia de una Observación General (Nº 18) emitida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la siguiente forma:

“(...) el artículo 26 (...) establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que

respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.”²⁴⁷

Como concordancia, el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la “Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”²⁴⁸ tentará en conceptualizar a la “discriminación” como:

“(…) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia (...) que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

Concepto similar al adoptado en el Sistema Interamericano, el cual, mediante la “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia”²⁴⁹ en su artículo 1, y en específico primer párrafo:

“Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga

²⁴⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N° 18: No discriminación, 37º período de sesiones, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, párr. 12

²⁴⁸ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965

²⁴⁹ Convención adoptada Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 05 de junio de 2013, de la cual el Estado peruano no es parte.

el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.”

A esto, sin entrar en un análisis de los instrumentos acotados, debemos resaltar una situación: la discriminación es justificable.

Así, la justificación reside en un elemento objetivo destacado por los instrumentos citados: “condiciones de igualdad”. Elemento que sería conceptualizado por cierto principio que reza: “tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales”, adoptado en la jurisprudencia internacional.

Aspecto también tomado en cuenta por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la ya citada Observación General N° 18, en la cual en su último párrafo indica:

“Por último, el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.”²⁵⁰

Así, sobre el principio de igualdad, tenemos que el Estado debe orientar su actuar, así como su rol de supervisor sobre el actuar de terceros, al mayor goce y/o ejercicio de derechos por parte de las personas, esto es, en otras palabras: “que todos lo

²⁵⁰ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N° 18: No discriminación, Ob. Cit., párr. 13

logren”, ¿y logren qué? El centro de los derechos fundamentales: la dignidad humana.

Así, en un sentido negativo, deberá haber una abstención del Estado a realizar diferenciación de trato por cuestiones subjetivas; y en un sentido positivo, deberá haber una progresión o acercamiento de quienes tengan condiciones desfavorables por cuestiones objetivas hacia el logro de sus derechos y su dignidad.

Ya sería parte del concepto que aporta la citada anteriormente “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia”, conforme el inciso 4 de su artículo 1 al decir:

“No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.”

En todo, situaremos tres ejemplos básicos:

1) Atención preferente: regulación legislativa.

En diversos países se ha propiciado incluir como norma jurídica la “atención preferente” hacia ciertos grupos de personas, tales como las mujeres en estado de gestación, los niños, los ancianos y discapacitados.

Este tipo de norma constituye la denominada “discriminación positiva”, ya que implica un

“hacer”, esto es, que sean atendidas de manera preferente por sobre las demás personas por condiciones objetivas como las mencionadas.

Así, sin entrar a un análisis de la norma, podríamos decir que tiene por objeto la atención preferencial de aquellas personas debido a que las mismas no tienen la misma condición para “esperar” un turno como las otras, sea por una cuestión de salud, como por ejemplo en el caso de las gestantes, como en aquellas psicosociales como en el caso de los niños, los cuales por su naturaleza y desarrollo tampoco tienen esa capacidad.

Es entonces, que la norma acercará o tratará de equiparar las condiciones de la colectividad, que engloba a todas las personas, estén o no dentro del grupo señalado, para el goce o ejercicio de “n” derechos.

Esto no limitará el derecho de nadie, sino que buscará equiparar las condiciones para su realización, por lo que es razonable y acorde al fin de dignidad, asimismo, el derecho preferente existirá en cuanto medien las condiciones objetivas, así por ejemplo, en caso de las gestantes, en cuanto dure su embarazo, o en caso de los niños por las razones que saltan a la vista.

Ya sería sintetizado el pensamiento de Aristóteles sobre la igualdad y la justicia en la

siguiente frase: “no hay nada tan desigual como el tratamiento de igual a los desiguales”²⁵¹.

2) Caso Apartheid: acción negativa y la intención discriminatoria.

El caso del Apartheid y alguno de sus conflictos jurídicos, generó diversa inquietud, tanto es así que, en uno de los juicios internacionales, llevados ante la Corte Internacional de Justicia, generó diversos argumentos a favor y en contra, en una pluralidad de disidencia, así por ejemplo, tenemos los “Casos relativos al África Sudoccidental”²⁵², específicamente los llevados en la Segunda Etapa, proceso en el cual se omitió en el examen de fondo la examinación de ciertas obligaciones internacionales, las cuales, sin embargo, si fueron tomadas en cuenta por el Juez Kotaro Tanaka en su extendida opinión disidente, para quien un aspecto central de la discusión entre las partes giraba alrededor de la siguiente idea:

“(…) si la política de discriminación racial o desarrollo separado es o no per se incompatible con el bienestar y el progreso social de los habitantes, o en otros términos, si la política del apartheid es ilegal y constituye una violación del Mandato, o depende del motivo (bona fides o mala fides), el resultado o efecto.”²⁵³

²⁵¹ Cfr. ARISTÓTELES, “Política”, Ed. Gredos, Trad. GARCÍA VALDÉS, Madrid – España, 2004, ISBN 9788424912833; “Ética Nicomaquea, Ética Eudemia”, Ed. Gredos, Trad. PALLÍ BONET, Madrid – España, 2003, ISBN 978842910075.

²⁵² CIJ, “Casos relativos al África Sudoccidental”, Segunda Fase, Sentencia de fondo, 18 de julio de 1966

²⁵³ “(…) whether or not the policy of racial discrimination or separate development is per se incompatible with the well-being and social progress of the inhabitants, or in other terms, whether the policy of apartheid is illegal and constitutes a breach of the Mandate, or depends upon the motive (bona fides or mala fides), the result or effect” (Voto disidente del Juez Tanaka en: CIJ, “Casos relativos al África Sudoccidental”, Ob. Cit., p. 302)

Este caso, es sustancialmente sobre la discriminación existente por la política del apartheid, defendida por sus propulsores y en ese entonces demandados como una política que “beneficiaría” al bien común, y que tal política no podía ser “discriminatoria” puesto que no conducía a “opresión” alguna.

Es entonces que el Juez Tanaka observa y comenta que esta clase de políticas concibe un acercamiento en distinción a las capacidades de las personas para el logro de sus derechos, expresándose por tanto, de la siguiente manera:

“La política de apartheid o desarrollo separado que permite un status, derechos, deberes, atribuciones o cargas sobre la base de pertenencia a un grupo, clase o raza en vez de sobre la base del mérito individual, capacidad o potencial, es ilegal así el motivo sea de bona fide o mala fide, opresivo o benévolo; sea su efecto o resultado bueno o malo para los habitantes.”²⁵⁴

Así, podemos decir que la “intencionalidad (o no) discriminatoria” no es un requisito para considerar o no un acto como discriminatorio, sino cómo se presenta este acto.

3) Derecho a la alimentación: acción positiva.

En cuanto a este derecho, diremos algo básico: la alimentación es necesaria, vital para el ser humano. Eso la torna en un derecho

²⁵⁴ “The policy of apartheid or separate development which allows status, rights, duties, privileges or burdens on the basis of membership in a group, class or race rather than on the basis of individual merit, capacity or potential is illegal whether the motive be bona fide or mala fide, oppressive or benevolent; whether its effect or result be good or bad for the inhabitants.” (Ibídem, p. 309)

fundamental, sin ello se vulneraría derechos como el de la salud y finalmente la vida.

Sin embargo, como una necesidad, importa una correlativa obligación: ya se lo habría dicho Dios a Adán luego del primer pecado del hombre: “con el sudor de tu frente comerás”.

La alimentación tiene un lógico y directo costo, lo que significa una necesidad de “producir” el alimento, o algo para poder obtener ese “alimento”, estando obligadas muchas personas a suministrarlo a quienes sean sus dependientes, como sucede en el caso del Derecho de familia en la clásica relación padre-menor hijo.

Ello es posible y se auto-sustenta y regula por las leyes del mercado, el derecho privado se ocupa en mucho de ello.

No obstante, no siempre existe un escenario con un “mercado” constituido, en tal sentido no existen tales reglas por no existir tal escenario, entonces, por cuestiones económicas y/o sociodemográficas no existen iguales condiciones, en otras palabras: existen zonas en las que la pobreza en un escenario objetivamente agreste (su contexto) impide una auto-regulación.

Podemos citar brevemente el caso “Grootboom vs. República de Sudáfrica”²⁵⁵, del cual hablaremos más adelante con un ligero, pero mayor detalle.

²⁵⁵ CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, “Grootboom and others v. Government of the Republic of South Africa”, CCT 11/00, [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, 4 October 2000.

El caso en cuestión trata sobre el derecho a la vivienda, y es llevado ante la Corte Constitucional de Sudáfrica, la cual hace una distinción entre los deberes del Estado respecto a quienes pueden pagar por una vivienda “por más básica que sea” y respecto a quienes simplemente no pueden hacerlo, e indica lo siguiente:

“(...) Para quienes pueden afrontar el pago por una vivienda adecuada, la obligación primaria del Estado reside en desbloquear el sistema, facilitando el acceso a la vivienda y un marco legislativo que facilite la construcción propia de viviendas a través de leyes de planificación y el acceso a planes de financiación (...)”²⁵⁶

Y respecto a las segundas, la Corte indica que el Estado debe diseñar un plan “comprensivo y realizable”, en otras palabras, que incluya a ambos grupos, teniendo en consideración que estas últimas “son particularmente vulnerables y requieren atención especial”²⁵⁷ conforme las circunstancias que lo ameriten²⁵⁸.

Así, la Corte le recuerda al Estado que es su obligación la implementación y ejecución de programas que puedan lograr la realización del derecho a la vivienda, sobre todo para quienes

²⁵⁶ “For those who can afford to pay for adequate housing, the state’s primary obligation lies in unlocking the system, providing access to housing stock and a legislative framework to facilitate self-built houses through planning laws and access to finance.” (Ibidem, para. 36.)

²⁵⁷ Ídem

²⁵⁸ “The state’s obligation to provide access to adequate housing depends on context, and may differ from province to province, from city to city, from rural to urban areas and from person to person. Some may need access to land and no more; some may need access to land and building materials; some may need access to finance; some may need access to services such as water, sewage, electricity and roads. What might be appropriate in a rural area where people live together in communities engaging in subsistence farming may not be appropriate in an urban area where people are looking for employment and a place to live.” (Ibidem, para. 37)

no puedan “realizarlo” por su cuenta por aspectos objetivos que analiza.

Y no se queda con ello, sino que la Corte también describe las características que tal programa debe presentar mínimamente, como una asignación de responsabilidades en distintos entes del Estado, la garantía legislativa y presupuestaria para su cumplimiento y la razonabilidad que debe mantener el programa y su ejecución.

En conclusión, vemos que el caso Grootboom representa el ejercicio del derecho a la igualdad, a esa equiparación de condiciones para el logro de un derecho, el cual se estima debe alcanzar su auto-regulación, todo ello sobre una base de razonabilidad.

5.2.2.2. Medidas inmediatas y plazo razonable

El citado *ab initio* artículo 2 del Pacto Internacional de DESC, nos habla de “medidas apropiadas”, sin embargo, es necesario hacer incidencia en la exigibilidad temporal de tales medidas, esto es: ¿desde cuándo pueden exigirse? Esto pues, el mismo artículo habla de un “logro progresivo”.

Es necesario volver a observar la anteriormente citada Observación General 3²⁵⁹, adoptada por el Comité de los DESC, sobre “la índole de las obligaciones de los Estados Partes”, la cual indica:

“1. (...) En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la

²⁵⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1990), Observación General N° 03: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (UN doc. UN Doc. E/1991/23).

limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’.

2. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es ‘to take steps’, en francés es ‘s’engage à agir’ (‘actuar’) y en español es ‘adoptar medidas’. Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.”

En tal sentido, la efectividad del Pacto de DESC, se sustenta con la exigencia inmediata de dos obligaciones:

- 1) Garantía de derechos pertinentes sin discriminación; conforme hemos visto en el apartado anterior.
- 2) Adopción de medidas; “compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración”.

Sobre este último punto, Abramovich y Courtis comentan que es una obligación no meramente declarativa, puesto que a primera vista puede ser visto como algo contradictorio, esto es: el Pacto nos dice que la obligación es “adoptar medidas” y garantizar progresivamente el cumplimiento de los DESC, pero luego el Comité nos indica que la adopción de las medidas es una obligación de efecto inmediato, así, nuestros autores comentan lo siguiente:

“El principio no es declamativo: significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible.”²⁶⁰

Sin embargo, debemos considerar otra situación adicional: el Comité nos indica que las medidas deben adoptarse dentro de un “plazo razonablemente breve”.

²⁶⁰ ABRAMOVICH Victor y COURTIS Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Ob. Cit., p. 79.

¿Cómo debemos entender ello a la luz de las obligaciones del Estado y su correspondiente responsabilidad?

Esta cuestión nos remite a las “Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”²⁶¹, las cuales, en su octavo principio sobre “margen de discreción” nos expresan lo siguiente:

“8. Al igual que con los derechos civiles y políticos, los Estados cuentan con un margen de discreción en la selección de los mecanismos a usar para hacer efectivas sus respectivas obligaciones. (...). El que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales solo pueda lograrse progresivamente, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible. Por lo consiguiente, al Estado le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos. (...)”

El principio es claro, son los Estados quienes tienen “la carga de la prueba”, el demostrar su avance²⁶² en el goce y disfrute de los DESC.

²⁶¹ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997. Reedición posterior en el documento de la ONU, E/C.12/2000/13.

²⁶² Vid. ABRAMOVICH Victor y COURTIS Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Ob. Cit., pp. 79, 80; DANKWA Victor, FLINTERMAN Cees and LECKIE Scott, “Commentary on the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, Human Rights Quarterly, N° 20 (3), 1998, DOI: 10.1353/hrq.1998.0028, pp. 21, 22.

Por otro lado, los “Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”²⁶³, expresan que el incumplimiento del Estado hacia unas obligaciones configura un “fracaso”, el cual en cuanto a temporalidad, responde a lo siguiente en el 71^a principio:

“71. Al determinar la causa de este fracaso, se tendría en cuenta el hecho de que el Pacto admite una margen de discreción para que el Estado parte seleccione los medios para llevar a cabo sus objetivos, y que existen factores situados más allá de un control razonable que pueden afectar seriamente su capacidad para aplicar determinados derechos.”

La razonabilidad está entonces reflejada sobre la actitud del Estado, esto es, la consideración de las acciones tomadas por el Estado y las circunstancias socioeconómicas existentes, aunque de todas maneras, deben existir tales “acciones”.

Entre tanto, en Limburgo también se expresan sobre dos omisiones que implican “violación al Pacto” en relación a la temporalidad exigible, eso si el Estado Parte:

“72. (...)

- no logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los

²⁶³ Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 2-6 de junio de 1986, adoptados por el Comité de DESC, en la 43^a Ronda de Sesiones, bajo el documento de la ONU, E/CN.4/1987/17.

obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho;

- no logra aplicar con rapidez un derecho que el Pacto exige;”

Esto implica, que, a pesar de que sean circunstancias objetivas (como “falta de recursos justificada” o “fuerza mayor”) las únicas que sirvan de justificación para una eventual dilación, es también obligación del Estado que esas “circunstancias” dilatorias, sean superadas.

5.2.2.3. Implementación jurídica

Recordando el artículo 2.1 del Pacto de DESC, podemos observar que el compromiso obligacional del Estado en la adopción de medidas adecuadas, incluye “inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”, es por ello que daremos una aproximación de la “implementación jurídica” básica que apremian los DESC como una obligación al Estado.

Y es que, dicha implementación jurídica no es otra cosa que la implementación del derecho mismo, esto es, conforme a la teoría de la posición jurídica, teoría a la cual nos hemos acogido y expresado en el apartado sumillado “la crítica de su configuración como derechos subjetivos”, la implementación de la posición del sujeto de derecho como tal, esto es, de “alguien” con una atribución de derecho, el cual lo traslada a una “posición” de exigir a otros el cumplimiento de “algo” determinado.

Entonces tenemos que ese “tener derecho” refiere a un “estar en una posición”, conforme hemos visto

anteriormente²⁶⁴, y que tal “posición” implica una serie de relaciones de diversos tipos, relaciones que deben ser establecidas para su efectividad, entonces, la normativización de esta determinación se hace necesaria para el desarrollo en seguridad del derecho mismo, esto es, implementarlo jurídicamente, como hemos dicho anteriormente.

Esto no indicaría necesariamente el establecimiento “exacto” de las relaciones en la forma de “sujetos” y “objeto”, ya que, si bien podíamos hablar en ese sentido de “obligaciones perfectas”²⁶⁵ –utilizando términos “kantianos”²⁶⁶–, las cuales indicarían un deber específico a realizar por un actor o agente determinado, tenemos el riesgo de restringir el desarrollo de los mismos derechos, llegando a concebir un punto de vista “rígido e inflexible”²⁶⁷, punto de vista que, aunque imperante tiempo atrás, ha ido perdiendo fuerza, empero no importancia, alcanzando las “obligaciones imperfectas” un “lugar” meritable en relación al desarrollo de tales derechos; ya lo sustentaría el maestro Amartya Sen en su “crítica de la coherencia”²⁶⁸, fundamentando que, un derecho, para ser tal, no requiere el establecimiento de una obligación, sino al contrario, un derecho, por

²⁶⁴ SHUE Henry, Ob. Cit.; SEN Amartya, Ob. Cit.; ALEX Y Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ob. Cit.; HOHFELD W. N., Ob. Cit.; entre otros.

²⁶⁵ SEN Amartya, “Development as Freedom”, Ob. Cit., p. 230.

²⁶⁶ Kant, en su *Metafísica de las Costumbres*, alude a una distinción entre los deberes jurídicos con estatuto de deberes perfectos y a los deberes de virtud con estatuto de deberes imperfectos. Sobre la denominada “división según la relación objetiva de la ley con el deber”, en cohesión de lo jurídico con lo virtuoso (Cfr. KANT Immanuel, “La metafísica de las costumbres”, Ob. Cit., pp. 51 en adelante [AK VI:240-sig.]) Para Kant, son perfectos el “derecho de la humanidad” y el “derecho de los hombres”, pero sólo cuando vienen acompañados de fuerza coercitiva y coactiva externa, y pudieran exigir “precisión en el cumplimiento”, mientras que los imperfectos aluden al “fin de la humanidad” y al “fin de los hombres”, un asunto de ética, exentos de coacción externa, sin embargo, como comenta de igual manera Cortina Orts (Ibidem, Estudio Preliminar, p. LXXXII), llegamos a una paradoja, los “deberes perfectos” admiten excepción, pero no los tales “imperfectos”, entonces vemos que sólo un acercamiento a los primeros, es posible junto con los segundos, sin una cohesión de ambos no podría lograrse una legislación universal “exigible” (Cfr. Ibidem, pp. 242-247 [AK VI:390-393])

²⁶⁷ SENGUPTA Arjun, “On the Theory and Practice of the Rights to Development”, on *Reflections on the Right to Development*, Sage Publications, New Delhi – India, 2005, ISBN 0-7619-3370-0, p. 65

²⁶⁸ SEN Amartya, “Development as Freedom”, Ob. Cit., p. 230, 231.

ser tal, amerita la existencia de una obligación, sin embargo, en todo caso, debe existir una “obligación”, y una mínimamente “imperfecta”, la cual no es sino un “deber” existente en una relación prácticamente abierta, salvo en caso del sujeto pasivo de la relación, el “beneficiario” o tenedor del derecho, o en otras palabras, cuando a los actores activos no se les ha asignado un “deber específico”.

En tal sentido, para Sen la realización de un derecho nunca es “absoluta” –y *sobre ello hemos argumentado en relación a las aparentes diferencias en relación a las características estructurales entre los derechos civiles y políticos y los DESC- sino que siempre es “acción-orientada”, así para Sen:*

“Las demandas están dirigidas en general a cualquiera que pueda ayudar, a pesar de que ninguna persona u organismo en particular pueda estar encargada de lograr el cumplimiento de los derechos involucrados.”²⁶⁹

Esto, en otras palabras, implicaría una contribución para el desarrollo –y *cumplimiento-* de los derechos por parte de los distintos actores del juego, un punto de vista que desarrollaría al mismo tiempo “normas conducta o acción” para los distintos agentes, tanto públicos, como privados, e incluso a la comunidad internacional, como indica Arjun Sengupta²⁷⁰.

Sin embargo, como hemos mencionado antes, ello no restará la importancia y necesidad que se tiene

²⁶⁹ “The claims are addressed generally to anyone who can help, even though no particular person or agency maybe be charged to bring about the fulfillment of the rights involved.” (SEN Amartya, “Development as Freedom”, Ob. Cit., p. 230)

²⁷⁰ SENGUPTA Arjun, Ob. Cit., p. 65

de orientarnos hacia el ideal de “obligaciones perfectas”, así, tenemos que observar dos situaciones: viabilidad y normativización.

Sobre la viabilidad Sengupta comenta que:

“Sin embargo, para que un reclamo sea reconocido como un derecho, la viabilidad de la realización del derecho todavía tiene que ser establecida”²⁷¹

En caso contrario sólo tendríamos un “derecho abstracto”, una condición que “deberíamos tener”²⁷² (*should have*), lo que no sería propiamente un “derecho”, ni “válido” ni “concreto”, como comenta Sengupta²⁷³.

Pero, ¿dónde debe apuntar esta “viabilidad”? A este punto, no hablaremos de “concretización”, sino de “coordinación”, y es que, obviando la “posibilidad fáctica” como condición –*pues es condición de todo acto en general*- la realización de los DESC sólo sería viable mediante coordinación, ello debido al especial matiz que tienen, y a lo característico de sus obligaciones, como acabamos de anotar párrafos arriba, entonces, teniendo una diversidad de “titulares de obligaciones”, un plan de acción para la realización de los DESC se lograría sólo mediante unidad y cooperación –*a pesar de que tales titulares sean distintos, tanto en funciones como en niveles*.

²⁷¹ “Nevertheless, in order for a claim to be recognised as a right, the feasibility of realising the right still has to be established.” (SENGUPTA Arjun, Ob. Cit., p. 65)

²⁷² “Human rights are seen as rights shared by all -irrespective of citizenship- the benefits of with everyone should have. While it is not the specific duty of any given individual to make sure that the person has her right fulfilled, the claims can be generally addressed to all those who are in a position to help.” (SEN Amartya, “Development as Freedom”, Ob. Cit., p. 230)

²⁷³ SENGUPTA Arjun, Ob. Cit., p. 65.

Por otro lado, la “moralidad” y la “cooperación”, si bien son condiciones “ideales”, son características que “no abundan” en nuestra sociedad, un “acuerdo de honor” no basta, sino uno con fuerza legal, entonces, la normativización –*una suerte de “legislación” como verbo*- de los DESC torna a los mismos de “derechos validos en principio” en “derechos justiciables”, sin embargo, estas condiciones deben actuar en conjunto, tanto la viabilidad como la normativización de los derechos, ello debido al mismo escenario que apremian los DESC, y por tanto regresamos a la idea inicial: ¿pueden determinarse obligaciones perfectas para cada DESC?

La respuesta es tal cual la hemos anotado anteriormente, sin embargo, hay algo por agregar, como bien expresa Sengupta:

“Incluso si un derecho no puede ser legislado, todavía se puede realizar si se puede establecer un procedimiento acordado para su realización.”²⁷⁴

Así, Amartya Sen introduce el concepto de los que llamará “meta-derechos”, como aquellas herramientas que van a ser aquellas que harán posibles “realizar” aquellos “derechos” que no pueden ser inmediatamente “alcanzables”, “concretables”, con dificultad de “legislarse”, entonces, tales “meta-derechos” son aquellos que hacen alusión a los referidos “procedimientos” para la realización de los derechos propiamente dichos.

²⁷⁴ “Even if a right cannot be legislated, it can still be realised if an agreed procedure for its realisation can be established” (Ídem, p. 65)

Empero, como un paréntesis, debemos declarar que Sen no indica que los “DESC” sean siempre derechos “abstractos”²⁷⁵ o “secundarios”, sino que para Sen, existen ordenamientos jurídicos en los que se tratan a ciertos DESC como tales, ello no quiere decir que “x” DESC sea necesariamente “abstracto” o “concreto”²⁷⁶ respecto a las obligaciones que lo distinguen, sino que Sen resalta que todo DESC tiene un contenido, y que ese contenido –*como derecho tal*- apremia una “acción orientada” a su realización.

Entonces, para Sen “un meta-derecho a algo x se puede definir como el derecho a tener unas políticas p(x) que persigan genuinamente el objetivo de hacer que el derecho a x sea realizable”²⁷⁷, agregando como ejemplo los Principios Rectores de la Política del Estado insertados en la Constitución de la India vigente de 1950, citando el siguiente extremo:

*“El Estado deberá dirigir, en particular, sus políticas a fin de asegurar (...) que los ciudadanos, hombres y mujeres por igual, tengan el derecho a tener medios adecuados de vida”*²⁷⁸

Sen hace notar la cuidadosa redacción de este artículo, en el cual percibimos que no se indica que el Estado deba garantizar el “derecho a tener medios adecuados de vida”, sino que se especifica

²⁷⁵ “An abstract right is a general political aim the statement of which does not indicate how the general aim is to be weighted or compromised in particular circumstances against the other political aims” (DWORKIN Ronald, “Taking rights seriously”, Bloomsbury Academic, 2013, p. 119)

²⁷⁶ “Concrete rights, on the other hand, are political aims that are more precisely defined so as to express more definitely the weight they have against other political aims on particular occasions” (Idem)

²⁷⁷ “A metaright to something x can be defined as the right to have policies p(x) that genuinely pursue the objectives of making the right to x realisable” (SEN Amartya, “The right not to be hungry”, on The Right to Food, Ed. ALSTON P. and TOMAŠEVSKI K., Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1984, p. 70)

²⁷⁸ “The State shall, in particular, direct its policy towards securing (...) that the citizens, men and women equally, have the right to an adequate means to livelihood” (Constitution of India, 1949, para. “a” of article 39^o)

que se tiene el derecho –*posición jurídica opuesta*- a que el Estado dirija sus políticas a fin de asegurar el “derecho a tener medios adecuados de vida”, incluso si se trata de un derecho de realización progresiva.

El punto es el siguiente, un “meta-derecho” no excluye la existencia y posibilidad de un “derecho”, sino que resulta una herramienta de proyección y realización, algo “anterior” que lo consolida, entonces la exigibilidad del derecho parte desde los “meta-derechos” que le corresponden, los que finalmente dan forma y acercamiento al contenido mismo de los derechos.

Entonces, es de observarse la importancia de las políticas y su implementación jurídica “directa” –*por no decir inmediata*- a través de ciertos dispositivos: las “leyes marco”.

Ello, a tal punto, de ser un medio necesario para la consecución de los fines de garantizar el cumplimiento de los DESC, incluso directamente en la obligación de proteger.

Consideremos los siguientes puntos contenidos en ciertas Observaciones Generales efectuadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

- Observación general N° 12 “El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)”²⁷⁹

29. Al aplicar las estrategias específicas de cada país señaladas supra [sobre la aplicación en el plano nacional del derecho

²⁷⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1999a), Observación General N° 12: El derecho a una alimentación adecuada (UN doc. E/C/12/1999/5).

a una alimentación adecuada], los Estados deben establecer referencias verificables para la subsiguiente vigilancia nacional e internacional. En relación con ello, los Estados deben considerar la posibilidad de aprobar una ley marco como instrumento básico de aplicación de la estrategia nacional para el derecho a la alimentación. En la ley marco deben figurar disposiciones sobre el fin pretendido; las metas u objetivos que deben lograrse y el marco temporal que se fijará para lograr estos objetivos; los medios mediante los cuales podría conseguirse el fin buscado en términos generales, en especial la colaboración deseada con la sociedad civil y el sector privado y con organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional del proceso; y los mecanismos nacionales para vigilar el proceso, así como los posibles procedimientos de recurso. Los Estados Partes al preparar las referencias y la legislación marco deben buscar la participación activa de organizaciones de la sociedad civil.

- Observación general N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”²⁸⁰

53. Las medidas viables más apropiadas para el ejercicio del derecho a la salud variarán significativamente de un Estado a otro. Cada Estado tiene un margen de

²⁸⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2000), Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (UN doc. E/C.12/2000/4).

discreción al determinar qué medidas son las más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona tenga acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud y pueda gozar cuanto antes del más alto nivel posible de salud física y mental. Para ello es necesario adoptar una estrategia nacional que permita a todos el disfrute del derecho a la salud, basada en los principios de derechos humanos que definan los objetivos de esa estrategia, y formular políticas y establecer los indicadores y las bases de referencia correspondientes del derecho a la salud. La estrategia nacional en materia de salud también deberá tener en cuenta los recursos disponibles para alcanzar los objetivos fijados, así como el modo más rentable de utilizar esos recursos.

(...)

56. Los Estados deben considerar la posibilidad de adoptar una ley marco para dar efectividad a su derecho a una estrategia nacional de salud. La ley marco debe establecer mecanismos nacionales de vigilancia de la aplicación de las estrategias y planes de acción nacionales de salud. Esa ley deberá contener disposiciones sobre los objetivos que deban alcanzarse y los plazos necesarios para ello; los medios que permitan establecer las cotas de referencia

del derecho a la salud; la proyectada cooperación con la sociedad civil, incluidos los expertos en salud, el sector privado y las organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional por la ejecución de la estrategia y el plan de acción nacionales del derecho a la salud; y los posibles procedimientos de apelación. Al vigilar el proceso conducente al ejercicio del derecho a la salud, los Estados Partes deben identificar los factores y las dificultades que afectan al cumplimiento de sus obligaciones.

- Observación general N° 15: “El derecho al agua (artículos 11 y 12)”²⁸¹

46. Deberán examinarse la legislación, las estrategias y las políticas existentes para determinar que sean compatibles con las obligaciones relativas al derecho al agua, y deberán derogarse, enmendarse o cambiarse las que no sean congruentes con las obligaciones dimanantes del Pacto.

47. El deber de adoptar medidas claramente impone a los Estados Partes la obligación de adoptar una estrategia o plan de acción nacional para asegurar el ejercicio del derecho al agua. La estrategia debe: a) basarse en la normativa y los principios de derechos humanos; b) abarcar todos los aspectos del derecho al agua y las obligaciones correspondientes de los Estados Partes; c) definir objetivos claros; d)

²⁸¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2002), Observación general N° 15: El derecho al agua (UN doc. E/C.12/2002/11).

fijar objetivos o metas y los plazos para su consecución; e) formular políticas adecuadas, con los niveles de referencia y los indicadores correspondientes. La estrategia también deberá responsabilizar del proceso a instituciones específicas; determinar los recursos disponibles para alcanzar los objetivos y las metas; asignar debidamente los recursos a las instituciones encargadas; y establecer mecanismos de rendición de cuentas para asegurar la aplicación de la estrategia. Al formular y aplicar las estrategias nacionales en relación con el derecho al agua, los Estados Partes deberán hacer uso de la asistencia técnica y de la cooperación de los organismos especializados de las Naciones Unidas (véase más adelante la parte VI).

(...)

50. Tal vez los Estados Partes consideren conveniente aprobar una legislación marco para llevar a la práctica sus estrategias relativas al derecho al agua. Esa legislación deberá incluir: a) los objetivos o metas que han de alcanzarse y los plazos para su consecución; b) los medios que se utilizarán para alcanzar la finalidad perseguida; c) la colaboración prevista con la sociedad civil, el sector privado y las organizaciones internacionales; d) las instituciones encargadas del proceso; e) los mecanismos nacionales para la vigilancia del proceso; y f) los procedimientos de reparación y de recurso.

- Observación general N° 19: “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”²⁸²

45. La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan que terceros interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social. Por terceros se entiende los particulares, grupos, empresas u otras entidades, así como los agentes que actúen bajo su autoridad. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces, por ejemplo, para impedir que terceros denieguen el acceso en condiciones de igualdad a los planes de seguridad social administrados por ellos o por otros e impongan condiciones injustificadas de admisibilidad; interfieran arbitraria o injustificadamente en los sistemas de seguridad social consuetudinarios, tradicionales o basados en la autoayuda que sean compatibles con el derecho a la seguridad social; o no paguen al sistema de seguridad social las cotizaciones exigidas por la ley a los empleados u otros beneficiarios del sistema de seguridad social.

46. Cuando los planes de seguridad social, ya sean contributivos o no contributivos, son administrados o controlados por terceros, los Estados Partes conservan la responsabilidad de administrar el sistema

²⁸² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2007), Observación general N° 19: El derecho a la seguridad social (UN doc. E/C.12/GC/19).

nacional de seguridad social y velar por que los agentes del sector privado no pongan en peligro un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, adecuado, al alcance de todos y accesible. Para impedir estos abusos, debe establecerse un sistema regulador eficaz que incluya una legislación marco, una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento.

(:..)

72. Los Estados Partes podrían considerar conveniente aprobar una legislación marco para hacer efectivo el derecho a la seguridad social. Esta legislación podría incluir: a) los objetivos o metas que han de alcanzarse y los plazos para lograrlos; b) los medios que podrían utilizarse para alcanzar este fin; c) la colaboración prevista con la sociedad civil, el sector privado y las organizaciones internacionales; d) las instituciones encargadas del proceso; e) los mecanismos nacionales para la vigilancia del proceso; y f) los procedimientos de reparación y recurso.

En estas Observaciones es posible percibir los elementos o características mínimas de una ley (o legislación) marco (framework law) efectiva, a esto, sumaremos algunos otros conceptos que hemos optado por consignar:

Según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura:

“Esta es una ley utilizada para legislar en materia multisectoriales de una manera coherente, coordinada e integral, por el que se establecen principios y obligaciones generales, dejando los detalles a las leyes de nivel inferior y dando a las autoridades competentes la facultad de definir las medidas necesarias dentro del marco establecido por ley.”²⁸³

Asimismo, para el maestro De Schutter

“Las leyes marco transponen en los compromisos legislativos las políticas que buscan el cumplimiento de los derechos humanos. Esto no sólo mejora tales políticas a nivel operacional, al asignar de manera clara responsabilidades a través de las diferentes ramas del gobierno, al establecer de metas con plazos precisos (puntos de referencia) que deben obtenerse, y propiciando la evaluación permanente y por tanto la mejora de las medidas adoptadas para alcanzar el metas establecidas. También mejora la legitimidad de tales políticas, si las leyes marco se adoptan a través de mecanismos de participación o se discuten en las asambleas legislativas. Lo más importante, las leyes marco garantizan la responsabilidad: como mínimo, obligan a los diferentes poderes públicos a explicar sus decisiones, y si no se toman las medidas que se esperan de ellos, a ofrecer una

²⁸³ “This is a law used to legislate on multisectoral matters in a consistent, coordinated and comprehensive fashion, laying down general principles and obligations while leaving the details to lower-level laws and giving the competent authorities the power to define the necessary measures within the framework established by law.” (Food and Agriculture Organization of the United Nations, “Development of specific right to food legislation”, on Right To Food Handbooks N° 2, Rome, 2014, p. 3)

justificación apropiada de los retrasos o fallos para tomar esas medidas; en el mejor de los casos, ellos invisten los titulares de derechos individuales, con lo que Amartya Sen ha referido como ‘meta-derechos’ – derechos a tener políticas adoptadas que tienen como objetivo la realización de los derechos.’²⁸⁴

De igual manera, tenemos que en Colombia, estas leyes han sido conceptualizadas en el numeral 19 del artículo 150 de su Constitución Política como “aquellas que establecen las normas generales y señala los criterios y objetivos a los que debe sujetarse el gobierno con relación a determinados asuntos establecidos en la Constitución”, en tal sentido, su Corte Constitucional²⁸⁵ ha establecido la siguiente caracterización para la misma:

- a) Las leyes marco limitan la función legislativa del Congreso a trazar las normas generales, enunciando principios generales y estableciendo orientaciones globales a que debe ceñirse el ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas.
- b) En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general (se limita a fijar pautas generales o directrices para guiar la ordenación de determinada materia) y al Ejecutivo su

²⁸⁴ “Framework laws transpose into legislative commitments policies that aim at the fulfilment of human rights. This not only improves these policies at the operational level, by clearly allocating responsibilities across different branches of government, by setting precise time-bound targets (benchmarks) to be achieved, and by encouraging permanent evaluation and thus improvement of the measures taken to reach the targets set. It also improves the legitimacy of such policies, if framework laws are adopted through participatory mechanisms or are discussed in parliamentary assemblies. Most importantly, framework laws ensure accountability: at a minimum, they oblige different public authorities to explain their choices, and if they do not take the measures expected from them, to offer a proper justification for any delays or failures to take such measures; at best, they invest individual right-holders with what Amartya Sen has referred to as ‘metarights’ – rights to have policies adopted that aim at the realizing of rights.” (DE SCHUTTER Olivier, “International Human Rights Law”, Ob. Cit., p. 466)

²⁸⁵ Vid. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-438/11, asimismo, ver las Sentencias N° C-465 de 1992, C-140 de 2007 y C-553 de 2007.

regulación particular (precisar y completar la regulación) y su aplicación concreta.

- c) Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos (ejecutivos y no con rango de ley) que deben ajustarse a los parámetros o "marcos" dados por el legislador en la respectiva Ley.
- d) La razón de ser de las leyes marco radica en la existencia de asuntos cambiantes que es necesario regular de una manera ágil y oportuna, aplicando conocimientos técnicos e información pertinente; regulación que, en esas condiciones, el Congreso no está en posibilidad de expedir, y en los cuales el Ejecutivo, en cambio, sí dispone de las capacidades para reaccionar prontamente adecuando las regulaciones. Esta razón de ser es un criterio que contribuye a delimitar hasta donde van las facultades legislativas y las ejecutivas en asuntos sujetos a leyes marco.

En relación a este último concepto, cabe señalar que en caso de Perú no se ha establecido alguna referencia específica en la Constitución Política que hable sobre las "leyes marco".

En todo, vemos elementos comunes en los conceptos señalados, los cuales nos pueden ayudar a elaborar una idea de lo que son las leyes marco, por consiguiente, una ley marco es un dispositivo legal que establece una serie de normas generales que delimitan la actuación coordinada de

distintos entes del Estado en pos de implementar medidas para garantizar el cumplimiento y efectividad de uno o más derechos, estableciendo para ello objetivos con plazos razonables, disposición de recursos, coordinación institucional, medios de supervisión efectiva y coercitiva, y procedimientos de reparación así como de recursos.

A todo esto, De Schutter²⁸⁶ realiza un cuestionamiento académico: ¿La adopción de una estrategia y/o una ley marco concerniente sólo a un derecho contradice la idea de la indivisibilidad, interdependencia e igualdad de importancia de todos los derechos humanos?

Nuestra respuesta a ello, tiene referencia a la importancia y direccionamiento de la implementación normativa de los derechos humanos.

Y es que, por un lado es imposible y contraproducente que una “estrategia y/o una ley marco” involucre a todos o a una indiscriminada “masa de derechos”, ya que no existe una “lista cerrada” de lo que sean “derechos humanos”, y tratar de “englobar” la implementación normativa de los que sean “cognoscibles” –*aun sólo considerando a los DESC*- dejaría en desprotección a los mismos derechos que se trate de garantizar al no permitir un enfoque específico, detallado y direccionado.

Por otro lado, centrarse en un solo derecho de manera aislada, también resultaría

²⁸⁶ Would the adoption of a strategy or/and framework law concerning only one right contradict the idea of indivisibility, interdependence, and equal importance of all human rights? (DE SCHUTTER Olivier, “International Human Rights Law”, Ob. Cit., p. 581)

contraproducente, ya que, los derechos son interdependientes, y muchos van estrechamente “de la mano”, no podríamos concebir o tutelar con efectividad al derecho a la salud sin el derecho a un medio ambiente equilibrado y saludable o al agua: el ejemplo es claro, resultaría ofensivamente contradictorio planificar una política de salud (desde charlas hasta atención médica) mientras se distribuye agua contaminada con minerales pesados y nocivos para uso doméstico.

En tal sentido, debe buscarse “equilibrio” en la misma proyección normativa, esto es, siendo los derechos estrechamente interdependientes, considerar los que sean necesarios y relevantes para determinada situación en conjunto para una mejor realización de tal o cual derecho.

En todo, tampoco resultaría posible expedir leyes para cada derecho “al mismo tiempo”, cada Estado debe decidir cuáles son sus prioridades de acuerdo a cada situación, no podríamos considerar igual la necesidad de establecer una ley marco contra la pobreza en Noruega que en Perú.

Consideremos el siguiente párrafo del proyecto de “Principios y Directrices para la integración de los derechos humanos en las estrategias de reducción de la pobreza” de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

“56. Con respecto a las compensaciones y el establecimiento de prioridades, la integración de los derechos humanos no significa en sí mismo ofrecer reglas estrictas y rápidas cualquiera a cuantos derechos deban darse

*prioridad. El acto de priorización tiene que ser específico para cada contexto, ya que las circunstancias varían de país a país. Sin embargo, la integración de los derechos humanos impone ciertas condiciones en el proceso y sustancia de priorización.*²⁸⁷

En suma, no se contradice la indivisibilidad, ni la interdependencia de los derechos, sino que debe prestarse atención a estas condiciones, tampoco se va en contra del principio de “igualdad de importancia de todos los derechos humanos”, ya que, si bien debe ejercerse priorización para el establecimiento de estrategias y leyes marco, debe quedar en claro que si bien todos los derechos humanos gozan de igual importancia, no todos se encuentran en igual nivel de satisfacción y/o garantía dadas las circunstancias de cada país y por consiguiente, el nivel de atención/prioridad no será el mismo para todos los derechos humanos.

5.2.2.4. Medidas de diagnóstico

Estas no son, sino aquellos procedimientos que deben tomarse para poder adoptar o establecer los lineamientos normativos de los que hemos hablado en el punto anterior.

Tales medidas deben ser tomadas a la luz de cada situación existente de acuerdo a cada circunstancia, es decir, mediante un examen diligente.

²⁸⁷ “56. With regard to trade-offs and prioritization, the human rights approach does not in itself offer any hard and fast rules as to which rights are to be given priority. The act of prioritization has to be context-specific, as circumstances differ from country to country. However, the human rights approach imposes certain conditions on the process and substance of prioritization.” (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies”, HR/PUB/06/12)

Asimismo, estas medidas no deben ser vistas como necesariamente de nivel o alcance “global” – *nacional*-, sino que pueden –y *deben*- enfocar y abarcar sobre todo a sectores desventajados o más vulnerables, que tengan impedido el goce de ciertos derechos por circunstancias determinadas, véase el caso por ejemplo, del derecho a la alimentación en las zonas alto andinas de Perú, o así también el caso de los derechos de las minorías.

Además de ello, las medidas de diagnóstico van a facilitar establecer y analizar el panorama situacional de la efectividad de los derechos humanos, así, Carbonell y Ferrer Mac-Gregor indican que:

“El diagnóstico debe poder ofrecer una serie de instrumentos de medición que sirvan tanto al Estado como al Comité [de DESC] para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho determinado”²⁸⁸.

Por consiguiente, las herramientas de diagnóstico van a permitir desde la planificación de estrategias e implementación de leyes marco, hasta la evaluación y supervisión del cumplimiento de obligaciones internacionales.

Ello conforme a las obligaciones de progresividad y de no regresividad de los derechos, sin perjuicio de aquellas obligaciones concretas que se han consagrado en la legislación supranacional, tales como la gratuidad de la prestación de educación primaria, entre otros.

²⁸⁸ CARBONELL Miguel, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, Ob. Cit., p. 39

5.2.3. EL “CONTENIDO BÁSICO” DE LOS DERECHOS HUMANOS

Un aspecto que debe tomarse muy en cuenta es sobre el ya tratado “contenido básico” de los derechos humanos, y es que dejamos algo pendiente: el mínimo esencial.

Aquellos “medios apropiados” analizados anteriormente, sobre todo considerando la obligación de implementación jurídica así como la de diagnóstico, deben tener un mínimo que permita observar el cumplimiento de las obligaciones a mejora de los Estados.

Ello, conforme lo expresado en la ya citada Observación General 3²⁸⁹ del Comité de DESC, al indicar que “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima [esencial] ²⁹⁰ de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”.

Al respecto, es posible percibir que esta obligación supone cierta flexibilidad –*al indicar que mínimamente existe un standard, no apuntando a un “óptimo” directamente-*, pero sobre todo implica discusión: ¿cómo determinar ese “mínimo”? Resulta algo tan importante, pues es lo básicamente exigible.

Este “mínimo” en mayoría de casos resultará muy argumentable, sin embargo, en caso de algunos derechos es posible ver aspectos más concretos de ese “mínimo esencial”, tomaremos 4 casos de ejemplo para ello:

- a) El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto Internacional de DESC)

²⁸⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1990), Observación General N° 03: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (UN doc. E/1991/23).

²⁹⁰ Con “esencial” podemos referirnos también a “nuclear” o “central”, y hemos considerado propicio incluir tal expresión conforme a las versiones en inglés y francés de la Observación General, así, en su versión inglesa indica “a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party”, y en la francesa que “chaque État partie a l’obligation fondamentale minimum d’assurer, au moins, la satisfaction de l’essentiel de chacun des droits”.

La pregunta que surge del Pacto es la siguiente: ¿cuál es el contenido básico en relación al derecho a la alimentación?

Al respecto, en el caso de este derecho la lógica determinada resultó más simple, esto es: el derecho “a no tener hambre”, el cual no es un derecho distinto al de la alimentación, sino su esfera más básica exigible.

Ya habría sido precisado por el Comité en la Observación General 12:

“El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando (...) [se] tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. (...) El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre (...).”

De lo citado se destacan dos elementos relevantes: 1) acceso físico y económico; 2) realización progresiva; 3) obligación de mitigar y aliviar el hambre.

Tanto el primer como el tercer elemento se relacionan de manera estrecha, puesto que de existir acceso físico y económico se cumpliría con la obligación de “mitigar y aliviar el hambre”, debiendo resaltarse la palabra “acceso”, puesto que no considera al derecho a la alimentación en una posición jurídica contraria de obligación de sola y necesaria “prestación”, sino de “acceso”, sin embargo, debe considerarse que la “obligación de mitigar y aliviar el hambre” va a involucrar una obligación de “prestación” al no existir el primer escenario: “acceso físico y económico”.

Por lo demás, resulta posible ver la facilidad para la determinación del llamado “mínimo” en el caso del derecho referido, así como la obligación general de no quedarse en ese “mínimo”, puesto el derecho debe encaminarse a su realización progresiva.

b) El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto Internacional de DESC)

Este es uno de los derechos “eje” de los DESC, y es que está muy ligado a conceptos como “autonomía”, “desarrollo” y “enculturización”.

Lo particular y que se ha tomado en cuenta para la determinación del contenido mínimo del derecho a la educación es que existen niveles en el mismo, así, entre otros, tenemos educación de nivel primario, secundario, y superior, lo que ha sido tomado en cuenta en el Pacto, resaltándose que el nivel primario resulta, como su propio nombre indica: “primario”, lo que ha motivado que la educación primaria sea consagrada como una educación que debe prestarse de manera gratuita.

Sin embargo, dada la conexión de la educación con distintos conceptos, entre otros, los señalados en el primer párrafo de este apartado, el contenido mínimo del derecho a la educación no se ha reducido al nivel primario solamente, sino que existe un contenido mínimo que gira en torno incluso a todos los niveles.

Ya lo habría considerado el Comité en su Observación General 13 al decir que:

“En el contexto del artículo 13, esta obligación mínima comprende: el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; por que la enseñanza corresponda a los objetivos

expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; proporcionar enseñanza primaria a todos, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13; adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria superior y fundamental; y velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, a reserva de la conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza (párrafos 3 y 4 del artículo 13).”

Del mismo modo, podemos ver ciertos elementos relevantes, los cuales han aumentado en comparación a la anterior Observación General, la cual fue realizada para el derecho a la alimentación, en tal sentido, vemos elementos tales como: 1) acceso físico y económico; 2) no discriminación; 3) enseñanza primaria gratuita (prestación directa); 4) estrategia nacional de educación; 5) libre elección de la educación.

Debemos expresar, asimismo, que si bien existe una obligación de enseñanza primaria gratuita, en virtud de la libre elección no resulta en una obligación de la persona (ciudadano) a optar por tal educación, sino del Estado, a dar oportunidad a que toda persona pueda acceder gratuitamente a la educación primaria, debiendo facilitarse el acceso a la educación de los otros niveles, y estableciéndose estrategias para mejora de su calidad.

- c) El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de DESC)

Tal como en el primer caso, nos preguntamos: ¿cómo determinar el contenido mínimo del derecho a la salud? La diferencia está en que no se puede emplear la lógica expresada en el primer caso, y es que, como es conocido, resultaría imposible un derecho a “no estar enfermo”.

En ese sentido, el Comité ha tenido que expresar de manera más específica ciertas obligaciones, las cuales encontramos en el párrafo 43 de la Observación General 14 sobre el derecho en discusión, párrafo el cual se encuentra bajo la sumilla “obligaciones básicas”, indicándose que corresponden a este derecho obligaciones tales como el acceso al servicio de salud sin discriminación, una alimentación nutritiva, adecuada y segura, un hogar con condiciones sanitarias básicas (saneamiento y agua potable), facilitar medicamentos esenciales, así como un plan de salud participativo y transparente.

Así, podemos percibir ciertos elementos, tales como: 1) acceso a centros y al servicio, 2) no discriminación, 3) derechos conexos que tengan incidencias, 4) acceso a medicamentos esenciales, 5) una estrategia o plan de acción.

d) El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de DESC)

Una lectura sin análisis de los artículos 11 y 12 del Pacto, es decir, una lectura vacía, mostraría que no se habla del “agua” en los dispositivos señalados, sin embargo, es lógico que mucho tiene que ver el derecho al agua con el derecho “a un nivel de vida adecuado” (artículo 11) y al derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (artículo 12), del cual –*este último*– hemos visto directamente su conexión en la Observación General 14.

Y es que el agua se presta a diversas finalidades, desde el consumo directo, la producción de alimentos – *conectada incluso a la posibilidad de expendernos*–, hasta la misma higiene personal así como ambiental y salubridad.

Es por ello, que el Comité ha reconocido directamente su nivel de derecho humano, y su existencia e importancia implícita en el Pacto Internacional de DESC, así también, ha establecido su “mínimo esencial”, conforme se observa de la Observación General 15 sobre el derecho al agua, en cuyo párrafo 37 se expresa que “pueden identificarse al menos algunas obligaciones básicas (...) que tienen efecto inmediato”, destacándose obligaciones tales como la garantía del acceso a la cantidad esencial mínima de agua, suficiente y apta para uso personal, doméstico y sanitario, no discriminación en el derecho al acceso al agua e instalaciones y servicios relativos, acceso físico a instalaciones o servicios de agua –*suministro*–, velar por la seguridad personal, y distribución equitativa de los servicios, adoptar y aplicar una estrategia y plan de acción, vigilar el grado de realización del derecho, poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos, adoptar medidas para controlar situaciones relativas a enfermedades asociadas al agua.

Visualizándose los siguientes elementos: 1) cantidad esencial mínima de agua (para cada uso), 2) no discriminación, 3) acceso físico y económico, 4) seguridad en el servicio, 5) distribución equitativa, 6) estrategia y plan de acción, 7) vigilancia y supervisión del derecho, 8) programas de focalización, 9) programas de sanidad.

Sin embargo, retornando a lo indicado como “mayoría de casos” existen ciertos aspectos a tener en cuenta para determinar aquel “mínimo” exigido por el Comité de DESC.

Y estos “ciertos aspectos” tienen mucho que ver con los elementos que hemos enunciado en cada caso de los comentados líneas arriba, en tal sentido, vamos a decir que el contenido básico, el “mínimo esencial”, debe considerar –*sin ser una lista cerrada*– los siguientes elementos:

- i) Suplir las necesidades básicas a un nivel mínimo, a niveles globales como focalizados.
- ii) Acceso físico y económico a los servicios, centros, programas, etc., relativos al ejercicio mismo del derecho.
- iii) La realización de los derechos desde la base de la no-discriminación.
- iv) Los meta-derechos conducentes a la implementación y realización de los derechos, a través del establecimiento y consecución de planes y estrategias de acción.

O conforme a la clasificación de maestro De Schutter²⁹¹, como los requerimientos de “no discriminación” (nuestro punto “iii”), “necesidades básicas” (puntos “i” y “ii”) y de “obligaciones de procedimiento” (que vendría ser nuestro punto “iv”).

Este “mínimo” va a incidir de diversas formas en al Justiciabilidad de los DESC, tal como lo diría Katharine G. Young, quien indica que el “trabajo” –*función*- del concepto del “contenido básico” o “mínimo esencial” de los derechos es el de “asistir en el juzgamiento de los derechos económicos y sociales en las cortes nacionales y tribunales supranacionales”²⁹², es decir, propiciar su “mejor resolver”.

Sin embargo, este concepto podría resultar “peligroso” al mismo tiempo, al sesgar la –*coloquialmente hablando*- “libertad de proteger” determinado derecho, esto es, el poder del Juez sobre el asunto, existiendo riesgo de disminuir el nivel de tutela posible, así por ejemplo, en caso de un juzgamiento sobre determinado DESC se podría argüir y

²⁹¹ DE SCHUTTER Olivier [ed.], “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, Ob. Cit.

²⁹² “(...) to assist in the adjudication of economic and social rights in domestic courts and supranational tribunals.” (YOUNG Katharine G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, [en línea], on Yale International Law Journal, Nº 33, 2008, [citado 10/08/2016], Formato PDF, disponible en internet: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1920&context=lsfp>>, p. 158)

resolver en la siguiente forma: “se ha cumplido el mínimo”, impidiéndose ir más allá de la situación.

En tal sentido, estaríamos frente a un derecho “débil”. Empero, ¿esto tornaría en negativo el concepto del “mínimo esencial”? De ninguna manera, ya que, si bien el mínimo esencial –*como indica Katharine Young*- es un “concepto recortado, bruñido, y esquilado de exceso deontológico”²⁹³, es a la vez un concepto “necesario” que se va a dirigir a guiar o encaminar las decisiones y actuar de los funcionarios no judiciales, constituyéndose además en una condición mínima de la legitimidad de la política del gobierno²⁹⁴, finalmente, a lo que se aspira es a algo futuro, lo que se desea no es algo estático, sino algo en mejora, esto es el “debe ser”, aquel material deontológico del cuál el “mínimo esencial” es obra, pero una no terminada, sino incompleta, que debe ser ampliada para su comprensión, esto es finalmente el ejercicio de los DESC, y en específico vinculados en la esfera personal como los derechos al desarrollo y bienestar.

5.2.4. DISPOSICIÓN DEL MÁXIMO DE RECURSOS

Conforme hemos venido analizando, el artículo 2 del Pacto Internacional de los DESC implica distintas obligaciones, las cuales importan el empleo de distintos medios apropiados para el logro de los fines correspondientes, en este punto vamos a centrarnos en lo siguiente: las medidas deben adoptarse “hasta el máximo de los recursos de que disponga”.

Y aunque a primera vista esta frase podría entenderse un tanto “exagerada”, responde a una doble dimensión, una subjetiva y una objetiva, subjetiva en cuanto corresponde a la actitud del Estado a tomar las acciones correspondientes, evaluándose su “voluntad”, y objetiva en cuanto los recursos

²⁹³ “(...) a concept trimmed, honed, and shorn of deontological excess.” (YOUNG Katharine, Ob. Cit., p. 113)

²⁹⁴ YOUNG Katharine, Ob. Cit., p. 162, 163.

constituyen un límite y punto de referencia para el cumplimiento de las obligaciones.

Según el Comité de DESC en su Observación General N° 03, esta frase tenía la intención de referirse “tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales”, lo que significa que el actuar del Estado, esto es, el elemento subjetivo, se encuentra también sujeto a su actuación en el ámbito internacional, solicitando –y *prestando en su oportunidad*– asistencia y cooperación.

Así, en suma, ambos elementos se entremezclan, debiendo considerarse lo señalado por el Comité en la misma Observación General:

“10. (...) Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.”

Entonces surge la siguiente interrogante, ¿podemos considerar a la falta de recursos como una justificación al incumplimiento de obligaciones respecto a los DESC?

En primer lugar, debe existir voluntad de actuar y corresponder a esos derechos para sustentar que no ha podido cumplir con sus obligaciones por aspectos “objetivos”, aunque lo haya “intentado”.

Sin embargo, y en segundo lugar, debe mostrar su actuar con prioridad sobre las obligaciones básicas, pues al respecto, el Comité en diversos pronunciamientos ha señalado que no puede justificarse el incumplimiento de tales.

Así por ejemplo, en su Observación General N° 14 sobre el derecho a la salud, el Comité de DESC ha indicado que:

“Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas (...), que son inderogables”

Siendo tales “obligaciones básicas” las que hemos analizado en el punto anterior, también llamadas como obligaciones derivadas del “mínimo esencial”.

¿Y cómo se evalúa el cumplimiento de este aspecto? Aunque la frase “hasta el máximo de los recursos de que disponga” resulta muy sugerente, evaluar esta situación resulta delicada.

Algunos autores como Fukuda-Parr, Lawson-Remer y Randolph²⁹⁵ han intentado crear “fórmulas matemáticas” para la medición de este aspecto, basándose en un análisis cuantitativo.

Así, podría medirse tanto el elemento subjetivo como el objetivo, por ejemplo –y en términos simples- observando cuánto porcentaje de PBI asigna determinado Estado a aspectos sociales.

Sin embargo, este análisis tiene ciertos inconvenientes, y es que no analiza las circunstancias en las que se desarrolla cada Estado y las problemáticas que lo aquejan, así por ejemplo, a pesar de que pongamos un país frente a otro con misma cantidad de PBI para evaluar, los resultados variarían considerándose elementos desde el clima hasta la misma geografía.

²⁹⁵ Vid. FUKUDA-PARR Sakiko, LAWSON-REMER Terra, RANDOLPH Susan, “Measuring the Progressive Realization of Human Rights Obligations: An Index of Economic and Social Rights Fulfilment”, [en línea], Working Paper 2008-22, University of Connecticut, August, 2008, [citado 15/08/2016], Formato PDF, disponible en: <http://digitalcommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=econ_wpapers>

Así por ejemplo, el prestar servicios de salud por determinada situación, a cierta zona de un país, tendría un costo distinto de acuerdo a la zona, no sería igual realizarlo en la ciudad de Ica que en la provincia de Quispicanchi.

Esta última situación descrita, responde al nombre de análisis de causalidad, el cual, sumándose al anterior, puede identificar en términos básicos el actuar del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones para la realización de los DESC.

Mucho de este análisis se lo debemos a los estudios de Felner²⁹⁶, quien indica que esto se logra a través de la examinación de 1) los resultados, 2) lo esperado del Estado, y 3) la correlación entre los resultados y lo realizado por el Estado.

En tal sentido, esta obligación se hace posible de cumplirse así como de examinar su cumplimiento, por lo que resulta justiciable.

5.2.5. OBLIGACIÓN DE PROGRESIVIDAD Y DE NO REGRESIVIDAD

Esta obligación suma las anteriores y pone un límite nuevo al actuar del Estado, consolidando además el “núcleo esencial” de los DESC conforme su efectividad en cada Estado.

Y aunque a veces algunos autores las tratan de obligaciones separadas, se encuentran tan estrechamente vinculadas que podríamos hablar de una sola.

Así, el primer elemento sería el de *progresividad* y el segundo, producto del primero –y *motivado constantemente por el mismo*- la *no regresividad*.

²⁹⁶ FELNER Eitan, “A new frontier in economic and social rights advocacy? Turning quantitative data into a tool for human rights accountability”, [en línea], on International Journal on Human Rights, Year 05 N° 09, São Paulo, December, 2008, On-line version ISSN 1983-3342, pp. 109-154, [citado 15/08/2016], Formato PDF, disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n9/en_v5n9a07.pdf>

Siguiendo al Pacto Internacional de DESC, vemos una muestra de su expresión en los siguientes artículos:

*Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, (...) para **lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

*Artículo 11.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una **mejora continua** de las condiciones de existencia.*

Lo indicado, ha sido interpretado de la siguiente manera por el Comité de DESC en la Observación General N° 03, declaración de la cual vamos a poder comprender qué es “progresividad” en el sentido de los derechos humanos:

*“9. (...) El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general **no podrá lograrse en un breve período de tiempo**. (...) Sin embargo, 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. (...) la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la **plena efectividad de los derechos** de que se trata. Este impone así una **obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo**. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán*

justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.”

Para Christian Courtis²⁹⁷ es posible identificar “dos sentidos complementarios”, así, puede percibirse del primer artículo de Pacto así como de la primera parte de la Observación General citados, que por “progresividad”, estamos frente a un sentido de cierta “graualidad”, y en el segundo párrafo y en lo restante de la Observación General frente a un sentido de “progreso”.

En suma, y en otras palabras, el principio –y *obligación*- de progresividad, implica un “caminar” (movimiento, pasos, “gradualidad”), pero no a cualquier parte, sino a “un mejor lugar” (bienestar, desarrollo, “progreso”).

Ahora, lo descrito no representa de ninguna manera una “excusa” o “justificación”, es decir, no podría argüirse de ningún modo que por ser una obligación “gradual” no se promueve una actuación dinámica, sino que, como hemos citado, implica una obligación de proceder “lo más expedita y eficazmente posible”, en otras palabras, el sentido de “gradualidad” del principio de progresividad no puede ser presentado como una excepción, sino al contrario: una serie de pasos a los que debe darse una atención especial y prontitud para su desarrollo.

Por otro lado, tenemos la prohibición de regresividad, lo que sería “retroceder en los pasos ya avanzados”, a un punto que para Abramovich y Courtis supone que “la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”²⁹⁸.

²⁹⁷ COURTIS Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, 1ª Ed., Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 2006, ISBN 987-9120-90-6, pp. 8-11

²⁹⁸ ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *Ob. Cit.*, p. 94

Asimismo, como fuera en relación a la “progresividad”, Courtis²⁹⁹ ve en la “regresividad” de igual manera dos sentidos, así, el primero es denominado como “regresividad de resultados”, el cual deriva de aquella actuación política pública cuyos resultados hayan “empeorado”³⁰⁰ el escenario anterior, y el segundo, es denominado como “regresividad normativa”, el cual se refiere a la actuación consolidada en normas jurídicas, evaluándose las tales que puedan limitar, restringir, disminuir o suprimir de alguna manera algún derecho ya consolidado.

Ambos sentidos van a constituir un parámetro de actuación así como de enjuiciamiento a las medidas adoptadas, sea – *principalmente*- por el poder ejecutivo o legislativo.

Sin embargo, como todo en el Derecho: “nada es absoluto”, y la prohibición de regresividad no resulta una excepción a esta –*aunque paradójica*- regla.

Así, vamos a centrarnos en las últimas líneas del párrafo 9 de la Observación General N° 03 citada anteriormente:

*“Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto **requerirán la consideración más cuidadosa** y deberán **justificarse** plenamente por referencia a la **totalidad de los derechos previstos en el Pacto** y **en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.**”*

Esto, puede verse dicho de otras palabras en la Observación General N° 13 sobre el derecho a la educación, por el mismo Comité de DESC:

“45. (...) Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar

²⁹⁹ COURTIS Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, Ob. Cit., pp. 3-8

³⁰⁰ Nótese que este adjetivo es característico, este actuar no debe confundirse con uno inefectivo o ineficaz, los que pueden juzgar en contra de las obligaciones del Estado, sino que además es uno que implica un “retroceso” en el desarrollo, en determinado aspecto, toda una reforma peyorativa.

que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte”

En ambos tenemos básicamente los mismos elementos, las medidas regresivas son proscritas por el derecho internacional de los derechos humanos, pero pueden ser dadas a la luz de ciertas circunstancias, así, el Estado podría justificarse si concurren a totalidad las siguientes³⁰¹:

- 1) Debe mediar motivación suficiente: esto implica considerar los siguientes pasos:
 - a. Considerar la mayor cantidad de alternativas posibles.
 - b. Examinar cada alternativa bajo un test de razonabilidad.
 - c. Fundamentar fáctica y jurídicamente la alternativa que, aunque implique regresividad, sea la más conveniente en las circunstancias que se presenten.
- 2) Debe justificarse en relación a los otros DESC: esto es, a nuestra consideración, un deber del que pueden surtir distintas interpretaciones, tales como:

³⁰¹ La carga de la prueba la tendrá en todo momento el Estado, carga que, para Carbonell y Ferrer Mac-Gregor, siguiendo a Abramovich y Courtis, deberá considerar por lo menos el demostrar lo siguiente: a) la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela, b) el carácter imperioso de la medida, y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva. (CARBONELL Miguel, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, Ob. Cit., p. 47, 48). De igual manera, la Corte Constitucional de Colombia ha elaborado su propio “filtro” para la revisión de estos casos, así, para la misma, el Estado deberá demostrar con datos “suficientes y pertinentes” lo siguiente: “(1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-507/08)

- a. Considerar necesidades prioritarias: esto puede presentarse, como hemos analizado anteriormente, en un ámbito en el cual se deba prestar *–por diversas circunstancias–* una mayor atención a cierto derecho o al derecho de ciertas personas.
 - b. Considerar el menor menoscabo a otros DESC.
 - c. No vulnerar el “mínimo esencial” de ningún DESC: del que, como hemos visto, no existe justificante para su violación o menoscabo.
- 3) Debe sustentarse sobre el aprovechamiento máximo de recursos: esto también puede suscitar diversas interpretaciones, a nuestro juicio, debe considerarse de manera estrecha con la totalidad de DESC, así, por determinada circunstancia *–sea por cuestión prioritaria o de crisis–* puede existir una posible desprotección a un DESC, por causa objetiva: recursos, que haga peligrar a cierta parte de la población, o a al disfrute de cierto derecho en su núcleo básico, lo que podría implicar la desviación o no atribución de recursos a cierto derecho, para tutela prioritaria o del núcleo básico a otro.

En todo, debe haber una debida motivación que lo exprese, así en términos jurídicos como técnicos y económicos, debiendo analizarse además los aspectos presupuestales que giran en torno a las medidas, no será igual decir que mediante cierta medida se pretende evitar un “colapso económico” a demostrar su realidad con cifras, recordando que el aprovechamiento del máximo de los recursos hace referencia a recursos internos como a internacionales bajo la cooperación y asistencia en los que debe participar y solicitar *–de corresponder–* el Estado.

Al respecto, vamos a observar dos situaciones³⁰² en los que nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a esta obligación, así como en la adoptada teoría de los “hechos cumplidos”.

El primero es en relación al proceso de inconstitucionalidad contra las leyes N° 29389 y 28449 sobre la “aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530”³⁰³, en el cual se cita y considera la Observación General N° 03 citada anteriormente, realizándose un extenso –*aunque criticable*- examen de las leyes materia de la acción de inconstitucionalidad, haciéndose comparativos entre los resultados de ambas leyes, a esto, un detalle importante resulta del examen entre las teorías de aplicación de las leyes en el tiempo, en la que los demandantes sosteniendo la teoría de los derechos adquiridos –*que de todas maneras es innegable su relación con la prohibición de regresividad*- y los demandados la teoría de los hechos cumplidos, al respecto, nuestro Tribunal Constitucional consideró que ninguna de las teorías argumentadas era condicionante³⁰⁴ de la prohibición de regresividad, amparándose en parte la demanda.

El segundo es el “Caso Ley de Reforma Magisterial 2”³⁰⁵, en el cual, aunque nuestra declaración sea objetable, no se percibe el mismo nivel de motivación o fundamentación que en el anterior –*quizá debido a que los autores sean otros miembros al Tribunal conformado en el caso anterior*-, y es que, nos encontramos en desacuerdo con uno de los fundamentos declarados por el Tribunal, al de alguna manera se restringió la justificación de regresividad a una muy

³⁰² No es nuestro afán analizar los casos, aunque resulten muy controvertidos, sino referirnos de manera somera a ciertos argumentos vertidos.

³⁰³ STC N° Recaída en los expedientes N° 00050-2004-AI, 000051-2004-AI, 00004-2005-AI, 00007-2005-AI, 00009-2005-AI-TC (Acumulados)

³⁰⁴ “La adecuada protección de los derechos fundamentales no puede ser medida con relación a una concreta teoría de aplicación de las leyes en el tiempo. Ni la aplicación inmediata de las leyes a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes (teoría de los hechos cumplidos) podría, en sí misma, justificar la afectación de un derecho fundamental, ni, so pretexto de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, podría negarse la aplicación inmediata de una ley que optimice el ejercicio del derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución. (...)” (STC N° 00050-2004-AI/TC y acumulados, F.J. 121, párr. 1)

³⁰⁵ STC N° recaída en el expediente N° 00020-2012-PI/TC.

interpretable –y de doble filo- condición: “interés general”, así, si bien se cita del mismo modo que en el caso anterior, la Observación General N° 03, se concluye en este extremo, sin más que fundamentar lo positivo de la Ley objetada, o motivar los aspectos presupuestales de manera suficiente, asimismo, fuera de las críticas que pudieran realizarse a la sentencia – *que no es el centro de la presente investigación*- tenemos un detalle distinto frente a las teorías de aplicación de la ley en el tiempo, al igual que en el caso anterior, los demandados sostienen la teoría de los hechos cumplidos y los demandantes la de los derechos adquiridos, y si bien, en nuestra Constitución peruana se ha consagrado la teoría de los hechos cumplidos³⁰⁶, a diferencia del caso anterior, en el que el Tribunal hace referencia, mas no aplicación de ninguna de las teorías, este nuevo Tribunal se acogerá a la teoría de los hechos cumplidos, restringiendo la interpretación del principio de no regresividad.

Frente a ello, y siendo propósito de estos últimos párrafos en este punto de la investigación, debe quedar en claro que – *acogiéndonos a la postura del Tribunal en el primer caso citado*- las teorías de aplicación de la ley en el tiempo no son condicionantes en relación al principio y obligación de progresividad y no regresividad, ya que, la entrada en vigencia de una ley, por más presumiblemente constitucional que sea, como hecho jurídico –*tiempo, vigencia*- no es un elemento de justificación alguno para permitir la regresividad en las condiciones de satisfacción de un DESC.

Asimismo, la motivación suficiente a la que se ha hecho mención, debe compartir todos los elementos fácticos y jurídicos, entre los cuales giran aspectos subjetivos –*toma de acciones, análisis de planes, cooperación y asistencia internacional, entre otros*- y objetivos –*protección de*

³⁰⁶ “Así las cosas, nuestro ordenamiento jurídico está regido por la teoría de los hechos cumplidos y no por la teoría de los derechos adquiridos, razón por la cual este Tribunal no puede compartir la tesis propuesta por los accionantes. (...)” (STC N° 00020-2012-AI/TC, F.J. 8, Ab. Inicio.)

derechos, garantía del mínimo esencial de los derechos, análisis presupuestal de las medidas, entre otros- que deben ser tomados en cuenta.

Finalmente, debemos recordar que el Estado no debe estar en ningún momento estático, sino que debe tener una planificación dinámica, siempre de avance.

5.2.6. RECURSO JURÍDICO EFICAZ

Katharine Young, siguiendo el trabajo de Mark Tushnet, hace suya la siguiente declaración:

“La ‘fuerza’ de los derechos puede ser medida en términos de nivel de revisión empleado por el tribunal, y la ‘fuerza’ del recurso puede ser medida en términos de orden obligatoria, posicionamiento en el tiempo, u orden precisa, frente a una declaratoria, abierta, o una negociada, o un asunto de excepción legislativa.”³⁰⁷

Nuevamente retornamos a este punto, con el que comenzamos a analizar las nociones previas y el derecho internacional en relación a la tutela jurídica de los DESC.

Así, no pretendemos realizar un nuevo análisis de lo que es un “recurso eficaz”, sino que hacemos mención al mismo pues resulta en elemento de la Justiciabilidad de los DESC, y es necesario referirnos al mismo para continuar en nuestra investigación.

Ergo, quedando claro que es una obligación internacional, así como Constitucional, e inherente y posible en relación a los DESC, Katharine Young, y en su momento Tushnet, nos hablan de la vinculación e importancia del recurso en los derechos.

³⁰⁷ The “strength” of the rights may be measured in terms of the level of review employed by the court, and the “strength” of the remedy may be measured in terms of a mandatory, time-lined, or precise order, versus a declaratory, open-ended, or negotiated one, or one subject to legislative override. (YOUNG Katharine, Ob. Cit., p. 163)

Es así como volvemos a lo dicho en su momento, al inicio de la presente investigación: un derecho que no puede ser exigido, no es un derecho.

Lo que llevará a los referidos autores a declarar que la fuerza del derecho puede medirse en torno a su nivel de exigibilidad, esto debe ser claro y debe tenerse una especial consideración, con una mayor razón si hablamos de derechos humanos y fundamentales, así, el recurso es el acceso y primera materialización de la posibilidad de esa exigibilidad, recurso cuya fuerza podrá ser medida por diversos aspectos, a considerarse por Young y Tushnet la efectividad de la orden, el posicionamiento en la línea del tiempo de la protección del derecho, esto es, la garantía proyectada a la realidad, la precisión de la orden, ya que la vaguedad de una en último término implica ineffectividad, así como su característica de ser abierta (extensiva) o cerrada (restrictiva), su proyección o aceptación social, y por último, centrarse como un asunto de “excepción legislativa”, esto es, la construcción progresiva del mismo núcleo básico del derecho, que tornará su intangibilidad posible de garantizarse.

De esto último merece citarse a la Corte Constitucional de Colombia, la cuál en diversos fallos, ha argumentado en relación a los asuntos de excepción legislativa por el principio de progresividad lo siguiente:

*“Finalmente, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales **se ve menguada**, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado **debe presumirse en principio***

*inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto.*³⁰⁸

El fundamento de la Corte citada resulta en un ejemplo en el que puede darse buena cuenta de la fuerza del recurso, desatendiéndose –mas no desmereciéndose- la tan arraigada presunción de constitucionalidad de las leyes en casos de regresión evidente, y limitándose la libertad legislativa en pos de los derechos humanos.

5.3. OBJECIONES A LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Tal como hemos señalado en los puntos iniciales, la vaguedad del concepto de los DESC resultó en su momento un “obstáculo” para la implementación de los mismos DESC, y por consiguiente, en un nivel mayor –como “obstáculo mayor”- a la implementación de mecanismos jurisdiccionales para su tutela.

Sin embargo, gracias a la doctrina, se comprendió la necesidad y aquel carácter programático del cumplimiento de obligaciones impuestas por la sujeción a la Declaración Universal y el Pacto Internacional de DESC, y en todo campo al referirnos a DESC acogidos en la Constitución de cada Estado; tal hecho implicó en síntesis la necesidad de crear leyes marco y políticas, como expresión por excelencia para el desarrollo de los DESC.

Empero, tenemos que el “obstáculo mayor” aún existe, y la necesidad de vencerlo es impulsada por el incumplimiento de las ahora “comprendidas” obligaciones relativas a los DESC.

Recordando lo ya descrito anteriormente, el Pacto Internacional de DESC destaca como dos elementos en el procedimiento de la implementación de los DESC: 1) Progresividad, y 2) No regresividad; en relación a estos, nos ocuparemos de la Justiciabilidad inmersa de

³⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia N° C-671/02.

los derechos, considerando que conforme hemos analizado, las obligaciones existen, son ciertas, y exigibles.

Así también, respecto del Pacto, el Comité de DESC en su Observación General N° 09, expresa lo siguiente:

“2. (...) Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos.”

Esta Observación deja en claro que, sumado al deber internacional de adaptarse a los tratados suscritos –*con más razón si versan sobre derechos humanos*- sobre su derecho interno, debiendo establecerse en el mismo, es decir, en su ordenamiento jurídico interno, los medios de reparación o recurso, tanto legales como judiciales, así como mecanismos por los cuales se cautele la “responsabilidad de los gobiernos”.

En tal sentido, podemos señalar que, si un Estado excluye de sus tribunales el conocimiento de causas relativas a los DESC incumple con sus obligaciones internacionales invocando disposiciones de su ordenamiento jurídico interno, actuando en contra de la misma Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 8 señala la necesidad y obligación de habilitar recursos efectivos para violaciones de los derechos humanos sin hacer distinción entre las diferentes categorías de derechos.

Sin embargo, muchos juristas siguen siendo parte del grupo de los “escépticos” respecto de la efectividad por vía judicial de los DESC. El maestro De Schutter³⁰⁹ presenta tres argumentos que esgrimen contra la justiciabilidad de los derechos sociales,

³⁰⁹ DE SCHUTTER Olivier [ed.], “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, Ob. Cit.; Cfr. DE SCHUTTER Olivier, “International Human Rights Law”, Ob. Cit., pp. 818, 819

indeterminación, autodeterminación democrática y competencia, los cuales comentaremos brevemente:

5.3.1. EL ARGUMENTO DE LA INDETERMINACIÓN

Básicamente, este es el clásico argumento, el cual fuera presentado por Vierdag³¹⁰ en su momento, así, se argumenta que, siendo los DESC –*educación, salud, vivienda, etc.*- poco “determinados”, el Juez tendría un campo de actuación abierto a punto de propiciar arbitrariedad al intentar “determinar” su contenido, pudiendo quebrarse incluso la delimitación de “poderes”, tornándose en actuaciones no “legítimas”, lo que da además lugar a los siguientes dos argumentos que comentaremos en su oportunidad.

A esto, debe quedar en claro que este argumento se dirige a criticar a la justiciabilidad de los DESC, mas no a su configuración como “derechos”³¹¹, así, Michael J. Dennis y David P. Stewart³¹², quienes argumentan en buena manera esta crítica, analizan el contexto y discusión tanto en la elaboración del Pacto Internacional de DESC como en la elaboración de su Protocolo Facultativo, considerando entre otros, la característica de “progresiva realización” de los DESC, en función a cada Estado, así como la necesidad de no haber incluido un mecanismo de control como lo fuera considerado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En tal sentido, cada Estado tiene una realidad propia, rodeada de circunstancias que la hacen distinta al punto de

³¹⁰ VIERDAG E. W., Ob. Cit.

³¹¹ Esto se refleja en la afinada postura de Michael J. Dennis y David P. Stewart, quienes partiendo de alguna manera de argumentos de Vierdag buscan argumentar contra la justiciabilidad de los DESC a un nivel supranacional, sin negar la calidad de derechos humanos a los mismos DESC: “Clearly they are rights, and they are binding on states that have ratified the ICESCR. We agree that states parties do have legal obligations under the Covenant, and we firmly believe that implementation reports and comments thereon serve an important function in calling attention to the pathetic living conditions of much of the world’s population. However, justiciability is not the only or indispensable defining characteristic of a human right.” (DENNIS Michael J., STEWART David P., “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, on *The American Journal of International Law*, Vol. 98, N° 03, American Society of International Law, USA, July, 2004, p. 514)

³¹² DENNIS Michael J., STEWART David P., Ob. Cit., pp. 462-515

que la aplicación de una “solución” en un Estado no podría resultar con un igual efecto en otro, lo que podría resultar en arbitrariedad, con más razón si se la deja en manos de cuerpos supranacionales, sean judiciales o no-judiciales.

Así también, en caso de cortes locales –*tribunales nacionales*- se tendría tal riesgo al dejar en sus manos el interpretar la realidad que “debe ser” a punto coercitivo e incluso coactivo. Esta situación ya había sido resaltada por Philip Alston como experto independiente en su informe inicial sobre la mejora de la eficacia a largo plazo del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas:

“128. A la larga, parece inevitable que los casos de incoherencia normativa se multipliquen y entrañen importantes problemas. Entre las peores consecuencias posibles, cabe mencionar la aparición de una confusión significativa respecto de la interpretación ‘correcta’ de un derecho determinado, el menoscabo de la credibilidad de uno o más órganos emanados de tratados, y, en última instancia, una amenaza a la integridad de todo el sistema de tratados. Aunque cabe esperar que ninguna de esas hipótesis se actualice, su mera posibilidad puede bastar para que la comunidad internacional dude antes de crear órganos emanados de tratados además de los que ya se ha decidido establecer. Es asimismo una razón importante para examinar medidas a largo plazo para la racionalización del sistema actual.”³¹³

Dennis y Stewart van a denominar esta situación como “problema de permeabilidad”, esto es, la aplicación de normas de un dispositivo –*como el Pacto Internacional de DESC*- en relación con la interpretación derivada de otro dispositivo, así, si bien Dennis y Stewart hablarán del

³¹³ ALSTON Philip, “Aplicación efectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidas las obligaciones en materia de presentación de informes de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos”, Tema 109 del programa, 44ª período de sesiones, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, (UN Doc. A/44/668)

Protocolo Facultativo, también podría hablarse de una norma de derecho interno, sea legislativa o incluso jurisprudencial.

Entonces, podríamos imaginar la discusión que se originaría al tener este escenario: un poder ejecutivo de “extrema derecha” y una corte constitucional de “extrema izquierda” –o *viceversa*. Y aunque este escenario resulte prácticamente “imposible”, la finalidad de este ejemplo es presentar una situación extrema, no debiendo discutirse aspectos formales como “¿y cómo se pudo elegir a esa Corte?”, sino substanciales, como fuera “¿cómo se ejecuta o interpreta tal o cual derecho?”, produciéndose una controversia para la implementación de determinados derechos, lo que vulneraría incluso gravemente el principio de seguridad jurídica.

Ante ello, suena una frase “común”: “el problema no es la ley, sino quienes la interpretan y aplican”, sin embargo, acuñar la responsabilidad a los “intérpretes y ejecutores” –*salvo casos de corrupción*- no produce “resultados” para mejorar la misma “interpretación y aplicación” del derecho, lo que torna a la frase en cierta medida en una situación “mediocre” –*si se expone sola como “argumento”*- puesto que evitar el desarrollo de herramientas –*dispositivos legales*- no solucionaría nada.

Por otro lado, propiamente en la interpretación: ¿no sucede lo mismo con los derechos civiles y políticos? La “participación” de la subjetividad es innegable, puesto que como seres humanos no podemos tener una mentalidad “de objeto”, así, siempre van a existir personas con un pensamiento distinto, un enfoque, una manera de ver o interpretar diferente, lo que enriquece la discusión.

El argumento de indeterminación no puede ser sostenido en un marco en el que la actividad creativa e interpretativa de los dispositivos legales está supeditada al principio de la debida

motivación, así como en la teoría de la argumentación jurídica.

Esto es, la necesidad de fundamentación tanto interna como externa, observando elementos fácticos y jurídicos, premisa por premisa, sobre una base de razonabilidad y jurisprudencia.

En tal sentido, esta crítica se reduce a aspectos de legitimidad e institucionalidad, más que de interpretación propiamente.

Ya lo habría resaltado y ejemplarmente resuelto la Corte Constitucional de Sudáfrica bajo el siguiente criterio:

“La cuestión, por tanto, no es si los derechos socio-económicos son justiciables bajo nuestra Constitución, sino cómo ejecutar su cumplimiento en un caso determinado.”³¹⁴

Es así como consideramos insuficiente este argumento para negar la justiciabilidad de los DESC, correspondiendo analizar las siguientes objeciones.

5.3.2. EL ARGUMENTO DE LA AUTODETERMINACIÓN DEMOCRÁTICA

Éste argumento es también conocido por “objeción de legitimidad”, y versa a grandes rasgos de que, siendo la aplicación de los DESC propia de cada Estado según su realidad, encargado a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, los mismos que son elegidos “democráticamente”, los tribunales –*nacionales o internacionales*- carecen de legitimidad para cuestionar decisiones de organismos que “representan” a la misma sociedad.

³¹⁴ “The question is therefore not whether socio-economic rights are justiciable under our Constitution, but how to enforce them in a given case.” (CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, “Grootboom and others v. Government of the Republic of South Africa”, Ob. Cit., para. 20)

Este argumento ya se vería manifestado en el disgusto del profesor inglés Richard Bellamy sobre la *judicial review* de Estados Unidos:

“Las Cortes pueden, obviamente, cumplir un reclamo ofreciendo un proceso justo imparcial para la resolución de conflictos, donde todos son tratados como iguales. Pero, cuando se trata de tomar decisiones sobre nuestra vida colectiva, como las Cortes Constitucionales implícitamente hacen cuando revocan medidas legislativas o ejecutivas o deciden casos sin precedente, carecen de la intrínseca equidad e imparcialidad del proceso democrático –el de tratar puntos de vista de cada persona por igual.”³¹⁵

Bellamy, argumenta que las Cortes o Tribunales no son los indicados para resolver cuestiones que puedan tener efectos en la “colectividad”, nos dice además que por medio del concepto de “interés público” –*el cual también existe en nuestro ordenamiento jurídico peruano, así como otros como el de la “moral” como límite de la propia libertad*- los Jueces de diversas Cortes han fundamentado y resuelto, realizando una dura crítica en contra de los mismos, ya que, ¿cómo puede decidir un pequeño grupo de personas sobre lo que es “interés público” en lugar de un poder legislativo –o ejecutivo- democráticamente elegido? Algunos indican que además se estaría resquebrajando la teoría de la división de poderes.

Y bueno, son cuestionamientos entendibles, sin embargo, la respuesta a tales se encuentra desde su origen: teoría general de Derecho.

Y es que, si bien Bellamy se dirige a criticar –*más que la justiciabilidad de tales o cuales derechos*- el realismo jurídico

³¹⁵ “Courts can obviously make a good claim to offer a fair and impartial process for resolving disputes, where all are treated as equals. But, when it comes to making decisions about our collective life, as constitutional courts implicitly do when they strike down legislative or executive measures or decide test cases, they lack the intrinsic fairness and impartiality of the democratic process – that of treating each person’s views equally.” (BELLAMY Richard, “The Democratic Constitution: Why Europeans should Avoid American Style Constitutional Judicial Review”, on European Political Science, Vol. 07, N° 01, Palgrave Macmillan UK, London – England, 2008, DOI 10.1057, p. 12)

norteamericano, esto es, el poder del Juez en el ordenamiento jurídico típico del estilo de Estados Unidos y el valor de la jurisprudencia en relación a la ley, y en buena cuenta, si bien tal corriente filosófica no es ajena a críticas, tampoco sería argumentable el dejar en desprotección derechos, lo que nos lleva a un aparente “momento anterior” al analizado, esto es, la garantía de los derechos fundamentales en general, pondremos por ejemplo un caso ficticio sobre un derecho político: la libertad de ser elegido, imaginemos entonces que en cierto país –*uno con un régimen democrático, bajo una Constitución*- la Constitución refiere que para ser electo Presidente de la República los requisitos son ser ciudadano de tal país, haber cumplido 35 años y estar inscrito en el Registro de “postulantes a Presidente”, es así que los legisladores deciden elaborar una ley por medio de la cual se dispone que para ser inscrito en el Registro de “postulantes a Presidente” son requisitos ser ciudadano del país, haber cumplido 35 años y además ser o haber sido anteriormente legislador, una situación que, ventajosa a todos los legisladores, hace que promulguen esta ley, la cual conlleva un claro exceso; pues bien, ante este ejemplo, creemos que la mayoría de personas legitimaría la acción de un tribunal constitucional o una corte suprema para dejar sin efecto tal ley, y ello no resultaría “tan criticable”, así, podemos observar ciertos elementos que son parte del control constitucional y que no resquebrajan la teoría de “división de poderes”, sino que buscan incluso su protección, esto es: la constitución y distribución del poder.

En tal sentido, bajo nuestro ejemplo no habría críticas para argumentar que el Tribunal no debe revocar la ley mencionada, sin embargo, el hacerlo ¿significa una injerencia en las labores de los otros poderes? De ninguna manera, si bien existe una aparente “injerencia” o “entremetimiento”, este se legitima en virtud de su necesidad, esto es, la protección del “poder constituyente” como una prioridad, de

acuerdo no a un capricho del Juez, sino a una Constitución – *en primacía*-, y a su construcción –*bloque constitucional, e incluso la legislación misma*- proyectada por el “poder constituido” en supuesto favor del primero; asimismo, una labor propia de los jueces es “administrar justicia” –*entre otros*- garantizando los derechos de las personas, en tal sentido, un dispositivo legal, por más ley que sea, encuentra su legitimidad normativa en la Constitución, siendo ésta el “filtro” normativo principal de la validez de las leyes, así, el poder judicial u órgano de control constitucional, al dejar sin efecto una ley no estaría cometiendo una injerencia en otro poder –*sea el legislativo o ejecutivo*- sino que estaría cumpliendo su deber, bajo la autoridad o el “poder” por el que está constituido, negar lo contrario en estos tiempos sería absurdo.

Así, las Altas Cortes no se dirigen a proteger las “leyes” o las “políticas”, sino en proteger las disposiciones constitucionales, las cuales fundamentan –*o deben hacerlo*- a las propias “leyes” o “políticas”, garantizando la aplicación de estas mismas no por su razón propia, sino porque son legítimas y válidas en virtud de la Constitución.

Por otro lado, los designios de las “mayorías” no siempre pueden ser “correctos” –*por no decir “justos”*- en relación a la protección de los derechos fundamentales, imaginémos el clásico ejemplo: ¿qué hubiera sucedido si se daba un referéndum en la Alemania nazi sobre determinada Ley que legitimara el genocidio judío? Durante el apogeo del nazismo, esta Ley hubiera sido ampliamente aprobada y “democráticamente”, y aun así se encontrase conforme su Constitución.

Es por ello, que al contrario de ello, mediante una motivación jurisdiccional –*una sentencia*- se hubiera propiciado a una participación del caso, cautelándose los derechos de las minorías, como complemento de protección de la misma

democracia, esto es, la protección para la adecuada participación no de las mayorías, sino de la sociedad en su conjunto –*aunque las decisiones finales sean tomadas de acuerdo a las mayorías*- para que exista “democracia”.

La Corte Federal de Suiza habría sintetizado y empleado este argumento en su jurisprudencia, declarando así que:

“2.- (...) b) La garantía de las necesidades humanas elementales como el alimento, la vestimenta y el abrigo, es la condición para la existencia y desarrollo humanos como tales. Es al mismo tiempo un componente indispensable de un sistema de gobierno constitucional y democrático.”³¹⁶

En tal sentido, desestimamos este argumento, ya que los Jueces no van a defender a “las mayorías” ni a los representantes de las mismas, sino a la sociedad en su conjunto, sin lo cual no podría darse democracia, cumpliendo una labor garantista de los derechos no de unos, sino de todos, sin resquebrajarse, sino cumpliéndose la teoría de la división de poderes a la luz del constitucionalismo.

5.3.3. EL ARGUMENTO DE COMPETENCIA

Finalmente, el tercer argumento es llamado de “competencia” o como “objeción institucional”, y básicamente versa no de la competencia en términos procesales –*como competencia y jurisdicción*- sino en términos institucionales, o como fuera definida por la Real Academia de la Lengua Española la segunda acepción de “competencia” siendo “pericia, aptitud o idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado”³¹⁷, criticándose la aptitud no jurídica, sino –*en un relativo*- científica, esto es, de acuerdo a la circunstancia y derecho o derechos que se estén ventilando,

³¹⁶ “2.- (...) b) The guaranteeing of elementary human needs like food, clothing and shelter is the condition for human existence and development as such. It is at the same time an indispensable component of a constitutional, democratic polity.” (FEDERAL COURT OF SWITZERLAND, V. vs. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons, para. 2(b), BGE/ATF 121 I 367, 1995, Trad. al inglés por INESCR-Net, [en línea], Formato DOC, disponible en: <https://www.escri-net.org/sites/default/files/Court_Decision_0.doc>)

³¹⁷ Real Academia Española, Ob. Cit

argumentándose que, al ser cuestiones complejas que involucran al grueso de la sociedad, el juzgamiento de estos derechos involucra además de interpretación jurídica, cuestiones de políticas socioeconómicas, requiriéndose de la experticia de otros especialistas, como sea en ciencias de la salud para casos del derecho a la salud o de economía, entre otros.

Así, a modo de ejemplo podríamos observar lo expuesto en el caso de la ONG “acción de lucha anticorrupción” contra el Ministerio de Salud sobre el “Anticonceptivo Oral de Emergencia” llevado ante el Tribunal Constitucional del Perú, en el cual la ONG demandante peticiona que el Ejecutivo se abstenga de iniciar uno de sus programas de salud referido a la distribución gratuita del anticonceptivo comúnmente denominado “píldora del día siguiente” para evitar una vulneración del derecho a la vida del concebido. En el referido caso, uno de los aspectos controvertidos que va a ser decisivo es sobre el “tercer efecto” –*supuestamente abortivo*- del fármaco anticonceptivo –*lenovorgestrel*-, esto, una controversia sobre aspectos de las ciencias de la salud más que aspectos jurídicos propiamente, llevando incluso a que el Tribunal concluyera que por el riesgo –*aunque no probado de manera plena*- del “tercer efecto” el Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar la política pública referida para la distribución del anticonceptivo señalado, declarando además lo siguiente:

“52. No obstante ello, la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues como reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay importantes razones del lado de la demandada, importantes pero no suficientes, para vencer la duda razonable aludida, por lo menos hoy en día. Más aún, atendiendo justamente a esa situación, debe quedar claro que si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la

*inocuidad del levonorgestrel para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición.*³¹⁸

Obteniéndose un fallo precautorio, pero que deja cierto “espacio” de inseguridad jurídica, por último, el Tribunal, a pesar de la falta de consenso, duda, y posibilidad de mutabilidad del criterio –*por estar sujeto a aspectos médicos*- ordena a los laboratorios a incluir en la posología de fármaco que éste “podría inhibir la implantación del óvulo fecundado”.

Aquí –no buscando analizar el caso, sino lograr nuestro ejemplo en la objeción bajo comentario- se observa una situación que puede generar distintas preguntas, entre las diversas podría uno cuestionar ¿Puede un Juez declarar que un fármaco determinado provoca tal o cual efecto? ¿Le corresponde? Y más, ¿Puede ordenar que las farmacias incluyan en la posología del fármaco tal efecto? ¿No sería competencia de un organismo especializado en salud y/o fármacos?

Si bien las preguntas formuladas resultan de un cuestionamiento y preocupación entendible, hace falta analizar además los detalles que pueden propiciar eso, los cuales son los que finalmente legitiman este tipo de controvertidas decisiones, y aunque no concordemos con la solución adoptada por el Tribunal en el caso planteado, lo que hizo la Alta Corte fue buscar la protección del consumidor –y el “concebido”- ante la inminente duda, dejando a trasluz aquella puerta abierta en función a su falibilidad al tratarse de aspectos de ciencias de la salud y no de cuestiones solamente jurídicas, así, el Tribunal no declaró la existencia de un “efecto secundario” respecto al fármaco, sino que indicó que existían dudas razonables en función a la existencia o no de ese efecto, siendo posible variar tal criterio en un futuro.

³¹⁸ STC Nº 02005-2009-AA/TC; controversia que recientemente se ha “despertado” nuevamente, al ordenar mediante una medida cautelar un Juez de primera instancia se distribuya de manera gratuita el anticonceptivo referido, al tenerse ahora “consenso”, Vid. Expediente Nº 30541-2014-18-1801-JR-CI-01.

En ese sentido, estas situaciones suceden en menor o mayor grado en el caso de distintos derechos, así como en circunstancias diversas, desde casos de controversias sobre delimitación de propiedades o liquidación de obligaciones pecuniarias, hasta casos de bioética jurídica, que por ejemplo se encuentra íntimamente arraigada con las ciencias de la salud y la genética, en todo, del Juez se espera un especialista jurídico en su competencia, pero no que sea también ingeniero, contador o científico para dilucidar una controversia, sino que existen especialistas y su participación es necesaria a término de ser indispensable para una multiplicidad de casos, incluso, tal como en el caso que hemos colocado de ejemplo, se llega a emplear la figura de los *amicus curiae*, como especialistas de la materia que van a verter su opinión profesional en un caso en cuestión, no como partes procesales, sino como “amigos de la Corte”, figura que se ha ido consolidando en especial atención a casos en los que se estima un precedente o se está ante un caso que pudiera repercutir en la colectividad o en un criterio de amplio rango, además de ello, son imprescindibles los órganos técnicos especializados, así como los forenses.

Entonces, la aptitud del órgano jurisdiccional no se verá como una limitación a su actividad, puesto que la actividad no la desarrolla por sí sólo el Juez, sino que el mismo debe referirse conocimientos técnicos y opiniones profesionales de materias específicas, colocando además a la opinión pública –*colegios profesionales, organizaciones, o profesionales en forma individual incluso, entre otros*- como partícipes –*sea como peritos, amicus curiae, etc.*- en un determinado proceso; sin ello, el Juez no estaría motivando debidamente su criterio y sentencia, puesto que la motivación no es meramente jurídica en muchos casos, lo que torna a esta objeción en insuficiente a la luz de las diversas herramientas disponibles y de necesaria observación para estos casos .

Vemos entonces que estos argumentos son razonables, entendibles, pero no suficientes como para “amenazar” la justiciabilidad de los DESC, sin embargo, el maestro De Schutter nos indica que las objeciones comentadas cobran un “peso particular” una vez que llegamos al "problema de la multipolaridad", quien lo describe de la siguiente manera:

“Los tribunales, u órganos cuasi-judiciales en general, deciden sobre una base de caso por caso, centrándose en los intereses del litigante individual, que, por definición, los haría poco adecuados como *foros* para decidir sobre cuestiones que atañen a toda la sociedad –*como la forma de jerarquizar las prioridades en el gasto entre la educación, la salud, la vivienda pública, o la defensa, o si es más importante para salvar la vida de una persona que requiere tratamiento médico costoso, para salvar vidas o para liberar fondos para los servicios de atención primaria de salud para llegar a más personas en zonas de extrema pobreza.*”³¹⁹

Esta situación llega a combinar en parte objeciones anteriores, cobrando mayor controversia, ya que el foco se amplía y se torna en cierto punto hasta “incierto” pues ahora se dirige a los efectos de las decisiones judiciales.

En este extremo, vamos a comentar una situación descrita en el punto de análisis de los DESC como tales, más precisamente en el apartado referido a “la crítica de su configuración como derechos subjetivos”, y es que, como bien citamos en el trabajo de Holmes y Sunstein³²⁰: ¿cómo lidiar con las consecuencias distributivas?

Y es que, una controversia parte necesariamente de una situación en concreto, lo que llevaría a un cuestionamiento de si los litigantes tendrían “mejor condición” al estar involucrados de manera relativamente “directa” –*por lo menos en el proceso, en el foro.*

Esto nos lleva a la necesidad de citar nuevamente el caso de Grootboom sobre el derecho a la vivienda, el cual parte de una “orden

³¹⁹ DE SCHUTTER Olivier [ed.], “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, Ob. Cit.

³²⁰ HOLMES Stephen and R. SUNSTEIN Cass R., Ob, Cit., p. 95

de desalojo” cuestionada e impugnada por la familia Grootboom, llevando a discutir sobre este derecho social, conduciéndonos a la siguiente interrogante: ¿existiría desigualdad en relación a las otras familias desalojadas que no participaron como “partes” en el proceso? ¿Tendría cierta “atención especial” la familia Grootboom? Y nuevamente: ¿cómo lidiar con las consecuencias distributivas? ¿Qué sucedería con las otras familias y su acceso a la vivienda?

La Corte Constitucional de Sudáfrica no ha “girado” la vista en relación a este tipo de cuestionamientos, en el caso de Grootboom ha tomado especial consideración de este problema de “multipolaridad”, vamos a observar el siguiente fundamento:

“81. A pesar de que las condiciones en las cuales los apelados [se refiere a la familia Grootboom y demás demandantes] vivían en Wallacedene eran visiblemente intolerables, y aunque es difícil sostener cualquier crítica contra ellos por haber dejado sus precarias viviendas en Wallacedene, es una penosa realidad que esas condiciones de vida no son peores que las de otras miles de personas, incluyendo niños pequeños, que permanecen en Wallacedene. No puede decirse, en base a la evidencia presentada, que los apelados se fueron del asentamiento de Wallacedene y ocuparon tierras destinadas a la construcción de viviendas de bajo costo como una estrategia deliberada para obtener alguna preferencia en el orden de adjudicación de recursos habitacionales sobre las otras personas que están viviendo también en condiciones intolerables y tienen la misma urgente necesidad. Debe tenerse en mente, asimismo, que el efecto de una orden judicial que constituya un tratamiento especial para los apelados en base a sus extraordinarias circunstancias, no es el de acordar el tipo de preferencia que se mencionó.”³²¹

³²¹ “81. Although the conditions in which the respondents lived in Wallacedene were admittedly intolerable and although it is difficult to level any criticism against them for leaving the Wallacedene shack settlement, it is a painful reality that their circumstances were no worse than those of thousands of other people, including young children, who remained at Wallacedene. It cannot be said, on the evidence before us, that the respondents moved out of the Wallacedene settlement and occupied the land earmarked for low-cost housing development as a deliberate strategy to gain preference in the allocation of housing resources over thousands of other people who remained in intolerable conditions and who were also in urgent need of housing relief. It must be borne in mind however, that the effect of any order that constitutes a special dispensation for the respondents on account of

Así, la Corte tomó muy en cuenta las circunstancias que giraban en cuenta de este caso, no dictando una sentencia dirigida a sólo los demandantes, sino considerando la proyección del derecho a la vivienda como tal, en tal sentido, la Corte va a realizar una distinción objetiva en relación a quienes pueden pagar una vivienda – *desbloqueando el sistema y facilitando su acceso*³²²- y a quienes no – *describiendo las características mínimas que debe tener un programa de vivienda*³²³.

Partiendo de ello, debe notarse la diferencia de criterio que tuvo la Corte Constitucional en relación a la Corte Superior³²⁴, observándose un criterio más flexible y basado en un criterio de razonabilidad en el fuero Constitucional, prueba de ello es la fórmula de solución adoptada, percibiéndose además que la Corte Constitucional va a expresar incluso su preocupación en dos aspectos indesligables: los deberes del Estado y, la capacidad y realidad socioeconómica del mismo³²⁵; apartándose del criterio de la Corte Superior que ordenaba una “exigibilidad directa e inmediata” del derecho a la vivienda, por un criterio declarativo³²⁶ – *y lógicamente vinculante*- y observador de un panorama “general” de obligaciones.

Por consiguiente, frente a estos argumentos, respondemos reafirmar que la adjudicación de las reclamaciones basadas en los derechos económicos y sociales es esencialmente una tarea de interpretación jurídica, que los juristas – *cortes y expertos independientes de derechos humanos*- de hecho, por su labor hermeneuta, son los mejor preparados para llevar a cabo. Esto es, en esencia, el enfoque

their extraordinary circumstances is to accord that preference.” (CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, “Grootboom and others v. Government of the Republic of South Africa”, Ob. Cit., para. 81)

³²² CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, “Grootboom and others v. Government of the Republic of South Africa”, Ob. Cit., para. 36

³²³ *Ibidem*, para. 39-43

³²⁴ HIGH COURT OF SOUTH AFRICA, Case “Grootboom vs. Republic of South Africa”, Cape of Good Hope Provincial Division, Case Nº 6826/99

³²⁵ “I am conscious that it is an extremely difficult task for the state to meet these obligations in the conditions that prevail in our country. This is recognised by the Constitution which expressly provides that the state is not obliged to go beyond available resources or to realise these rights immediately. I stress however, that despite all these qualifications, these are rights, and the Constitution obliges the state to give effect to them. This is an obligation that courts can, and in appropriate circumstances, must enforce.” (CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, “Grootboom and others v. Government of the Republic of South Africa”, Ob. Cit., para. 94)

³²⁶ “In the light of the conclusions I have reached, it is necessary and appropriate to make a declaratory order. The order requires the state to act to meet the obligation imposed upon it by section 26(2) of the Constitution. This includes the obligation to devise, fund, implement and supervise measures to provide relief to those in desperate need.” (*Ibidem*, para. 96)

adoptado por los estudiosos que han propuesto diversas metodologías para dar “un significado concreto” a los derechos económicos y sociales, a fin de superar la objeción de la “incompetencia”.

5.4. POSIBILIDAD DE TUTELA JURISDICCIONAL POSITIVA EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

5.4.1. JUSTICIABILIDAD POSITIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este apartado vamos a observar la experiencia de Tribunales internacionales, así como de órganos cuasi-judiciales, y Cortes foráneas, que ayudan a formar los criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en referencia a los DESC, así como la experiencia en el desarrollo e implementación de derechos, lo que –*en palabras de Alejandro Rodríguez Carrión*– “ofrece la posibilidad de poner de manifiesto cuál es la práctica generalmente seguida por los Estados, como prueba de una norma general de Derecho Internacional”³²⁷, una perspectiva desde la cual también es posible formar Derecho Constitucional.

5.4.1.1. SISTEMA GLOBAL:

A. EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU (CESCR)

Tal como el Comité hizo lo suyo con las Observaciones Generales sobre los DESC, las cuales son de gran ayuda para la comprensión y desarrollo de los DESC, así como para el debido cumplimiento de las obligaciones de los Estados, el Comité también tiene una labor cuasi-judicial en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto

³²⁷ RODRIGUEZ CARRIÓN Alejandro, “Lecciones de Derecho Internacional Público”, 2ª Edición, Ed. Tecnos S.A., Madrid – España, 1990, ISBN 84-309-1915-5, p. 236

Internacional de DESC, celebrado en el 2008 y ratificado sólo por 21 Estados³²⁸ –no encontrándose lamentablemente el Estado peruano-, cuyo distintivo reside en el derecho a las comunicaciones conforme su artículo 2:

“Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.”

Sin embargo, tratándose de un reciente instrumento jurídico internacional, el cual entró en vigencia desde el 5 de mayo de 2013 para sus Estados parte en concordancia con su artículo 18.1, la actividad del Comité en relación a este Protocolo no es “abundante”, empero, vamos a observar la experiencia del Comité sobre la Comunicación N° 02/2014, caso en el cual se discute una supuesta violación al derecho a la vivienda, específicamente por cuestión de una notificación aparentemente inadecuada en un proceso de ejecución hipotecaria, en el cual –a pesar de no encontrarnos de acuerdo con ciertos aspectos declarados por el Comité- el CESCR considera las particulares circunstancias propias de España respecto a

³²⁸ Nótese la proporción inversa en relación a la cantidad de Estados parte en relación con el Pacto Internacional de DESC, con 164 partes.

cuestiones inmobiliarias y la crisis, formándose un criterio tuitivo en pos de la ejecutada; al respecto, el Comité declara:

“El Comité recuerda asimismo que todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas y que los desalojos forzados son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes de derecho internacional. El Comité considera que los Estados partes deben velar para que los procesos, en el contexto de desalojos forzosos o aquellos en que se pueda afectar la seguridad de la tenencia y concluir en un eventual desalojo, observen las garantías procesales que aseguren entre otras cosas una autentica oportunidad de consulta a las personas afectadas y un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo.”³²⁹

Así, el Comité considera al proceso de ejecución un proceso célere, aunque de igual manera de última ratio, debiendo realizarse bajo una protección legal especial, debido a su afectación sobre el derecho a la vivienda, puesto que el Comité va a destacar el

³²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CESCR), “I.D.G. contra España”, Comunicación N° 002/2014, Dictamen aprobado en el 55º periodo de sesiones, 2015, (E/C.12/55/D/2/2014), párr. 11.2

derecho a la defensa y recurso efectivo como directamente vinculado al derecho a la vivienda, dadas las circunstancias del proceso. Es conforme a ello, que el Comité aplicará tanto jurisprudencia internacional de la región europea, como sus propias recomendaciones, y resolviendo finalmente que el Estado español debe:

“a) asegurar que la subasta de la vivienda de la autora no se ejecute sin que ella cuente con la debida protección procesal y un proceso con las debidas garantías, conforme a las disposiciones del Pacto y tomando en cuenta las observaciones generales del Comité núm. 4 y 7;”

Ordenando además de ello la implementación de medidas legislativas y/o administrativas³³⁰ para garantía de derechos en estos procesos, en forma de recursos efectivos que puedan garantizar la defensa y legalidad de las acciones relativas al desahucio –*como la ejecución hipotecaria*– mediante 1) la accesibilidad de los recursos jurídicos, 2) la delimitación de la figura del edicto, y 3) requisitos y procedimientos adecuados previos a la subasta y/o desalojo de una vivienda.

En otras palabras, este dictamen implica una tutela jurisdiccional positiva relativa a implementación de dispositivos jurídicos, esto, llenando ciertas anomias jurídicas, cuyos “vacíos” no implica una omisión del legislador que fuere calificada como “inconstitucional”, sino una suerte de

³³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CESCR), “I.D.G. contra España”, Ob. Cit., párr. 17

“reforzamiento” de garantías para la tutela del derecho a la vivienda.

B. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

Continuando con nuestra breve selección de decisiones relativas a la justiciabilidad de los DESC, bajo nuestro apartado de “sistema global”, tenemos una singular Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), sin equivocación alguna, aunque es posible que nazca la inquietud tal como: ¿la CIJ aplicando DESC?

Este caso es el discutido en la Opinión Consultiva sobre las “consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”³³¹, solicitada por la Asamblea General de las Naciones Unidas³³², debido a la construcción de un muro por parte de Israel (potencia ocupante) sobre territorio palestino (potencia ocupada), en la cual, la Corte realizará un examen sobre la situación existente en tal momento desarrollada alrededor y producto de la construcción del muro, analizando la normativa internacional aplicable y las obligaciones derivadas de la misma hacia Israel, así como a los demás Estados, tocando el tema de Responsabilidad Internacional de los Estados, y llegando a expresarse sobre la relevancia, aplicación y obligaciones derivadas de los DESC, en específico por el impacto del Pacto Internacional

³³¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ), “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, Opinión Consultiva, N° 136, 9 de julio de 2004, ISBN 92-1-070993-4, incluida en el acervo documentario de las Naciones Unidas en el 10mo. Período Extraordinario de Sesiones de Emergencia, (UN Doc. A/ES-10/273)

³³² La interrogante concreta fue la siguiente: “¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción del muro que levanta Israel, la Potencia ocupante, en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, según se describe en el informe del Secretario General, teniendo en cuenta las normas y principios del derecho internacional, incluido el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General?” (ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución ES-10/14, 8 de diciembre de 2003)

de DESC, en tal sentido, la CIJ declarará lo siguiente:

“En resumen, la Corte opina que la construcción del muro y su régimen conexo (...) obstaculizan el ejercicio, por parte de las personas afectadas, del derecho al trabajo, la salud, la educación y un nivel de vida adecuado, proclamados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.”³³³

Así, la CIJ enuncia a las obligaciones de los DESC como obligaciones jurídicas internacionales y no meros dispositivos programáticos ni menos políticos, resolviendo finalmente³³⁴ –entre otros– que el muro en cuestión sea desmantelado –*derogando de igual manera todo dispositivo legal relativo*– así como reparar todos los daños y perjuicios causados por su construcción, reconociéndose en tal sentido, toda afectación a las obligaciones socioeconómicas producidas, y ordenando su cese y reparación en forma positiva, además de aspectos negativos como la derogación de normas contrarias o el no reconocimiento de la legalidad del muro.

5.4.1.2. SISTEMA REGIONAL EUROPEO:

A. EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES (CEDS, o “ECSR” por sus siglas en inglés)

³³³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ), “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, Ob. Cit., párr. 134

³³⁴ *Ibíd*em, párr. 163 inciso 3.

Constituido a efectos de supervisar y garantizar la “Carta Social Europea”, conoce de diversos casos relativos a dicha Carta, estimado o desestimando pretensiones, e incluso ordenando “medidas inmediatas”.

Así, podemos ver una decisión singular, tomada en el Caso “Autism-Europe contra Francia”³³⁵, el cual se dio lugar constituyéndose por una de las primeras denuncias colectivas realizada en virtud de la Carta Social Europea, en el mismo se discute el derecho a la educación en pos de personas con autismo.

Según el denunciante, la actuación de Francia para la satisfacción del derecho a la educación para niños y adultos autistas era insuficiente, aduciendo que un 80 a 90% de los mismos no tenía acceso a una educación adecuada, situación que fue reconocida por el Estado demandado, pero que recordó que, tratándose de una situación particularmente “compleja” y “costosa” debería existir una “flexibilización” conforme a la Carta por tal motivo.

A este respecto, debemos hacer un paréntesis y recordar dos elementos de implican obligaciones para la tutela y protección de los DESC: “progresividad” –*en sentido de “progresivo”*- y “contenido básico”; elementos que muchas veces son “argumento” de los Estados para evadir las demás obligaciones, en otras palabras, argumentos tales como: “ya existe un nivel mínimo de disfrute, he cumplido y lo demás vendrá poco a poco”,

³³⁵ EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS (ECSR), “Autism-Europe v. France”, Complaint N° 13/2002, Decision on the Merits, 2003.

olvidando así el deber de tomar acciones según y hasta el máximo de recursos disponibles.

Es partiendo de esto último, que en el caso en cuestión, el Comité va a declarar lo siguiente:

“(...) Cuando la consecución de uno de los derechos en cuestión es excepcionalmente compleja y especialmente costosa de resolver, un Estado Parte debe tomar medidas que le permitan alcanzar los objetivos de la Carta dentro de un tiempo razonable, con un progreso medible y en un grado compatible con el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles. (...)”³³⁶

Con ello, el Comité analizará la situación y el desenvolvimiento de actuación de Francia respecto a la implementación de los derechos discutidos, finalmente determinado la existencia de una violación a los derechos a la educación y a los derechos del niño, así como a la obligación de no discriminación.

Así, mediante este caso se puede percibir que la existencia de un goce de “contenido básico” o “mínimo esencial” no constituye el cumplimiento integral de las obligaciones del Estado con respecto a los DESC, puesto que uno de los elementos de medición nos indica que la actuación del Estado debe ser objetiva: el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles, sin embargo, esto aún debe ser analizado cuidadosa y causalmente.

³³⁶ “(...) When the achievement of one of the rights in question is exceptionally complex and particularly expensive to resolve, a State Party must take measures that allows it to achieve the objectives of the Charter within a reasonable time, with measurable progress and to an extent consistent with the maximum use of available resources. (...)” (Ibídem, para. 53)

Por otro lado, cabe citar un caso adicional resuelto ante el Comité, y es que, como hemos analizado anteriormente, hablar de obligaciones positivas no es necesariamente hablar de obligaciones “pecuniarias”, y es que, a diferencia del caso de educación anteriormente expuesto, ahora vemos una decisión bastante citada en diversos méritos: el caso de “International Commission of Jurist (ICJ) contra Portugal”³³⁷, en el cual se discute sobre la normativa, política y estrategias activas contra el trabajo infantil.

Uno de los argumentos centrales esbozado por el Comité es el siguiente:

“(...) el Comité recuerda que el objetivo y el propósito de la Carta, siendo un instrumento de protección de derechos humanos, es la protección de los derechos no sólo teóricamente, sino también en los hechos. En este sentido, se considera que la aplicación satisfactoria del artículo 7 no se puede asegurar por el solo efecto de la legislación si esta no es aplicada de manera efectiva y rigurosamente supervisada.”³³⁸

Y es que, en el caso en cuestión, a resumidas cuentas, no se critica en forma negativa la legislación existente, sino la aplicación de la legislación misma, esto es, el trabajo infantil se encontraba proscrito en Portugal, de manera estricta, sin embargo, la realidad reflejaba una situación distinta.

³³⁷ ECSR, “International Commission of Jurists v Portugal”, Complaint N° 1/1998, Decision on the Merits, 1999.

³³⁸ “(...) the Committee recalls that the aim and purpose of the Charter, being a human rights protection instrument, is to protect rights not merely theoretically, but also in fact. In this regard, it considers that the satisfactory application of Article 7 cannot be ensured solely by the operation of legislation if this is not effectively applied and rigorously supervised.” (ECSR, “International Commission of Jurists v Portugal”, Ob. Cit., para. 32)

Así, se concluye en que las políticas y estrategias de acción a aplicarse resultaban insuficientes, no cumpliéndose con efectivizar derechos de los niños, como la prohibición de trabajo infantil, implicando cambios en el accionar de Portugal, para trazar estrategias para localizar y buscar la erradicación del trabajo de menores.

B. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH, o “ECHR” por sus siglas en inglés)

Hay quienes sostienen el tradicional argumento de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos – *instrumento que tutela y garantiza el Tribunal*- sólo implica una garantía en términos negativos de derechos civiles y políticos, los que son nominados en la Convención, y tal como indican Luke Clements y Alan Simmons:

“No hay referencias a los derechos a la salud, asistencia social o de seguridad social. [La Convención] Proporciona una protección para el (existente) hogar de uno, pero no contiene ninguna referencia a la 'vivienda'. El primer protocolo habla de educación –pero no (conforme fue redactado) en términos de que el Estado esté obligado a proporcionarla.”³³⁹

Sin embargo, este argumento es superado por el mismo Tribunal –*aunque no en el nivel logrado por otras Cortes, o incluso por el mismo Comité Europeo de Derechos Sociales*- ya que, conforme comenta Padraic Kenna, el “desarrollo legal,

³³⁹ “There are no references to health or social care or social security rights. It provides protection for one's (existing) home but contains no reference to 'housing'. The first protocol speaks of education - but not (as drafted) in terms of the State being obliged to provide this.” (CLEMENTS Luke and SIMMONS Alan, “European Court of Human Rights: Sympathetic Unease”, on Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0521678056, p. 409)

internacional y constitucional de los derechos incorpora en la actualidad obligaciones positivas de los Estados”³⁴⁰, ha impulsado al TEDH a poner “el acento en algunas obligaciones positivas que son una parte clave de las responsabilidades de éste”³⁴¹, a punto de que el mismo acepte la existencia indesligable de la relación entre los derechos civiles y políticos y los DESC, una situación que ya sería expresada desde el caso Airey contra Irlanda:

“Si bien el Convenio establece adelante los que son esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicancias de naturaleza social o económica (...) el mero hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse en la esfera de los derechos sociales y económicos no debería ser un factor decisivo contra una interpretación tal; no existe una división drástica que separe esa esfera del campo cubierto por el Convenio.”³⁴²

Y es que el Convenio no presta aparente inclusión a los DESC, como bien ha sido referido por Clements y Simmons anteriormente, pero ello es – *como se ha descrito*- sólo de manera “aparente”, en tal sentido, tenemos el caso Stanev contra Bulgaria, el cual se origina debido a que al demandante Rusi Kosev Stanev se le internó como “esquizofrénico” sin consentimiento ni notificación en un hogar de

³⁴⁰ KENNA Padraic, “El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles”, [en línea], en Revista de Derecho Político, N° 74, 2009, ISSN 0211-979X, [consultado 01/09/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/9080/8673>>, pp. 479, 480.

³⁴¹ Ibidem, Ob. Cit., p. 480.

³⁴² “Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature (...) the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.” (ECHR, “Case of Airey v. Ireland”, N° 6289/73, Judgement, Merits, 9 October 1979, para. 26)

asistencia social para enfermos mentales, “hogar” que fue parte de una de las visitas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y el Tratamiento Inhumano o Degradante, el cual concluyó e informó que las condiciones de vida en la institución eran “deplorables”, lo que incluía al propio servicio terapéutico, el cual no se aplicaba en lo correspondiente, propiciando una situación de “tratamiento inhumano o degradante”, en tal sentido, Stanev peticiona a la Justicia de Bulgaria el abandono de la institución, el cual es rechazado hasta llegar al TEDH, la cual, entre otros, examina la disposición referente a este tipo de tratos (artículo 3 del Convenio) indicando lo siguiente:

“(…) bajo este Artículo, el Estado está obligado a garantizar que una persona que sea detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto de su dignidad humana, que las modalidades y el método de aplicación de la medida no la sometan a una angustia o prueba de un nivel inexorable de sufrimiento inherente a la detención y que, dadas las exigencias prácticas de la reclusión, su salud esté adecuadamente asegurada por, entre otros, la provisión de la asistencia médica requerida.”³⁴³

Vinculándose las condiciones de vida, salud y abrigo, a disposiciones que tutelaban la proscripción de los tratos inhumanos o degradantes, impulsando al Estado en su

³⁴³ “(…) under that Article the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance.” (ECHR, “Stanev v. Bulgaria”, Nº 36760/06, Judgement, Merits and Just Satisfaction, 17 January 2012, para. 204)

obligación positiva de mejorar –y *supervisar la mejora*- las condiciones de servicio de sus instituciones de asistencia social, llegando a realizar un proyecto de ley de “Personas naturales y medidas de apoyo”, para cambiar la situación de tutela y defensa de los derechos de personas adultas con discapacidades intelectuales.

Un criterio que también se observa y parte de los casos de encarcelamiento, tal como puede percibirse del caso *Mouisel contra Francia*, y en distinta jurisprudencia, en el cual el Tribunal indicó que:

“Si bien el artículo 3 de la Convención no puede ser interpretado como el que se establece una obligación general de liberar a los detenidos por razones de salud, sin embargo impone una obligación del Estado de proteger la integridad física de las personas privadas de su libertad, por ejemplo, proporcionándoles la asistencia médica requerida.”³⁴⁴

Así, se observa a lo largo de su experiencia, que el Tribunal se preocupa por la aplicación del derecho a la salud, el cual es indesligable para la garantía del derecho a la vida e integridad física, y garantizando la vigencia de obligaciones positivas que tiene el Estado para con sus administrados.

5.4.1.3. SISTEMA REGIONAL AFRICANO:

³⁴⁴ “Although Article 3 of the Convention cannot be construed as laying down a general obligation to release detainees on health grounds, it nonetheless imposes an obligation on the State to protect the physical well-being of persons deprived of their liberty, for example by providing them with the requisite medical assistance.” (ECHR, “*Mouisel v. France*”, N° 67263/01, Judgement, Merits and Just Satisfaction, 14 November 2002, para. 40)

A. LA COMISIÓN AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

Como organismo fundado en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, tiene la función de promover y garantizar la protección de los derechos humanos, conforme lo establece la propia Carta, un instrumento particular en relación a los dispositivos regionales europeos y americanos, y es que, en la Carta Africana no hay distinción entre los derechos civiles y políticos y los DESC, diríamos una consagración normativa directa de su relación indesligable.

En tal sentido, es necesario citar dos casos relevantes en el tema de mostrar la experiencia de la Comisión Africana en relación a los DESC: los casos SERAC y Purohit.

El caso SERAC³⁴⁵ es uno de los primeros aprovechados por la Comisión para realizar un esbozo de las obligaciones del Estado con relación a los derechos humanos, incluyendo una tipología de obligaciones³⁴⁶ de respetar, proteger, promover y cumplir –*obligaciones a las que se hizo mención y comentario anteriormente en la presente investigación-*, declarándose que estas obligaciones conllevan deberes tanto negativos como positivos en todos sus niveles, incluyéndose además en la interpretación de la Carta Africana el

³⁴⁵ African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission on HPR), "The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria", Communication N° 155/96, Decision, 15th Activity Report: 2001 – 2002, 27 October 2001.

³⁴⁶ La Comisión, tal como lo hicimos nosotros, partirá del trabajo del maestro Eide, llegando a declarar esta tipología como "mínima", además de ello agregará lo siguiente: "These obligations universally apply to all rights and entail a combination of negative and positive duties. As a human rights instrument, the African Charter is not alien to these concepts and the order in which they are dealt with here is chosen as a matter of convenience and in no way should it imply the priority accorded to them. Each layer of obligation is equally relevant to the rights in question." (African Commission on HPR, "The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria", Ob. Cit., para. 44)

concepto del “contenido básico”³⁴⁷ de los derechos humanos, destacando durante todo el fallo el valor y la necesidad de garantizar obligaciones positivas.

Así, diversos casos posteriores encontrarán sustento en el caso SERAC, siendo uno de ellos el caso Purohit³⁴⁸, mediante el cual incluso se comenta que se “clarifica”³⁴⁹ la jurisprudencia legada desde SERAC.

En el caso Purohit, se alega una violación sistemática a diversos derechos humanos, denunciando –entre otros- la aplicación de la “Ley de detención de dementes” –*lo que nos puede dar una idea de la motivación de la denuncia*- como uno de los principales regímenes legales de salud, argumentando que esta legislación “obsoleta” violentaba el derecho a la salud física y mental así como a medidas especiales de los discapacitados, entre otros, incluyéndose la falta de garantías y supervisión de la administración de salud.

En Purohit, la Comisión hará gran hincapié en el derecho a la salud y las obligaciones emanadas del mismo al Estado, entre otros, destacará el mismo como “piedra angular” para la realización de otros derechos, declarando que:

“El disfrute del derecho humano a la salud, como es ampliamente conocido, es vital para todos los aspectos de la vida y bienestar de una persona, y es crucial para la realización de todos los demás derechos humanos y

³⁴⁷ Ibidem, para. 50, 65.

³⁴⁸ African Commission on HPR, “Purohit and Moore v. The Gambia”, Communication No. 241/2001, Decision, 16th Activity Report: 2002 – 2003, 29 May 2003.

³⁴⁹ MZIKENGE CHIRWA Danwood, “African Regional Human Rights System: The Promise of Recent Jurisprudence on Social Rights”, on Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, Ob. Cit., p. 326

*libertades. Este derecho incluye el derecho a la asistencia de salud, el acceso a los bienes, y servicios que deben garantizarse a todos sin discriminación de ningún tipo.*³⁵⁰

La situación presente en el caso Purohit era execrable, una legislación desfasada y totalmente descuidada, tanto normativa como aplicativamente, a punto de tener condiciones inhumanas, e incluso ser atentatoria contra la libertad, como se observó en los casos de examinación psiquiátrica, un escenario aún más complicado para con un derecho “angular”, y es que, aun teniendo un pésimo régimen legal de salud, ni si quiera existía una buena estadística de acceso a los servicios de salud, ello debido a la pobreza existente en Gambia, tanto en los ciudadanos como en los propios países Africanos; considerando ello, la Comisión añadirá un elemento sobre la base de la razonabilidad en el modo de cumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados:

“Por lo tanto, teniendo en cuenta este estado deprimente, pero real de las cosas, a la Comisión Africana le gustaría leer en el artículo 16 [sobre el derecho a la salud], la obligación por parte de los Estados Parte en la Carta Africana de tomar medidas concretas y específicas, tomando máximo provecho de sus recursos disponibles, para asegurar que el derecho a la salud sea realizado

³⁵⁰ “Enjoyment of the human right to health as it is widely known is vital to all aspects of a person’s life and well-being, and is crucial to the realisation of all the other fundamental human rights and freedoms. This right includes the right to health facilities, access to goods and services to be guaranteed to all without discrimination of any kind.” (African Commission on HPR, “Purohit and Moore v. The Gambia”, Ob. Cit., para. 80)

*plenamente en todos sus aspectos sin discriminación de ningún tipo.*³⁵¹

Este elemento ingresa como un aspecto objetivo de medición: el máximo de recursos disponibles. Un elemento no presentado en el caso SERAC, uno de especial trascendencia para la determinación del cumplimiento de obligaciones, conforme hemos visto en puntos anteriores en esta investigación, enfrentando así el tema de “escases de recursos” sin descuidar la existencia y vinculación de obligaciones positivas de los Estados.

Para luego de realizar las exámenes correspondientes, determinar la existencia de una violación sistemática a derechos humanos por parte de Gambia, ordenando que se reemplace el régimen legislativo de salud mental por uno conforme la normativa internacional, y que se provea adecuada “atención médica y material” para quienes sufran de enfermedades mentales.

B. LA CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

Al igual que la Comisión, la Corte Africana busca la garantía de la Carta (CAFDH) y es competente conforme al Protocolo Adicional de la Carta y a la propia CAFDH, sin embargo, el trabajo de la Corte no es tan “abundante” como sucediera en caso del Tribunal Europeo o de la Corte Interamericana –*los otros dos foros regionales*- sobre todo en cuestión de los DESC.

³⁵¹ “Therefore, having due regard to this depressing but real state of affairs, the African Commission would like to read into Article 16 the obligation on part of States party to the African Charter to take concrete and targeted steps, while taking full advantage of its available resources, to ensure that the right to health is fully realised in all its aspects without discrimination of any kind.” (Ibídem, para. 84)

Empero, uno de los casos que causa expectativa es el caso Ogiek³⁵², el cual es uno de los primeros casos de la Corte, y que ha pasado ya la etapa de audiencia, encontrándose pendiente de resolver.

En el caso en cuestión se denuncia la violación masiva de derechos tales como a la propiedad, vivienda, desarrollo, religión, cultura, como los derechos a la tierra, e incluso a la salud, vida e integridad, de la Comunidad Ogiek por parte de la República de Kenia, al existir una ilegítima usurpación y desalojo de sus tierras, así como una presunta comisión de tratos inhumanos y degradantes.

Así, en marzo del año 2013, la Corte dicta una histórica medida cautelar³⁵³ a favor de la comunidad Ogiek, ordenado al Estado demandado retornar las restricciones impuestas sobre las transacciones en el complejo Mau Forest (lugar de establecimiento de la comunidad Ogiek), y refrenar cualquier “acto o cosa” que pudiera provocar un perjuicio irreparable a la Comunidad; tutelándose los derechos al remedio efectivo, derechos culturales así como distintos DESC y derechos civiles, bajo obligaciones de “respetar” y “proteger” a un nivel positivo, ordenando luego informe sobre las medidas adoptadas, las que se entiende deben consignar además supervisión.

5.4.1.4. SISTEMA REGIONAL AMERICANO:

³⁵² AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS (African Court on HPR), “African Commission on Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya”, Application N° 006/2012.

³⁵³ African Court on HPR, “African Commission on Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya”, Application N° 006/2012, Order of Provisional Measures, 15 March 2013.

A. LA COMISIÓN INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH, o “IACHR” por sus siglas en inglés)

Este órgano de la Organización de los Estados Americanos tiene un alcance especial, y es que su competencia en razón de la materia va desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) hasta la misma Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, incluyendo al Protocolo de San Salvador, e incluso dejando una “puerta abierta” en relación a otros instrumentos, como sucede y se observa del artículo 29 de la Convención, el cual indica lo siguiente:

“Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estado.”

En otras palabras, involucrando la defensa de los derechos humanos en general, conforme los dispositivos del sistema interamericano y universal³⁵⁴.

En relación a los DESC, tenemos como uno de los primeros casos que la Comisión conoce y cierra –

³⁵⁴ “En la Convención [Americana] se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que “han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional”. Igualmente, varias disposiciones de la Convención hacen referencia a otras convenciones internacionales o al derecho internacional, sin restringirlas al ámbito regional (artículos 22, 26, 27 y 29, por ejemplo). Dentro de ellas, cabe destacar muy especialmente lo dispuesto por el artículo 29, que contiene las normas de interpretación de la Convención y que se opone, en términos bastante claros, a restringir el régimen de protección de los derechos humanos atendiendo a la fuente de las obligaciones que el Estado haya asumido en esa materia. (...)” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH), “Otros Tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte”, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de setiembre de 1982, párr. 41)

en términos de tener una solución a adoptarse- es el caso VIASA³⁵⁵, en el cual un grupo de jubilados de la empresa de aviación “VIASA” alegan responsabilidad del Estado demandado por la inejecución de dos fallos judiciales internos que declararon fundado el derecho a la seguridad social de los demandantes, denunciándose en tal sentido la violación sistemática a los derechos a la protección judicial, la propiedad privada y el desarrollo progresivo de la seguridad social, este último debido a que la empresa estatal VIASA fue parcialmente privatizada en el año 1992 acordándose en pos de los actores privados que los trabajadores perderían su régimen laboral de trabajadores públicos, perdiendo así por efecto los beneficios del plan de jubilación que les correspondía, por tanto disminuyéndose sus derechos adquiridos.

En este caso la Comisión se declara competente en todo sentido para conocerlo, incluyendo competencia material sobre el derecho a la seguridad social en base al artículo 26 de la Convención, al respecto en el mismo informe de admisión realiza una apreciación liminar “sin prejuzgar sobre el fondo”, como se observa a continuación:

“(…) la Comisión encuentra que los hechos alegados por las presuntas víctimas prima facie podrían caracterizar el incumplimiento de las obligaciones del Estado en relación con lo estipulado en el artículo 26 de la Convención Americana, el cual establece a

³⁵⁵ COMISIÓN INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), “Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros c. Venezuela”, Petición 667/01, Caso 12.473, 21 de setiembre de 2001.

*los Estados parte la obligación de desarrollar 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. En tal sentido, la Comisión, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, encuentra que el incumplimiento de los fallos judiciales dictados en el orden interno tutelando el derecho a la seguridad social del cual afirman su titularidad las presuntas víctimas, podría tender a caracterizar una violación del artículo 26 de la Convención Americana.*³⁵⁶

En tal sentido vemos un criterio que se dirige a la crítica sobre la efectividad de las resoluciones judiciales internas que dieron lugar a un reconocimiento y exigibilidad de derechos sociales como el de la seguridad social, y cuyo incumplimiento, como indica la Comisión, “podría tender a caracterizar” la violación de la obligación de progresividad de los DESC.

Una cuestión cuya certeza se encuentra no menos sujeta a las examinaciones objetivas a las que todo Estado tiene derecho en relación al cumplimiento de sus obligaciones, como su actuación, esfuerzos y disponibilidad presupuestaria de requerirse.

Sin embargo, a pesar de que en este caso no se llega a emitir un informe de fondo, resulta de especial consideración debido a que en el mismo se logró adoptar una solución amistosa, en la cual no sólo se realiza una mera “transacción”, sino que

³⁵⁶ CIDH, “Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros c. Venezuela”, Informe N° 70/06, Admisibilidad, Caso 12.473, 13 de Octubre de 2004, párr. 61.

el Estado reconoce su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos ocurridos con ocasión de la privatización parcial de VIASA, esto en otras palabras sería, por la violación de la obligación de progresividad del derecho a la seguridad social de los trabajadores de VIASA, y en el mismo acuerdo el Estado pacta, además del pago de pensiones íntegro a los afectados, así como la respectiva indemnización, los siguientes compromisos que constituyen ejemplo del reconocimiento de obligaciones positivas emanadas de los DESC:

“2. Adoptar un mecanismo que le permita [a] las víctimas y sobrevivientes cobrar a futuro sus pensiones de jubilación a partir del momento del pago de lo adeudado, de conformidad con la legislación venezolana. (...), 4. (...) c) Realizar un programa especial de televisión en el canal oficial de mayor cobertura a nivel nacional en homenaje del jubilado fallecido Jesús Manuel Naranjo, Presidente de la Asociación Nacional de Trabajadores Jubilados y Pensionados de VIASA, y en reconocimiento a la perseverancia de los jubilados a la lucha por sus derechos. d) Realizar un programa educativo en donde se dé a conocer los derechos y beneficios que le asisten a las personas jubiladas en Venezuela.”³⁵⁷

Aprobándose tal acuerdo por la Comisión³⁵⁸ en todos los términos suscritos y con satisfacción del

³⁵⁷ CIDH, “Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros c. Venezuela”, Acta de Compromiso, Caso 12.473, 2 de marzo de 2005.

³⁵⁸ CIDH, “Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros c. Venezuela”, Informe N° 63/13, Solución Amistosa, Caso 12.473, 16 de Julio de 2013

mismo; así, vemos dos situaciones particulares: 1) obligación positiva de implementación jurídica, a través de la adopción del mecanismo mencionado para el cobro de pensiones, 2) obligación de implementación técnica y social, ello a través de la difusión de los derechos, esto último de gran importancia, recordando la característica de universalidad de los derechos humanos, una cuestión de “enculturación”.

Por otro lado, la Comisión ha tenido experiencia en cuanto a la promoción de la indivisibilidad de los derechos humanos, esto es, la relación indisoluble entre los derechos civiles y políticos y los DESC, en ese sentido, tenemos diversos casos llevados por la Comisión sobre afectaciones múltiples a comunidades indígenas que partían de una aparente afectación única a derechos de propiedad.

En ese sentido, uno de los casos más citados e iniciales en la experiencia de la Comisión es el de la comunidad Yakye Axa contra Paraguay³⁵⁹, en el cual se denuncia al Estado paraguayo por no reconocer a la comunidad Yakye Axa la propiedad sobre su territorio ancestral, un hecho sobre el cual van a concurrir otros aspectos situacionales, y es que, estando la comunidad en un proceso de “reivindicación territorial”, durante el mismo *–el cual además se dilató excesivamente–* se mantenía la prohibición de diversas actividades como caza y pesca, propias de la comunidad, y por otro lado, no se proveía de la asistencia de servicios básicos, en otras palabras, el Estado le había dado la “espalda” e impedido su desarrollo cultural *–además de buscar desalojarlos–*; con ocasión de ello, y

³⁵⁹ CIDH, “Comunidad Indígena Yaxye Axa del pueblo Enxet-Lengua c. Paraguay”, Petición N° 12.313.

teniendo a consideración el grave estado de salud en que se mantenía la comunidad, la cual no contaba con agua potable ni acceso a alimentación o servicios médicos, se solicita al mismo tiempo se disponga medida cautelar para prever el constante perjuicio existente, medida que concedida y promovida por la Comisión³⁶⁰ encuentra la necesidad de 1) Suspender el desalojo, 2) Abstenerse de actividades que afecten el derecho a propiedad, circulación y residencia de la comunidad, y 3) Una cuestión de accionar positivo:

“Adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la vida e integridad física, psíquica y moral de los miembros de la Comunidad Indígena Yakye Axa, teniendo presente los fundamentos y disposiciones del Decreto Presidencial N° 3789 de fecha 23 de junio de 1999”

Estos puntos adoptados por la Comisión son de gran importancia, pudiendo observarse que los dos primeros engloban no sólo el derecho a la propiedad, sino el derecho a la vivienda – *exclamándose además aspectos como derecho a la circulación y “residencia”*- y buscando su tutela a nivel de una obligación de respetar y proteger.

Asimismo, el tercer punto merece especial atención ya que implica una medida positiva de “adoptar todas las medidas necesarias” con el fin de asegurar la integridad de los habitantes de la comunidad, indicando tener presente el Decreto

³⁶⁰ CIDH, “Comunidad Indígena Yaxye Axa del pueblo Enxet-Lengua c. Paraguay”, Medida Cautelar, Caso 12.313, 26 de setiembre de 2001.

Presidencial N° 3789 del cual citaremos dos aspectos fundamentales:

“Que, esta circunstancia dirimida actualmente en instancias administrativas y judiciales, dificulta el normal desenvolvimiento de la vida de dichas comunidades nativas, en razón de la falta de medios de alimentación y de asistencia médica, mínimo e indispensables, es una preocupación del Gobierno que exige una respuesta urgente a los mismos. (...) POR TANTO, (...) Artículo 2º Dispóngase que el Instituto Paraguayo del Indígena conjuntamente con los Ministerios del Interior y de Salud Pública y Bienestar Social ejecuten las acciones que correspondan para la inmediata provisión de atención médica y alimentaria, (...)”³⁶¹

En ese sentido, es de verse que la Comisión adopta un criterio que liga el derecho a la vida e integridad de la persona al derecho al desarrollo y bienestar, bajo derechos tales como a la alimentación y a la salud; como lo sustentaría en forma posterior en su informes³⁶² hasta llevar el caso a la Corte por el incumplimiento de las obligaciones plenamente reconocidas por el propio Estado denunciado.

Posterior al comentado, tenemos el caso Xakmok Kásek c. Paraguay³⁶³, admitido por violación entre otros, al derecho a la propiedad, un caso con circunstancias similares al de la comunidad Yakye

³⁶¹ REPÚBLICA DE PARAGUAY, Decreto Presidencial N° 3789/99, 23 de junio de 1999.

³⁶² CIDH, “Comunidad Indígena Yaxye Axa del pueblo Enxet-Lengua c. Paraguay”, Informe N° 67/02, Fondo, Caso 12.313, 24 de octubre de 2002.

³⁶³ CIDH, “Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet c. Paraguay”, Informe N° 11/03, Admisibilidad, Caso 12.420, 20 de febrero de 2003.

Axa antes comentado, en el cual se consideró examinar las condiciones socio-económicas y culturales para la determinación de si había violación o no a derechos humanos, incluyéndose en el Informe de Fondo³⁶⁴ la violación de un derecho no considerado en el Informe de admisibilidad: el derecho a la vida e integridad.

Así, por ejemplo, la Comisión encuentra y examina un listado de fallecidos, percibiéndose que se atentó contra su vida por “omisión” de un actuar particular: obligaciones positivas. Sobre ello, la CIDH no sólo se limitará a indicar la presencia de fallecidos, y establecer un nexo causal con ello, sino que va a observar la causa de los fallecimientos, los cuales, como se dijo, más que por “acción” fue por “inacción”, cuestiones de salud por falta de provisión de asistencia médica y salubre: nuevamente observamos la indivisibilidad entre el derecho a la vida y el derecho a la salud.

En este caso, en el Informe de Fondo citado, la Comisión va a incidir específicamente recomendando el cumplimiento de ciertas obligaciones positivas incluso a nivel de “cumplir” en relación a los DESC, además de obligaciones mixtas a niveles de “respetar” y “proteger” en relación al recurso efectivo y el derecho a la propiedad:

4. Proveer de inmediato a los miembros de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek bienes y servicios adecuados de agua, educación,

³⁶⁴ CIDH, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek del Pueblo Enxet c. Paraguay”, Informe N° 30/08, Fondo, Caso 12.420, 17 de julio de 2008.

asistencia sanitaria y acceso a alimentación necesaria para su subsistencia. (...)

7. Adoptar un programa de atención integral dirigido a los niños y niñas indígenas que tenga como referente principal el interés superior del niño y les asegure alimentación adecuada, acceso servicios de salud de calidad; sin discriminación y acceso a una educación acorde y respetuosa de sus tradiciones culturales. (...)

9. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana.

No es necesario explicar la presencia de los DESC en las recomendaciones del informe de la Comisión, los cuales involucran necesarias obligaciones positivas para frenar la comisión de violaciones a los derechos humanos, que inciden directamente en derechos como la vida misma, al ser transversales para su desarrollo y mantenimiento.

A pesar de ello y los esfuerzos de la Comisión, este caso será llevado ante la Corte Interamericana, conforme lo veremos en el apartado siguiente.

Por último, cabe hacer mención del caso Quishque-Tapayrihua³⁶⁵, en el cual se alega la existencia de una violación sistemática de derechos humanos por parte del Estado peruano, por incumplimiento de sus obligaciones de respetar y proteger, al dar en

³⁶⁵ CIDH, "Pobladores de Quishque-Tapayrihua c. Perú", Informe N° 62/14, Admisibilidad, Petición N° 1216-03, 24 de julio de 2014

concesión a la empresa minera Southern Perú Copper para trabajos de exploración y explotación terrenos en los que habitaba la comunidad Quishque-Tapayrihua sin consulta previa, ni mecanismos de protección y supervisión adecuados, lo que desencadenó una falta de tutela mínima, considerando que a través de los trabajos de la minera se provocaron deslizamientos de tierra, destrucción de cultivos, carreteras, viviendas y la escuela primaria de la comunidad, además de contaminar las cuencas de agua de las que dependía la comunidad, sin mayor garantía prestada por el Estado, pese a conocer de los riesgos y daños ocasionados.

Así, la Comisión en el análisis primario expuesto en el Informe de Admisibilidad caracteriza los hechos alegados indicando lo siguiente:

“(...) De ser comprobados, dichos hechos podrían caracterizar una violación de los derechos a la integridad personal, las garantías judiciales, la propiedad, protección judicial, el derecho a la libertad de religión, el derecho de circulación, y el derecho a las garantías judiciales, (...). De comprobarse que la supuesta destrucción de la escuela de Tapayrihua vulneró el ejercicio del derecho a la educación de los niños y niñas de la comunidad, dichos hechos podrían constituir violaciones de los derechos del niño, así como del derecho a la educación, (...) la Comisión analizará en la etapa de fondo, si la concesión de licencias de exploración y explotación minera y su desarrollo, violó el derecho a la consulta de éste pueblo

*indígena, (...). Además, examinará el marco jurídico existente aplicado a la concesión de las licencias y ejecución del proyecto por parte del Estado, para determinar si el mismo pudo haber discriminado a dicha comunidad, (...). Finalmente, la Comisión analizará en la medida de lo pertinente en la etapa de fondo la posible vulneración del artículo 26 de la Convención Americana en relación con la posible afectación que la comunidad tuvo en el acceso al agua como consecuencia por ejemplo, de la ejecución del proyecto de minería, recogiendo el desarrollo jurisprudencial que en el derecho internacional ha tenido el acceso al agua como un derecho humano.*³⁶⁶

Representando así, un caso en el que la Comisión analizará la comisión de presuntas violaciones a diversos DESC, incluyendo el derecho al agua en forma expresa, involucrándose diversos dispositivos de protección internacional, se tiene mucha expectativa del mismo por los derechos a ser analizados, así como la determinación de obligaciones a realizarse, juzgándose sobre obligaciones tanto positivas como negativas en los tres niveles, de respetar –*derechos propios de la comunidad así como colectivos*-, proteger –*dando un marco legal e institucional adecuado de supervisión para la concesión en pos de los derechos que pudieran ser afectados, que van desde la propiedad hasta el medio ambiente*- y cumplir –*como es en el caso del acceso a servicios básicos*-, así como determinándose sobre las

³⁶⁶ CIDH, “Pobladores de Quishque-Tapayrihua c. Perú”, Informe N° 62/14, Admisibilidad, Petición N° 1216-03, 24 de julio de 2014, párr. 35-37.

obligaciones que tendrán lugar producto de esta determinación –desde “reparar” el daño, hasta ordenar el cumplimiento de las obligaciones debidas. Sin embargo, este caso se encuentra actualmente bajo análisis, quedando al pendiente el Informe de Fondo, o si lo estima la Comisión el dejarlo en confidencialidad, esperándose entonces un Informe de Solución Amistosa o la respectiva acción ante la Corte Interamericana.

B. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH, o “I/A Court HR” por sus siglas en inglés)

En cuanto a la Corte IDH, la misma actúa tanto como órgano consultivo, como órgano contencioso, así, hemos visto que la misma no es ajena a los DESC, sobre los cuales la misma Corte ha reconocido que resultan indesligables de los derechos civiles y políticos, ya que todos aquellos derivan de la dignidad, y además “constituyen atributos irrenunciables de la persona y todos deben ser objeto de promoción, garantía y protección a nivel nacional, regional y universal”³⁶⁷, destacando asimismo, que la Corte tiene “una importante Función en la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales”³⁶⁸.

Siguiendo con algunos de los casos de los cuales hemos comentado la labor de la Comisión, veremos el criterio seguido por la Corte, en tal sentido, en el

³⁶⁷ Corte IDH, “Observaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Anexo IV, Informe Anual, 1986, OEA/Ser.L/III.15, doc. 13, p. 42, párr. 2; fuera de las críticas realizadas al criterio de la Corte sostenido en esa época, negando la subjetividad de algunos derechos no identificados por la Corte, se resalta el reconocimiento de adjudicación de los DESC por la misma, y la declaración de que los DESC resultan tan necesarios como los derechos civiles y políticos para el logro del ideal de dignidad.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 45, párr. 14

caso Yakye Axa c. Paraguay³⁶⁹, como se observó en el apartado anterior, la Comisión determina la existencia de responsabilidad del Estado, la cual será exigida asimismo en la Corte, por incumplimiento de sus obligaciones tanto negativas como positivas, y llegando a ordenar el cumplimiento de ambos focos sobre los diversos niveles de tipología para el cumplimiento de los distintos derechos violados.

Desde este caso vemos el actuar de la Corte, la misma que tal como lo vimos en su opinión consultiva sobre el Proyecto de Protocolo Adicional, tiene a los DESC y a los derechos civiles y políticos como indesligables, aunque observamos de igual manera que estila tutelarlos bajo los segundos, salvo en algunos casos en lo que respecta a la obligación de progresividad, así, el caso Yakye Axa no es ajeno a tal criterio, pues la Corte inicia examinando la denuncia a la violación del derecho a la vida por el Estado denunciado declarando lo siguiente:

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en

³⁶⁹ Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay”, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia, 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

*especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.*³⁷⁰

Bajo el argumento citado vemos que la Corte parte de las premisas establecidas en el Derecho Internacional, esto es, la transversalidad de los derechos humanos, y la necesidad y coexistencia de obligaciones tanto positivas como negativas.

En tal sentido, percibimos cómo el derecho a la vida se extiende en forma general y transversal, no quedándose en un concepto estático de “vida” como si fuera un “estado jurídico” contrario a la “muerte”, sino en su sentido dinámico, refiriéndose en este derecho a “condiciones de vida”, cuyo ideal es gozar de una “vida digna”; así, la Corte va a referirse al Protocolo Adicional sobre DESC³⁷¹, ratificado por el demandado Paraguay en su momento, para examinar y determinar si hubo o no violación del derecho a la vida. Para ello además va a fundamentar su criterio incluso en distintas Observaciones Generales³⁷² del Comité de DESC de las Naciones Unidas.

Así, luego de examinar el caso en cuestión la Corte encontrará responsable a Paraguay por la violación del derecho a la vida, al existir una violación de obligaciones negativas *–como impedir a la Comunidad la posesión de su tierra y su propio desarrollo–* como positivas *–por la falta de servicios prestados así como de la implementación de medidas legislativas y ejecutivas que garantizaran*

³⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 162.

³⁷¹ *Ibíd.*, párr. 163.

³⁷² *Ibíd.*, párr. 166, 167.

su propiedad y libre desarrollo- de los derechos discutidos.

Asimismo, si bien en el caso en cuestión también se examina en específico sobre la progresividad de los DESC, no determinándose violación en los puntos resolutivos al haberse allanado³⁷³ el Estado denunciado, la Corte no deja de lado ejercer su poder como organismo contencioso sobre Paraguay, ordenando al respecto la creación de un programa y un fondo comunitario³⁷⁴, así, el programa deberá orientarse al suministro de agua e infraestructura sanitaria para la comunidad, y el fondo, de por lo menos US\$ 950.000,00 (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), para la implementación de programas educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud para la comunidad, el cual deberá estar supervisado por un comité constituido por la parte afectada, el Estado y un tercer miembro elegido en consenso.

Seguidamente, en el caso Xákmok Kásek³⁷⁵ comentado en el apartado anterior, la Corte también sustenta un criterio similar, examinando ahora en forma más estructurada las denunciadas violaciones al derecho a la vida en dos segmentos: vida digna y fallecimientos; analizando en el primero el acceso al agua, la alimentación, salud y acceso a la educación, concluyendo lo siguiente:

“En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la

³⁷³ *Ibíd.*, párr. 204.

³⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 205, 206, 242.9

³⁷⁵ Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

*Comunidad se debe, inter alia, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física.*³⁷⁶

Así, se destaca nuevamente cómo la Corte puede y dispone de medidas positivas para el cumplimiento de las respectivas obligaciones positivas –*así como negativas en sentido de reparaciones e implementación de derechos-* violadas por el Estado, ordenando como “medidas de rehabilitación”³⁷⁷ el suministro de bienes y prestación de servicios básicos, expresando con ligero detalle algunas características que las medidas deben poseer, como periodicidad adecuada, cantidad suficiente, atención médica y psicosocial permanente, alimentación adecuada, calidad sanitaria e implementación de materiales y recursos humanos para una educación que además debe ser bilingüe como condición especial para la comunidad.

³⁷⁶ *Ibidem*, párr. 273.

³⁷⁷ *Ibidem*, párr. 300 al 306, 337.

Por último, merece citarse el caso Gonzales Lluy contra Ecuador³⁷⁸, uno de los últimos casos en los que la Corte ha examinado temas en los que los DESC tienen participación, juzgando en forma específica sobre el derecho a la salud y a la educación.

En este caso la Corte encuentra responsable al Estado ecuatoriano por violaciones a distintos derechos humanos, como los mencionados, las mismas se originan desde que, la principal afectada en el caso, Talía Gonzales Lluy es contagiada con el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) a los tres años por una transfusión de sangre a la cual no se le hicieron las pruebas serológicas debidas, situación que fue denunciada y demandada por su madre en los fueros judiciales respectivos, aunque desestimada por los mismos, y que posteriormente fue una “excusa” para retirarla del centro educativo al cual sólo pudo asistir dos meses, este último aspecto es resaltado por la Corte, ya que a pesar de haberse presentado una acción de amparo por violación al derecho a la educación, los tribunales ecuatorianos estimaron que existiendo un interés individual (de Talía Gonzales) y uno colectivo (de los demás estudiantes), debía primar el colectivo, rechazando y violentando así el derecho humano a la educación; una situación que además les generó rechazo, lo que propició que su familia tuviese que mudarse en diversas ocasiones.

En general, la sentencia del caso en cuestión resulta de especial consideración ya que es un ejemplo claro acerca de la integración de los

³⁷⁸ Corte IDH, “Caso Gonzales Lluy y otros c. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 01 de septiembre de 2015, Serie C No. 298

sistemas doméstico, regional y universal, puesto que en la misma se cita normativa propia del Estado denunciado, normativa del Sistema Interamericano como del Sistema Europeo, y normativa acotada por el Sistema Universal, bajo sus diversos organismos, que van desde la Comisión de Derechos Humanos hasta la propia Asamblea General de las Naciones Unidas.

Sin embargo, centrándonos en el aspecto de los DESC y las obligaciones positivas, la Corte va a realizar su examen teniendo especial consideración y colocando como base el marco de “características esenciales e interrelacionadas” desarrollado por el Comité de DESC, así, en cuanto al derecho a la salud, la Corte examina obligaciones que van desde la regulación y supervisión del servicio, la accesibilidad y calidad en la asistencia sanitaria, y la discriminación por cuestiones de salud; en cuanto al derecho a la educación, la Corte lo examinará en función especial a quienes conviven con VIH/Sida, declarando que tal derecho en tal condición implica además el derecho de permanecer en el sistema educativo, no ser discriminado y que se promueva inclusión social.

Por último, se resalta que la Corte no fue detallada en cuando a ordenar el cumplimiento de obligaciones con el fin de garantizar que no se cometan violaciones futuras sobre casos como el examinado, debido a que el Estado, en el tiempo transcurrido posterior a la sucesión de los hechos materia de juzgamiento, implementó diversos mecanismos legales así como estrategias y planes de acción para la protección y consideración especial de quienes padecen de VIH/Sida, situación

que fue tomada por la propia Corte y aceptada por constituir parte de las obligaciones, lo que bien resaltó.

5.4.1.5. SISTEMA DOMÉSTICO: TRIBUNALES EXTRANJEROS

A. LA CORTE SUPREMA DE CANADÁ

Si bien no vemos en la Constitución Canadiense referencia directa a lo que son los DESC –*salvo en caso del derecho a la educación, en la sección respectiva a la educación bilingüe, o derechos culturales referentes a los aborígenes*- vemos en la experiencia de sus Tribunales la presencia de los mismos en su Carta de derechos, lo que en su momento llevó a decir a Louise Arbour, ex Alta Comisionada de la Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y miembro de la Corte Suprema, lo siguiente:

“En último término, el potencial de dar a los derechos económicos, sociales y culturales el status de derechos constitucionales representa una inmensa oportunidad para afirmar nuestros valores Canadienses fundamentales, dándoles la fuerza de la ley”³⁷⁹

Un potencial cuyo desarrollo se encuentra en proceso, así, la Corte ha destacado a todo nivel la importancia de los DESC y su estado implícito – *pero “existente”*- en su Carta, llegando a declarar en el caso *Slaight Communications*³⁸⁰ que incluso los

³⁷⁹ “Ultimately, the potential to give economic, social and cultural rights the status of constitutional entitlement represents an immense opportunity to affirm our fundamental Canadian values, giving them the force of law.” (ARBOUR Louise, “Freedom from want’ – from charity to entitlement”, LaFontaine-Baldwin Lecture, Quebec – Canada, 2005. p. 7)

³⁸⁰ SUPREME COURT OF CANADA, “*Slaight Communications Inc. v. Davidson*”, Judgement, [1989] 1 SCR 1038.

árbitros privados deben respetar la Carta Canadiense a la luz de su jurisprudencia y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debiendo tomarse en lo posible instrumentos interpretativos derivados –*en el caso citado especialmente*- del Pacto Internacional de DESC; sosteniendo ello bajo la premisa de que inmersos en los esenciales valores que subyacen a una sociedad “libre y democrática” se encontraba la “dignidad” y el compromiso sujeto a la “justicia social” y la “igualdad”.

En este punto vamos a destacar un caso en especial: *Eldridge c. British Columbia*³⁸¹, este caso debe su origen a que, en 1990 existía una organización sin fines de lucro que se dedicaba a prestar el servicio de interpretación en lenguaje de señas donde vivían los demandantes, organización que, debido a una crisis económica, no pudo continuar presentando el servicio indicado, y a pesar de buscar asistencia del Estado, el Ministerio de Salud le negó apoyo a esta organización, así, los demandantes en cuestión, sordos de nacimiento, accionaron en contra del Estado alegando que al no tener intérpretes de señas podían estar expuestos a cierto riesgo de tener diagnósticos equivocados, mal entendidos, y hasta tratamientos inadecuados, lo que vulneraba su derecho a la igualdad.

El Estado, por su parte, refirió que el derecho a la igualdad no suponía la obligación de destinar recursos para proveer un servicio de interpretación de señas en centros médicos, mucho menos en caso de hospitales al no ser “gubernamentales”, sin

³⁸¹ SUPREME COURT OF CANADA, “*Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*”, Judgement, [1997] 3 SCR 624

embargo la Corte desestimó estos argumentos declarando que la igualdad supone acercar a la persona en –*valga la redundancia*– igualdad de condiciones, esto es, una persona saludable puede entender lo que le recete su médico, entonces, la obligación frente a las personas con discapacidad será el tratar en la mayor medida posible de que ellas también puedan entender lo que les recete su médico tal cual sucediera con personas “sanas”.

Por otro lado, frente a si son o no “gubernamentales”, la Corte determinó que los hospitales, al ser proveedores de servicios de salud, financiados con fondos públicos, estaban totalmente obligados al cumplimiento de la Carta, y por ende al derecho a la igualdad, situación que debe ser supervisada por el Estado.

Así, el estado tutela el derecho a la igualdad, e intrínsecamente el derecho a la salud, su acceso y el adecuado servicio de prestación del mismo, sin embargo, en esta sentencia vemos una particular decisión adoptada por la Corte, la cual resolvió en favor de los peticionarios bajo la siguiente forma:

“Una sentencia declarativa, a diferencia de una orden judicial condenatoria [que ampare mediante una obligación positiva un derecho], es el remedio apropiado debido a que hay una multiplicidad de opciones disponibles para que el gobierno pueda rectificar la inconstitucionalidad del sistema actual. No es función de esta Corte dictar cómo es que ello va a ser realizado. (...) [Resulta] apropiado suspender la efectividad de la declaración por seis meses para permitir

*al gobierno explorar sus opciones y formular una respuesta apropiada*³⁸²

Y es debido a este criterio el que hayamos consignado este caso en la presente investigación, el criterio de la Corte no será “solucionar el problema” sino “ordenar que se solucione el problema”, no sustituye al Ejecutivo en su rol, sino que lo “empuja” a realizar su labor, conduciendo su actuación, mas no actuando en lugar del mismo.

Así, la “multiplicidad de opciones” es considerada por la Corte para no dictar una sentencia condenatoria que ordene determinada obligación positiva, sino que en razonabilidad otorga un plazo para que dé “pasos al frente”, bajo la mirada y supervisión de la Corte hasta que los haya dado, y con lo que no se podría negar que ante un eventual perjuicio inminente la Corte podría actuar en forma provisional para evitar tal perjuicio por un vacío u omisión en el actuar del Estado.

B. LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

En la experiencia norteamericana los ejemplos de tutela jurisdiccional positiva a los DESC son escasos, y es que los Estados Unidos son reticentes en aceptar a nivel internacional la legislación referente a los DESC, y a nivel doméstico son determinados únicamente por su legislación, limitándose por costos y cuestiones políticas.

³⁸² “A declaration, as opposed to some kind of injunctive relief, is the appropriate remedy in this case because there are myriad options available to the government that may rectify the unconstitutionality of the current system. It is not this Court’s role to dictate how this is to be accomplished. (...) it is appropriate to suspend the effectiveness of the declaration for six months to enable the government to explore its options and formulate an appropriate response.” (Ibidem, para. 96)

Sin embargo, citaremos un caso que resultó emblemático al respecto, referido al derecho a la igualdad en conexión al derecho a la educación, y la prohibición de discriminación en su acceso y provisión, un caso que también ejemplifica una superación de las “cuestiones políticas” y de poder de la *judicial review*: el caso Brown contra la Junta Educativa³⁸³.

En el caso en cuestión se denuncia la segregación existente en las escuelas públicas que dividían a “negros” y a “blancos”, argumentándose que se violaba el derecho a la igualdad y no discriminación, a esto, los demandados argumentaban que tanto “negros” como “blancos” gozaban de educación, y por tanto no había un trato “desigual”, sin embargo, la Corte va más allá de cuestiones de cumplimiento “formal” o “mínimo” y declara:

“La segregación de los niños blancos y de color en las escuelas públicas tiene un efecto en detrimento sobre los niños de color. El impacto es mayor cuando conlleva una sanción de la ley, por la política de separación de las razas se interpreta generalmente como algo denotando la inferioridad del grupo negro. Un sentimiento de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación con la sanción de la ley, por lo tanto, tiene una tendencia a [retardar] el desarrollo educativo y mental de los niños negros y privarlos de algunos de los

³⁸³ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Brown v. Board of Education”, 347 U.S. 483 (1954)

beneficios que recibirían en un sistema escolar integrado por razas [racionalmente].”³⁸⁴

Con el criterio así expuesto, la Corte se enfrenta a un escenario político en el cual no había aceptación para tal “igualdad”, echando abajo la doctrina de “separados, pero iguales”³⁸⁵ que “gobernaba” en el medio, y la lleva a declarar que esta política era inconstitucional, teniendo un acercamiento directo al reconocimiento constitucional del derecho a la educación³⁸⁶.

Sin embargo, lo interesante continúa en lo que algunos han estimado colocar como una “segunda parte”³⁸⁷ del caso en cuestión, y es que posterior a este fallo, se extiende la pregunta de los demandados: “¿y cómo vamos a cumplir con este fallo?”

La Corte optó por declarar que debía tomarse una acción directa, manteniéndose la competencia de la Corte y remitiéndose a los Tribunales de origen como garantía de supervisión sobre las causas que conocen relacionados al caso, ello bajo la siguiente argumentación de la Corte:

“La plena aplicación de estos principios constitucionales puede requerir la solución de diversos problemas escolares locales. Las autoridades escolares tienen la responsabilidad principal de la aclaración,

³⁸⁴ “Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system” (Idem)

³⁸⁵ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896)

³⁸⁶ “[I]t is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms” (Idem)

³⁸⁷ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Brown v. Board of Education II”, 349 U.S. 294 (1955)

*evaluación y solución de estos problemas; los Tribunales tendrán que considerar si la acción de las autoridades escolares constituye una implementación de buena fe de los principios constitucionales que rigen. Debido a su proximidad a las condiciones locales y la posible necesidad de nuevas audiencias, los Tribunales que originalmente atendieron los casos pueden realizar mejor esta valoración judicial. En consecuencia, creemos que es apropiado remitir el caso a estos Tribunales.*³⁸⁸

A diferencia del último caso citado en el apartado anterior resuelto por la Corte Canadiense, para la Corte Norteamericana no hay una “suspensión” para la implementación de los derechos, sino que aquí se conduce directamente a la acción, una que tampoco es descrita o señalada por la Corte, sino una que deberá ser desarrollada por el Ejecutivo “con toda celeridad posible”, pero siempre bajo la supervisión de los Tribunales de origen.

C. CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA

Respecto a la Corte Constitucional Federal de Alemania tenemos una situación no tan explorada, ello debido a tres situaciones: una cuestión de lenguaje, una cuestión de apego doctrinario doméstico, y una cuestión de administración.

³⁸⁸ “Full implementation of these constitutional principles may require solution of varied local school problems. School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles. Because of their proximity to local conditions and the possible need for further hearings, the courts which originally heard these cases can best perform this judicial appraisal. Accordingly, we believe it appropriate to remand the cases to those courts.” (Ibídem, p. 299)

Sin embargo, la propia Corte nos ha mostrado cuál es la concepción que tiene –y que ha aportado al mundo jurídico- sobre la posibilidad y el alcance que se tendría de dar una tutela jurisdiccional positiva para los DESC, así, en 1970 realiza una de sus primeras declaraciones acerca del concepto de la separación de poderes, indicando que:

"[E]ste principio no exige una estricta separación de poderes, sino que en casos excepcionales permite que funciones legislativas puedan ser ejercidas por órganos de gobierno y administración, o actos de gobierno y administración puedan ser ejercidos por los órganos legislativos. En casos excepcionales, el principio de separación de poderes también permite que la protección legal contra actos del ejecutivo no sea proporcionada por tribunales, sino por instituciones independientes, designadas o establecidas por el parlamento y que operan en el marco del departamento ejecutivo. El punto esencial es que la razón fundamental de la separación de poderes, llámese la restricción y control recíproco del poder del Estado, todavía se cumple."³⁸⁹

Así, la separación de poderes resulta en una idea de "abstracción" sujeta al principio de razonabilidad, sobre la cual se pueden fundar excepciones que, aunque parezcan ir "de hecho"

³⁸⁹ "[T]his principle does not demand a strict separation of powers, but in exceptional cases permits legislative functions to be exercised by governmental and administrative bodies, or government and administration to be exercised by legislative bodies. In exceptional cases, the principle of separation of powers also permits legal protection against acts of the executive to be furnished not by courts, but by independent institutions, appointed or established by parliament and operating within the framework of the executive department. The essential point is that the rationale for separation of powers namely reciprocal restriction and control of state power, is still fulfilled." (BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS, "Abhörurteil", BverfGE 30, 1, Urteil 1970. [Para ver la traducción parcial al inglés y comentario: KOMMERS Donald P., "The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany", Duke University Press, 1997, ISBN 9780822318385, p. 128])

(fácticamente) en contra de la teoría, cumplen con la idea sustentada: el control del poder, pero no un control “cualquiera”, sino uno orientado al respecto de su Ley Básica, su Constitución, y del Derecho – *como tal, más que la “ley formal”*³⁹⁰.

Es importante destacar esta situación ya que, una de las objeciones a la justiciabilidad de los DESC es –*como hemos visto anteriormente*– una “supuesta” vulneración a la separación de poderes, pero cerrando este paréntesis, nos es necesario comentar el siguiente caso: el “Numerus Clausus I”³⁹¹.

En el caso en cuestión, se elevan a la Corte Constitucional dos procesos, en los cuales se discute la admisión a la carrera de medicina en las Universidades de Hamburgo y Múnich, con la finalidad de que se decida sobre la compatibilidad de las restricciones (Numerus Clausus) de admisión para universidades con la Ley Fundamental de Alemania.

Así, este “Numerus Clausus” (NC) implica una serie de requisitos de evaluación, siendo el “número clausus absoluto” un requisito referido al puntaje y que se genera en función al agotamiento de capacidad para prestar el servicio en determinada

³⁹⁰ “La tradicional sumisión del juez a la ley constituye un pilar fundamental del principio de separación de poderes y, por ende, del Estado de Derecho; sin embargo, la formulación que de este principio realiza nuestra Ley Fundamental, modifica ligeramente los términos del mismo, en el sentido de que la actividad jurisdiccional debe estar sometida a “la ley y el derecho” (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Es opinión generalizada que, de este modo, la Ley Fundamental rechaza un positivismo estricto. Esta formulación pretende mantener viva la conciencia de que, en la práctica, la ley y el derecho generalmente coinciden, pero esta mutua correspondencia no existe siempre ni necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las normas positivas impuestas por el poder público puede, en ciertos casos, existir un “derecho” que vaya más allá de las mismas; su fuente se encuentra en el ordenamiento jurídico constitucional considerado en su totalidad, y es capaz de servir como “correctivo” del derecho escrito; encontrarlo y lograr su realización por medio de resoluciones es tarea de la actividad jurisdiccional.” (BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS, “Soraya”, BVerfGE, 34, 269, Urteil 1973. [La traducción en español corresponde a: SCHWABE Jürgen, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Fundación Konrad Adenauer, México DF – México, 2009, p. 493])

³⁹¹ BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS, “Numerus Clausus I”, BVerfGE 33, 303, Urteil 1972. [Para ver la traducción parcial al español: SCHWABE Jürgen, Ob. Cit., pp. 350-357]

especialidad, es decir, en función a las vacantes existentes. A juicio de la Corte:

“Esto conduce, por tanto, a que un mayor o menor número de los aspirantes deban posponer el comienzo de los estudios deseados durante un tiempo más o menos largo. En el caso de una demanda muy fuerte y de la correspondiente larga lista de espera, esta clase de restricciones a la admisión perjudican no sólo la elección del tipo de formación, sino que pueden influir a tal grado en la elección de profesión, que la persona abandone sus intenciones originales. Los aspirantes de escasos recursos no tienen la misma posibilidad que los que cuentan con medios económicos para allanar la larga espera o intentar una formación en el extranjero.”³⁹²

Partiendo de tal criterio, la Corte realizará una examinación al derecho a la libertad de elegir una profesión, llevando en forma intrínseca el derecho a la educación y al desarrollo, e incluso al derecho a la igualdad, impulsando así a declarar a la Corte sobre la inseparabilidad de los derechos civiles y políticos y los DESC al decir que “la libertad, sin el presupuesto efectivo de poder ejercerla, carecería de valor”³⁹³

En este caso, la Corte hace una examinación exhaustiva del dispositivo (del *numerus clausus*) como una “herramienta” y de la utilización que se le da a esa “herramienta”, así, para la Corte el dispositivo del *numerus clausus* es constitucional,

³⁹² Ídem [La traducción en español corresponde a: SCHWABE Jürgen, Ob. Cit., p. 351]

³⁹³ Ídem [La traducción en español corresponde a: SCHWABE Jürgen, Ob. Cit., p. 353]

sin embargo, el uso que se emplea sobre el mismo debe tener a consideración ciertos aspectos, como ser el limitarse de manera estricta a lo indispensable habiéndose agotado toda las capacidades educativas posibles, y llevar a cabo la selección y distribución –*de vacantes*- con base a criterios justos y razonables a fin de no incurrir en alguna actitud atentatoria al derecho a la libertad de elegir una profesión. En síntesis, la Corte, partiendo de su doctrina del derecho al “nivel de vida básico mínimo” o “mínimo vital” (*Existenzminimum*), dictaminó que las Universidades deben emplear el máximo de sus recursos disponibles para propiciar la libertad de elección en la carrera de medicina³⁹⁴.

Por otro lado, la Corte también ha resaltado la importancia y conexión que se tiene con el Derecho Internacional, así en el caso 1 BvL 10/10 sobre la Ley de Beneficios para Solicitantes de Asilo³⁹⁵ se desarrolla un examen sobre la progresividad de los DESC, e incluso se hace referencia al Pacto Internacional de DESC como instrumento de interpretación.

El caso en cuestión llega a la Corte a fin de que decida si los subsidios económicos entregados a los “solicitantes de asilo” eran acorde con el derecho al mínimo vital (*Existenzminimum*), desarrollando aun más el concepto de “mínimo vital”, y declarando que:

“El reclamo del beneficio constitucional directo a la garantía de una dignificada

³⁹⁴ Los casos giran alrededor de esta carrera debido a que el “*numerus clausus*” instituido para la misma llegó a requerir como mínimo obtener el máximo puntaje de la escala valorativa alemana (“1” – *sehr gut*).

³⁹⁵ BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS, “Asylbewerberleistungsgesetz – AsylbLG”, 1 BvL 10/10, Urteil 2012, [Traducción al inglés oficial disponible en línea], Formato HTM, [Citado 06/09/2016], Disponible en: <http://www.bverfg.de/e/ls20120718_1bvl001010en.html>

existencia mínima no sólo cobren aquellos medios que son absolutamente necesarios para mantener una vida dignificada. Garantiza la entera existencia mínima como garantía amplia de los derechos fundamentales, que abarca tanto la existencia física de los seres humanos, esto es alimentos, ropa, artículos para el hogar, vivienda, calefacción, higiene y la salud, como también garantiza la posibilidad de mantener relaciones interpersonales y un grado mínimo de participación en la vida social, cultural y política, desde que un ser humano como persona existe necesariamente en el contexto social”³⁹⁶

La Corte sustentará este criterio partiendo del derecho a la dignidad (Menschenwürde) y del principio del Estado Social de Derecho (*Sozialstaatsprinzip*), y analizaría el estado y evolución de los subsidios para asilados, observando que los mismos de por sí no eran suficientes para propiciar una “vida digna mínima”, y que desde 1993 no habían aumentado, a pesar de que las condiciones y el costo de vida se habían elevado en un 30%, lo que llevó a declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones referentes a este tratamiento de la Ley de Beneficios para Solicitantes de Asilo, ordenando aprobarse nuevas disposiciones acorde al derecho a la dignidad y participación.

³⁹⁶ “The direct constitutional benefit claim to the guarantee of a dignified minimum existence does only cover those means that are absolutely necessary to maintain a dignified life. It guarantees the entire minimum existence as a comprehensive fundamental rights guarantee, that encompasses both humans’ physical existence, that is food, clothing, household items, housing, heating, hygiene and health, and guarantees the possibility to maintain interpersonal relationships and a minimal degree of participation in social, cultural and political life, since a human as a person necessarily exists in social context” (Ibidem, para. 66)

Por último, en este caso la Corte no suspende la efectividad de la resolución, pero tampoco “modifica” aquellas disposiciones de la Ley de Beneficios pertinentes, sino que establece una medida provisoria y temporal para no se perjudique a los beneficiarios de la Ley, hasta que la legislatura aprueba las medidas conforme a lo indicado por la Corte.

D. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

En el caso de Argentina, vemos que la Corte sigue un criterio que integra los sistemas de protección internacional a su sistema doméstico, algunas veces incorporando derechos humanos a derechos fundamentales, como en el caso Campodónico de Beviacqua contra el Ministerio de Salud y Acción Social³⁹⁷, en el cual la Corte Suprema Argentina confirmó una decisión apelada que ordenaba al Gobierno la continuación de provisión de medicamentos a un niño que padecía de una discapacidad, provisión que en su momento fue suspendida ya que la misma se suministró al inicio por “razones humanitarias” y no en un “deber legal” y que por tanto no existía una violación a la ley.

Así, la Corte partirá declarando el rango de las obligaciones en relación al derecho a la salud de la siguiente manera:

“Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes

³⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social, y Banco de Drogas Neoplásicas”, C. 823. XXXV. RHE, Fallo, 24 de octubre de 2000.

pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas”³⁹⁸

Citando, en tal sentido, distintos Tratados Internacionales, tanto de carácter regional como de carácter universal, como es el caso del Pacto Internacional de DESC y la Convención sobre los derechos del niño, entre otros.

Este caso importa un ejemplo de protección del principio de no regresividad de los DESC, considerando e integrando normativa del Derecho Internacional en un sentido interpretativo y vinculatorio a su Derecho Interno, así, la Corte llega a concluir que:

“(…) el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales”³⁹⁹

³⁹⁸ Ibidem, párr. 16

³⁹⁹ Ibidem, párr. 21

Para finalmente resolver que constituye una obligación el prestar este tipo de servicio dadas las circunstancias del caso, confirmándose la sentencia apelada para su debido cumplimiento.

En el caso comentado vemos en la experiencia de la Corte un criterio de acción conducida por la misma sobre cuestiones establecidas previamente, esto es, “dar efectividad a algo determinado” a diferencia de otros casos, como en los citados en las Cortes que anteriormente comentábamos en las que faltaba establecerse cómo se cumpliría determinada condición, así la Corte Argentina, teniendo un panorama en claro ordena que se siga cumpliendo con la condición establecida.

Como el mismo existen diversos casos en los que Tribunales Argentinos han realizado este tipo de control, así también vemos la posibilidad de “activismo garantista” de las Cortes sobre la ejecución de planes establecidos, al respecto podría nombrarse el caso Viceconte c. Estado y Ministerio de Salud⁴⁰⁰, en el cual un Tribunal Superior resuelve ordenar que se efectivice un plan establecido por el Ministerio de Salud para la fabricación de vacunas contra la “fiebre hemorrágica” argentina, situándose (el Tribunal) como un ente supervisor provisorio del cumplimiento de este plan, con conocimiento del Ejecutivo, y aunque este caso no haya llegado a la Corte Suprema, tiene gran significado en la efectividad de los remedios y obligaciones contraídas y establecidas.

⁴⁰⁰ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FEDERAL, “Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional, Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, Causa N° 31.777/96, Sentencia, 2 de junio de 1998.

E. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

La experiencia de la Corte Colombiana, sin dudar, es extensa, incluso respecto a los DESC, teniendo una jurisprudencia abundante que incluso podría resultar objeto de una investigación únicamente examinando sus sentencias.

Sin embargo, aunque citaremos –*en cuerpo y nota al pie*– ciertos argumentos esbozados por la Corte en distinta jurisprudencia en forma general, en el presente apartado vamos a centrarnos en ciertas sentencias que han tenido cierto alcance positivo –*de actuar*– de favor de los DESC.

Primeramente, la Corte también tiene un enfoque integralista⁴⁰¹ de los derechos fundamentales –*refiriéndonos a su interpretación y protección por normativa doméstica, regional y universal*– reconociendo como principio dinámico de los DESC el principio de progresividad⁴⁰².

En tal sentido, la Corte reconoce⁴⁰³ que de los derechos fundamentales se derivan obligaciones de índole tanto positiva como negativa, tanto para

⁴⁰¹ Puede verse la experiencia de la Corte en la resolución de diversas acciones de tutela referentes al derecho a la salud: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-760/08

⁴⁰² “Del principio de progresividad (la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta) se deriva la prohibición de regresividad (las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente). Así, el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-507/08, § 5.6.1), en el mismo sentido, y en forma complementaria: “La Constitución y los tratados de derechos humanos señalan que si bien los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata e integral, sin embargo los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación. Por ello, en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema, el mandato de progresividad no debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos. Por el contrario, el Estado colombiano tiene claros compromisos internacionales y constitucionales en relación con los derechos sociales prestacionales, como la salud. De un lado, el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de ese derecho.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-671/02, § 13)

⁴⁰³ “(...) todos los derechos fundamentales, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, implican obligaciones de carácter negativo y positivo. A diferencia de lo que solía afirmar parte de la doctrina, para la Corte no es cierto que solamente los derechos económicos, sociales y culturales tengan contenidos prestacionales; los derechos civiles y políticos también requieren de la adopción de medidas, la destinación de recursos y la creación de instituciones para hacerlos efectivos.” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-372/11, § 2.5.1)

los DESC como para los derechos civiles y políticos, observando entre ambas categorías un carácter de indivisibilidad e interdependencia.

Así, en la experiencia de la Corte ha existido una evolución⁴⁰⁴ tendiente al “integracionalismo” a que hemos hecho mención, sobre la cual en un primer lugar se hacía una diferenciación entre derechos fundamentales y derechos prestacionales, una que se acercó a un punto de no separarlos, ya que todo derecho fundamental –*como hemos indicado en el párrafo anterior*- sea DESC o no, puede requerir de obligaciones prestacionales para su debida implementación debido a la complejidad de los derechos.

Junto con ello, la Corte además desarrolla todo un marco acerca de la autonomía e independencia judicial, concluyendo en que, tal como lo indica el Derecho Interno Colombiano, sólo están sometidos al “imperio de la Ley”, lo que incluye “en primer lugar a la Constitución Política”⁴⁰⁵.

Partiendo de ambos presupuestos, y a la luz del Derecho Internacional, la Corte abandona la falsa y errona “creencia” de que los DESC son sólo derechos prestacionales, y se acoge a una postura que los considera fundamentales, y –*lógicamente*- constitucionales, declarando así que:

“(…) la inacción estatal no es constitucionalmente legítima en virtud del principio de progresividad, que ordena dar ‘pasos hacia adelante’ y prohíbe los pasos

⁴⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-235/11, § 6.1

⁴⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-037/96, párr. 2 del examen al artículo 5.

*regresivos en la cobertura y eficacia de los derechos constitucionales*⁴⁰⁶

Y agrega, por ende, lo siguiente:

*“La fundamentalidad de los derechos cuyo contenido es acentuadamente prestacional, tal como sucede con el derecho a la salud, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en implementar medidas orientadas a realizar estos derechos en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de personas colocadas en situación evidente de indefensión*⁴⁰⁷

Vemos así un claro y pleno reconocimiento a los DESC y a su justiciabilidad, ahora, ¿cómo ha tomado la Corte la tutela de obligaciones positivas?

De manera sumaria veremos algunos casos relativos, el primero tiene ocasión por “acción de tutela” instaurada por Abel Antonio Jaramillo y otros contra la Red de Solidaridad Social y otros⁴⁰⁸.

El caso en cuestión gira en torno al desplazamiento forzado de diversas personas –*que serán los accionantes en el caso*- los cuales, pese a la

⁴⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-288/12, § 68.3, *in fine*.

⁴⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-016/07, § 13

⁴⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-025/04

emergencia, no recibieron la ayuda humanitaria debida, por 1) existir trabas para su inscripción de personas desplazada, 2) aun siendo inscritos, no hubo acción –prestación, dación de ayuda- por parte de los organismos respectivos, o 3) habiéndose prestado ayuda en algún momento, se dejó la actividad de la misma por un periodo largo (entre 6 meses y 2 años).

Ante ello, la Corte dará dos tipos de órdenes, un primer tipo de “ejecución compleja” relacionado al estado inconstitucional de las cosas, y un segundo tipo de “carácter simple” para dar respuesta a peticiones concretas de los actores.

Así, centrándonos en el primer tipo de órdenes por tener un alcance colectivo, vemos que el criterio de la Corte es el siguiente:

“En cuanto a las órdenes necesarias para superar la vulneración masiva y continua de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales, la Corte declarará la existencia de un estado de cosas inconstitucional y lo comunicará a las autoridades con responsabilidades en el tema, para que adopten, dentro de la órbita de sus competencias, y en un tiempo razonable, los correctivos que sean necesarios.”⁴⁰⁹

Ordenando así –en la parte resolutive de la Sentencia- a diversos organismos estatales, la evaluación y puesta en actividad de un plan de acción para superar este “estado inconstitucional”, lo que significará, entre otros, que la Red de

⁴⁰⁹ *Ibíd*em, § 10.1

Solidaridad evalúe los casos pendientes, que el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada en un plazo de 6 meses concluya las acciones respectivas en beneficio de los desplazados, y a otros órganos el evaluar las “falencias en la capacidad institucional”; lo que representa una acción conducida, pero dentro de lo políticamente determinado⁴¹⁰, puesto que estos programas ya habían sido trazados “en papel”, e incluso se había avanzado con la evaluación e inscripción de diversos desplazados, en otras palabras, sólo hacía falta “efectivizar” los mandatos, ya reconocidos en algunos casos incluso a nivel individual.

Criterio similar al esbozado se observa en la sentencia que resuelve la acción de tutela del Cabildo Mayor Indígena del Cañón del Río Pepitas contra la Alcaldía Municipal de Dagua y otros⁴¹¹, en el cual se discuten derechos fundamentales de comunidades indígenas y otros DESC debido a una falta de solución a la situación de resguardo a la comunidad, debido a una “ola invernal” que tuvo impactos negativos sobre la comunidad, dejándolos a desprotección.

En el caso de la comunidad, la Corte ampara su petición, resolviendo establecer un marco de diálogo entre la comunidad, la Alcaldía y otros organismos competentes, a fin de establecer una solución conforme los lineamientos establecidos de la Corte, una orden sustentada en lineamientos – *nuevamente*- que recibieron “concreción política”.

⁴¹⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-288/12, § 68.3, párr. 3; Sentencia T-760/08

⁴¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-235/11

En otros casos referentes a derechos fundamentales de comunidades indígenas, la Corte también ha ordenado iniciar procedimientos de consulta previa y también ha manejado un criterio de exhortar⁴¹² a organismos para que ajusten su actitud a los lineamientos establecidos por la misma. Por otro lado la Corte también ha desarrollado un criterio de acción conducente, así por ejemplo en casos de derechos colectivos vinculados a derechos fundamentales, como ser la casuística sobre derechos de saneamiento, alcantarillado e incluso salubridad, vinculados a DESC fundamentales tales como a la vivienda digna, a la salud, entre otros, la Corte ha ordenado el cumplimiento de medidas, tanto a entidades públicas como privadas⁴¹³, encargando la supervisión⁴¹⁴ a diversos entes según correspondía y sustentaba.

Otro caso interesante, en el que la Corte resuelve expedir una orden de acción directamente prestacional, se da sobre la acción de tutela del Pueblo Regional Bolívar contra el Municipio de San Jacinto y otros⁴¹⁵.

El caso se presenta debido a que, en su momento los pobladores de Las Palmas (Bolívar) fueron desplazados por el conflicto armado, y al retornar – *alrededor de 15 años*- no se restauraron ciertas condiciones necesarias para habitar, así, el caso no versa sobre la vivienda o el agua, sino sobre la

⁴¹² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-379/14

⁴¹³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-573/13, asimismo, ver las sentencias citadas en la nota al pie siguiente.

⁴¹⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-197/14, *en la cual se encarga la supervisión del cumplimiento de lo ordenado al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué*; Sentencia T-661/12, *en la cual se encarga la supervisión a la Corporación Autónoma Regional del Tolima*; Sentencia T-707/12, *en la cual se encarga la supervisión y fiscalización a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Defensoría del Pueblo*.

⁴¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-579/15

salud, ya que en el corregimiento de Las Palmas se remodela el puesto de salud, sin proveerlo de medicamentos, instrumental y médicos, sólo existiendo una enfermera que prestaba servicios sólo los miércoles y jueves.

La Corte estima procedente la acción de tutela por 1) existir una vinculación de derechos colectivos – *salubridad, retorno, vida en comunidad*- a derechos fundamentales –*salud, integridad y dignidad*-, 2) existir certeza de la inacción del Estado para tutelar el derecho a la salud –*al encontrarse niños, personas de tercera edad, y en general, víctimas de la violencia (población vulnerable)*- y 3) sumado a lo anterior, por existir urgencia en la tutela y no tenerse otra vía idónea para garantía de los derechos discutidos.

Así, la Corte examina el caso en cuestión, sustentando la misma y la orden expedida en el marco de los principios del derecho a la salud, que a juicio de la Corte involucran⁴¹⁶:

- (i) *universalidad, que implica la obligación del Estado de crear condiciones de asistencia y servicios médicos para asegurar la efectividad del derecho;*
- (ii) *continuidad, lo cual involucra la prestación eficiente del servicio de salud, que una vez iniciado no pueda ser interrumpido o suspendido injustificadamente. (...);*
- (iii) *oportunidad, que pretende eliminar barreras en la atención de salud, que no se trate exclusivamente de las prestaciones que se*

⁴¹⁶ *Ibíd*em, párr. 4.4

requieran con necesidad, sino de todo aquello que pueda prevenir, curar, tratar o rehabilitar la salud.

En tal sentido, observando que en el caso citado, si bien existía un puesto de salud, no se cumplía con las condiciones mínimas para que las personas pudiesen acceder al servicio de salud, no existía continuidad ni oportunidad para el mismo al no existir implementación de recursos humanos y materiales; por lo que luego de examinar las condiciones existentes, la Corte resuelve ordenar a los organismos respectivos nombrar a un médico general y personal de enfermería y odontología, con el fin de que se cumplan con los principios del derecho a la salud en atención permanente en forma inmediata, situación que deberá ser examinada y reajustada de ser el caso por el Ministerio de Salud, asimismo, se ordena a diversas entidades el establecimiento de un plan de salud, encargándose finalmente, la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las medidas a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo regional Bolívar.

En este último caso vemos un criterio más complejo y de tutela positiva y colectiva, un criterio que consideramos acertado –*de mediar argumentación correcta*- y que será examinado con mayor detenimiento en el sexto subcapítulo de la presente investigación, sobre la razonabilidad.

F. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA

Este Tribunal ha tenido una extensa carrera y desarrollo sobre los DESC, sosteniendo criterios

tanto de toma de acciones⁴¹⁷, como dialoguistas⁴¹⁸, superando incluso aquella condición de “tranquilidad”⁴¹⁹ al existir un “mínimo esencial” en pos del principio de progresividad.

Sin embargo, en el presente vamos a recordar y centraremos únicamente en el ya citado caso Grootboom⁴²⁰, un caso precursor en la jurisprudencia de la Corte referente a los DESC.

El caso Grootboom tiene lugar en un espacio en el que se intentaban superar las prácticas y efectos nocivos dejados por el apartheid, una política que discriminó y segregó a los pobladores africanos de su propia tierra, propiciando una serie de medidas, como el “influx control”, que buscaban conducir los movimientos migratorios al antojo de los poderes imperantes, la cual tuvo un efecto directo que provocó una “aguda escasez de vivienda”.

Así, sobre un panorama en el que no existía igualdad, las oportunidades existentes se daban sólo a ciertos grupos de personas, y luego, a pesar de los intentos de superar este escenario, se tornó uno donde aparentemente no había más “lugar”, no existían las condiciones propicias para poder adquirir una vivienda a bajo costo, habían largas colas de turnos para tratar de alcanzar ello.

Es en ese escenario y en ese “esperar”, que la familia de Irene Grootboom y otras, habiéndose

⁴¹⁷ Cfr. CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, "Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (2)", CCT8/02, [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033, 5 July 2002

⁴¹⁸ Cfr. CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, "Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others", CCT 24/07, [2008] ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC); 2008 (5) BCLR 475 (CC), 19 February 2008

⁴¹⁹ En relación a este punto existe un caso curioso pendiente de resolver, en el que, a pesar de existir las condiciones mínimas de derechos socioeconómicos discutidos, se demanda la falta de “mejoras”, se trata del caso: THE SOUTH AFRICAN JUDICIARY, "Florence Mahlangu vs Minister of Social Development et al.", Case Nº 025754/05, High Court of South Africa, Transvaal Provincial Division.

⁴²⁰ CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, "Grootboom and others v. Government of the Republic of South Africa", Ob. Cit.

instalado en un asentamiento informal con materiales inadecuados y sin tener servicios básicos, fueron desalojadas, situación que motivó a estas familias a solicitar a su gobierno un lugar dónde vivir con las condiciones de subsistencia mínimas hasta que pudieran obtener una vivienda estable.

Así, la Corte Suprema de Cape Hope encontró que debían tutelarse los derechos de Grootboom y otros, ordenando al Estado la entrega de “carpas, baños químicos y una provisión de agua”, fallo que fue cuestionado por el gobierno, quien posteriormente ofreció un acuerdo a los pobladores, que aunque aceptado, fue incumplido por el propio gobierno.

Es así que por la impugnación del gobierno la controversia llega a la Corte Constitucional de Sudáfrica, la cual aprovechará el caso para describir las condiciones que reviste y constituye el derecho a la vivienda.

Para ello, la Corte interpretará su Constitución a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, empleando un criterio integrador de las normas relativas al derecho a la vivienda, así como otras relevantes al mismo, considerando la transversalidad de los DESC.

Sin embargo, los aspectos que vamos a considerar del caso Grootboom no son referidos a un análisis de la Carta Constitucional Sudafricana o a las obligaciones mínimas dictadas por el Derecho Internacional –*estas últimas, las cuales hemos visto anteriormente*- sino al “cómo” aplicó tales aspectos la Corte al caso específico.

Así, como hemos mencionado en una anterior ocasión, la Corte hace una diferenciación entre dos grupos de personas en relación al derecho a la vivienda.

Frente a quienes pueden afrontar el pago de una vivienda, aun una de condiciones muy básicas, la Corte expresa:

“Para quienes pueden afrontar el pago por una vivienda adecuada, la obligación primaria del Estado reside en desbloquear el sistema, facilitando el acceso a la vivienda y un marco legislativo que facilite la construcción propia de viviendas a través de leyes de planificación y el acceso a planes de financiación.”⁴²¹

Por otro lado, frente a quienes no pueden afrontarlo, la Corte va a tener especial consideración de las obligaciones generales que imponen los DESC, esto es, la consecución y adopción legislativa, así como toma de medidas razonables, la realización progresiva de los derechos, y el impulso conforme a los recursos disponibles; así, en relación al grupo en cuestión y las medidas razonables a adoptarse, la Corte indica:

“La Constitución asigna poderes y funciones entre las diferentes esferas enfatizando su obligación de cooperar entre ellas para llevar acabo sus obligaciones constitucionales. (...) Un programa razonable entonces debe

⁴²¹ “For those who can afford to pay for adequate housing, the state’s primary obligation lies in unlocking the system, providing access to housing stock and a legislative framework to facilitate self-built houses through planning laws and access to finance.” (CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, “Grootboom and others v. Government of the Republic of South Africa”, Ob. Cit., para. 36)

*asignar de manera clara las responsabilidades y obligaciones a las diferentes esferas del gobierno y asegurar la disponibilidad de recursos financieros y humanos apropiados*⁴²²

*“Las medidas legislativas por sí mismas no implican el cumplimiento de las obligaciones constitucionales. La mera legislación no es suficiente. El Estado está obligado a actuar y alcanzar los resultados esperados, y las medidas legislativas deben invariablemente estar respaldadas por apropiadas, y bien dirigidas políticas y programas, implementados por el Ejecutivo. (...) El programa además debe ser implementado razonablemente*⁴²³

*“El programa debe ser balanceado y flexible, haciendo una apropiada provisión para la atención a la crisis de vivienda en términos de necesidades a corto, mediano y largo plazo. (...) Las condiciones no permanecen estáticas y debido a ello el programa requiere una revisión continua.”*⁴²⁴

La Corte en este punto, habla de la concretización de las “medidas razonables a adoptarse” describiendo las características mínimas que deben tener las mismas, en tal sentido, conforme al

⁴²² “The Constitution allocates powers and functions amongst these different spheres emphasising their obligation to co-operate with one another in carrying out their constitutional tasks. (...) A reasonable programme therefore must clearly allocate responsibilities and tasks to the different spheres of government and ensure that the appropriate financial and human resources are available.” (Ibidem, para. 39)

⁴²³ “Legislative measures by themselves are not likely to constitute constitutional compliance. Mere legislation is not enough. The state is obliged to act to achieve the intended result, and the legislative measures will invariably have to be supported by appropriate, well-directed policies and programmes implemented by the executive. (...) The programme must also be reasonably implemented.” (Ibidem, para. 42)

⁴²⁴ “The programme must be balanced and flexible and make appropriate provision for attention to housing crises and to short, medium and long term needs. Conditions do not remain static and therefore the programme will require continuous review.” (Ibidem, para. 43)

razonamiento de la Corte, el Estado se encuentra obligado en relación a la situación de vivienda a plantear medidas tanto legislativas como ejecutivas, no asignándose a una sola entidad la responsabilidad entera de la satisfacción de este derecho, pues siendo los DESC transversales, su logro también implica tal característica, así, debe existir una cooperación y coordinación entre las diversas entidades u órganos del Estado –*en los diversos niveles, tanto a nivel nacional como local*– con el fin de que se logre el derecho en cuestión, por último, este plan de acción requiere el establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo, que en todo su desarrollo deben estar en constante revisión.

Todo este razonamiento se alza sobre la base de la razonabilidad –*además de teniendo todo actuar como cimiento a la “no discriminación”*–, principio que, tal como lo indica la propia Corte en el fallo comentado, debe ser tomado de acuerdo al orden constitucional y a su contexto, como en el caso Grootboom, el cual reviste especial particularidad debido a las condiciones socioeconómicas propias de los demandantes, y a la luz de los principios y derechos a la dignidad, libertad e igualdad, acercando las condiciones de todos a un estatus de mejora progresiva, incluyendo a los más vulnerables, en ese sentido “si las medidas, aunque [parezcan] estadísticamente exitosas, fallan al responder a las necesidades de los más afectados, tales no pueden pasar la prueba [de razonabilidad]”⁴²⁵.

⁴²⁵ “If the measures, though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test.” (Ibidem, para. 44 *in fine*)

Finalmente, y posterior a la examinación específica del derecho a la vivienda y las condiciones existentes, la Corte concluirá⁴²⁶ en que si bien a través de los artículos de los cuales se exigió su cumplimiento, que versan sobre el derecho a una vivienda adecuada, implican obligaciones positivas para con el Estado, no otorgan a los ciudadanos el derecho “a reclamar refugio o vivienda inmediatamente”, sino que obligan al Estado –y esto si implica exigibilidad- a “diseñar e implementar un programa coherente y coordinado” conforme las características mínimas desarrolladas por la Corte, así, el Estado debe propiciar y facilitar condiciones que permitan que los ciudadanos “puedan acceder a la tierra sobre una base de equidad”.

En tal sentido, la Corte expedirá una sentencia declarativa, ordenando al Estado el pronto diseño, implementación y financiamiento del programa descrito por la misma Corte, declarando además que la Comisión de Derechos Humanos tiene legitimidad para supervisar el cumplimiento de lo declarado y establecido por la sentencia.

G. LA CORTE SUPREMA DE LA INDIA

Si bien en el apartado anterior hemos podido observar un caso ejemplar sobre la justiciabilidad de los DESC, en el que pueden verse y estudiar en forma concreta el razonamiento de la Corte Sudafricana, en el caso de la Corte Suprema de la India, observaremos sólo un caso con el cual finalizaremos esta sección referente a la justiciabilidad de los DESC a nivel de Cortes

⁴²⁶ Vid. *Ibidem*, para. 93-96.

domésticas, en el que el “poder” de la Corte se extiende en cierta manera de una forma más “específica” sobre la acción que debe seguir o tomar el Estado conforme a sus obligaciones.

Se trata de un caso de alimentos llevado a cabo ante la Corte y teniendo como partes a “People Union Civil Liberties (PUCL) contra la Unión de la India y otros”⁴²⁷.

El contexto y los hechos del caso se pueden resumir fácilmente: a pesar de tener excedentes de cereales conservados para periodos de hambruna en el Estado de Rajastán, personas murieron por inanición y hambre; el Estado, a pesar de tener recursos disponibles, no respondió frente a esta situación.

La Corte resaltaré esta paradójica situación, y el análisis de las normas a aplicarse –*cuyo cumplimiento se demanda y cuya vulneración se observa*– indicando lo siguiente:

“Un montón de comida está disponible, pero la distribución de la misma entre los más pobres y los desposeídos es escasa e inexistente, lo que conduce a la mal-nutrición, el hambre y otros problemas relativos. (...) La prevención de lo mismo es una de las principales responsabilidades del Gobierno – sea Central o del Estado. Los meros esquemas sin una implementación no son de utilidad. Lo que es importante es que la comida deba llegar a los hambrientos.”⁴²⁸

⁴²⁷ SUPREME COURT OF INDIA, “People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & Others”, in the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) Nº 196/2001, Judgment of 2 May 2003.

⁴²⁸ “Plenty of food is available, but distribution of the same amongst the very poor and the destitute is scarce and non-existing leading to mal-nutrition, starvation and other related problems. (...) The prevention of the same is

Así es como la Corte destaca el problema de la efectividad de las normas, además de que se pudiera o no realizar una crítica de las mismas, resaltándose un problema de fenomenología del Derecho.

Para resumir⁴²⁹ la Corte destaca y falla ordenando el cumplimiento de 6 mandatos: 1) Implementar el Código de Hambruna (dispositivo para el caso) por tres meses; 2) garantizar la asignación de cereales en el plan de alimento por trabajo y aumentar la asistencia financiera para los planes; 3) que las tiendas autorizadas para el expendio de raciones se mantengan abiertas y provean los cereales a las familias bajo la línea de pobreza al precio establecido; 4) publicitar los derechos a los cereales de las familias bajo la línea de pobreza; 5) que a todos las personas sin medios de soporte (personas de edad avanzada, viudas y adultos con discapacidad) les sea garantizada una tarjeta de raciones Antyodaya Anna Yozana para cereal gratuito; y 6) que los gobiernos estatales implementen progresivamente el plan de refrigerios en las escuelas.

Este fallo resulta de especial atención pues a diferencia de los casos anteriores resueltos por otras Cortes, la Corte Suprema de la India, si bien también emplea un criterio de acción conducente, va más allá de aspectos declarativos o de condena que impliquen que “debe hacerse una estrategia de acción”, sino que esta Corte dice “debe aplicarse una estrategia mínimamente de las siguientes características”. Y es que como hemos visto, la

one of the prime responsibilities of the Government-whether Central or the State. Mere schemes without any implementation are of no use. What is important is that the food must reach the hungry.”

⁴²⁹ Cfr. DE SCHUTTER Olivier, “International Human Rights Law”, Ob. Cit., p. 845, 846.

Corte resalta aquella paradoja entre “existe alimento almacenado para hambruna” y “existiendo la hambruna”, no llega a utilizarse tal alimento, así, los actores a pesar de haber intentado recurrir al Ejecutivo para la puesta en aplicación de Código de Hambruna, no encontraron la garantía del Derecho, su efectividad, que sí logró tener lugar en la Corte Suprema, ordenando no un “establézcase un plan para frenar la hambruna”, sino una tutela más “directa” dada la urgencia que apremiaba y considerando las alternativas existentes en la propia política de la India –*a pesar de que algunas estaban por “desaparecer” tal como iba a suceder con el programa refrigerios escolares.*

Y esta decisión, será el comienzo de una “revolución” de los DESC en la India, y su toma como los realmente derechos subjetivos que son.

Así, este programa de alimentos será el inicio, a la fecha, la Corte ha venido resolviendo sobre el mismo caso cuestiones referidas a los DESC, constituyéndose y afianzando ocho planes de alimentación y seguridad social, considerando niños, escolares, embarazadas, madres adolescentes, el subsidio de cereales, pensiones para los mayores, empleo rural, entre otros.

Respecto a este caso, el maestro De Schutter⁴³⁰ describe una lista de factores particulares que envolvieron al mismo, la cual sintetizamos a continuación:

⁴³⁰ DE SCHUTTER Olivier, “The ‘Right to food’ case before the Supreme Court of India”, part of section 7, sub-section 2: The justiciability of social rights, on Louv2.01x International Human Rights [Louvain online course], Université catholique de Louvain, edX, March, 2014.

1. El Poder Judicial es una autoridad muy respetada por su independencia e imparcialidad en la India.
2. La figura del “interés público” para el litigio de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) ha permitido denunciar en pos de personas no identificadas y sin requerir mayor formalidad.
3. El derecho a la alimentación ya venía gozando de una serie de protección por diversos planes establecidos, lo que hizo más “fácil” a la Corte el intervenir, transformando estos “planes” en derechos subjetivos y “constitucionalizándolos”.
4. La Corte podría garantizar un seguimiento y monitoreo adecuado de las causas a través del organismo de su Comisión.
5. Las organizaciones de la sociedad civil prestaron su apoyo realizando una extensa “campaña para el derecho a la alimentación”, prestando asentimiento y apoyo en la Corte para su decisión.
6. La Corte podría haber buscado la inspiración en los logros de los Estados de la Unión de la India (Federación) los cuales eran más progresistas, para así contagiar ese “ánimo”; así, la Federación habría facilitado la labor de la Corte.

La pregunta ahora sometida a debate es ¿qué tan decisivos e “imprescindibles” son estos factores?

Para comentar los mismos podríamos realizar una clasificación *a priori* de los mismos, así, tendríamos

a) factores institucionales (puntos 1 y 4), b) factores político-jurídicos (puntos 2 y 3), c) factores sociales (puntos 5 y 6); empezaremos de atrás hacia adelante.

Empero, como un paréntesis, vamos a decir que la respuesta a dar es “altamente debatible” y no es nuestra intención cerrar al lector en nuestra postura.

En primer lugar, los factores sociales son aspectos a destacar, los puntos 5 y 6 reflejan un apoyo social en el cual la Corte se podía sostener, desde la misma sociedad civil e incluso a la Federación India; creemos que estos factores son importantes y tienen un punto de influencia y sostén para la Corte, sin embargo no son decisivos, los derechos fundamentales no dependen de su aceptación o no por parte de la sociedad, pensemos en el caso de los derechos de las minorías.

Seguidamente, en caso de los factores político-jurídicos, los tales se tornan en herramientas que permiten mayor “facilidad” para realizar la labor de la Corte, ¿pero hasta qué punto se hacen necesarias?

En el caso del punto 3, sobre la existencia de planes políticos previos, los mismos constituyen “alternativas aceptadas” –*en su momento*- por parte del Estado, lo que tornaría su aceptación por parte del Gobierno más “fácil” –*como un “bueno, ya lo hicimos antes”*- al existir menos “controversia” en su posibilidad, sin embargo, a pesar de que este punto es importante y es un argumento en el cual sostenerse, no es “imprescindible” pues debemos recordar el rol de subsidiariedad de las Cortes,

mediante este principio las Cortes actúan “llenando esos vacíos” –o espacios “mal llenados”- que debieron ser “cubiertos” por los otros organismos del Estado, así, si bien los principales y primeros obligados al cumplimiento e implementación de los derechos humanos son los Poderes Ejecutivo y Legislativo, es el Judicial –y/o *órgano de control constitucional*- quien debe garantizar que los otros organismos cumplan con sus labores – *determinando responsabilidad en su caso*. Así, la Corte tiene un rol a pesar –y con mayor razón- de que exista o no una regulación para implementar un derecho humano determinado.

Por otro lado, en el caso de punto 2, referido a la forma y posibilidad de que las ONG tengan legitimidad activa en pos de intereses públicos sin mayor formalidad requerida, esta herramienta tiene una especial y hasta fundamental importancia desde aspectos jurídicos como sociales; así, jurídicamente, brindar legitimidad en forma difusa en pos de intereses públicos, amplía la posibilidad de protección de derechos así como su mejora e implementación –a pesar de consignarse en un escenario “subsidiario”-, asimismo, posibilita evitar aquellos argumentos falaces que se destinan a cuestionar la legitimidad del actor que exige un derecho en lugar de cuestionar al derecho –o las condiciones del mismo- en sí, lo que en caso de los derechos fundamentales y/o humanos, es de vital importancia. De otro extremo, socialmente, esta herramienta resulta de gran apoyo, ya que muchas personas, a pesar de ver de cerca incluso desde una posición de víctimas o afectados, no pueden hacer ejercicio de su derecho al recurso efectivo, no por aspectos “legales”, sino por aspectos sociales,

que pueden afectar su vida pública, laboral, entre otros, dada la asimetría de poder entre el ciudadano y el Estado, lo que en muchas oportunidades ocasiona cierto temor a reclamar, inhibiéndolas y quedando sin el poder real de poder exigir el cumplimiento de lo que les es inherente como personas.

Así, estos factores político-jurídicos pueden llegar a ser fundamentales para llegar a este nivel de justiciabilidad de derechos, sobre todo en el caso de los factores jurídicos, sin embargo, no llegan a ser “decisivos” ni “imprescindibles” para tener un fallo que tutele jurisdiccionalmente en forma positiva DESC.

Por último, tenemos los factores institucionales, aquí nuevamente tenemos una diferenciación de niveles de “importancia”, primeramente, el punto 4 implica el establecimiento de un órgano de monitoreo sobre las causas llevadas por la Corte, este aspecto también se torna en cierto punto en fundamental, pues posibilita la observación de la efectividad o no de las decisiones ordenadas por la Corte, reduciendo las barreras burocráticas comunes que se observan al, por ejemplo, exigir una y otra vez el cumplimiento de las ordenes de la Corte, que en muchas ocasiones y en diversos países son incumplidas cuando afectan al Gobierno. Por otro lado, el punto 1, sobre la independencia e imparcialidad, este punto es vital y decisivo, para un Juez la inexistencia de una norma jurídica no puede ser una justificación para no resolver, pues parte de su rol es “llenar vacíos”, para un Juez la aceptación por parte de la opinión pública de un criterio a tomar es importante y fuente

de soporte para su misma efectividad, pero no siempre imprescindible, sino sería muy complicado el tutelar los derechos de las minorías, sin embargo, un Juez sometido a otro organismo o entidad, sea fáctico –a algún poder de hecho- o jurídico –a otro ente, sea institucionalmente superior o de igual jerarquía- no podrá “juzgar”, sino sólo será un “comunicador” de otro, en tal sentido, la falta de independencia judicial incluso podría significar la inexistencia del propio Juez, pues este se presentaría sólo como “un dependiente más”, en lugar de un actor garante de los derechos.

Sin embargo, sobre éste último punto hay que declarar algo que comentaremos en la siguiente sección, la Corte India se maneja sobre un sistema de *Common Law*, el observándolo –sin un mayor análisis- ha propiciado en los jueces un rol más “activista” que en el caso de los jueces bajo sistema *Civil Law*, como es el caso de los jueces peruanos. A esto, ¿Es el *Common Law* “indispensable” para llegar a este grado de justiciabilidad? ¿O sólo basta con “independencia jurisdiccional”? De esto nos ocuparemos, como hemos indicado, en la siguiente sección.

5.4.2. JUSTICIABILIDAD POSITIVA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO

En este apartado vamos a observar la posibilidad normativa así como la experiencia inicial que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico peruano, en relación a los DESC.

En el presente no pretendemos analizar teorías jurídicas, principios o instituciones anteriormente ya comentadas, de las que, a pesar que vayamos a mencionarlas necesariamente, no se ahondará en las mismas, sino que

trataremos de incidir en los aspectos aplicativos y aquellos que inciden en el contexto normativo peruano, especialmente partiendo de una vista desde la Constitución peruana.

Los cuestionamientos que darán “a luz” el desarrollo de este punto son aquellos ya planteados anteriormente, ¿los DESC son posibles de una tutela jurisdiccional positiva?

Hasta este punto hemos visto que los DESC son objeto de tutela internacional y constitucional, lo hemos percibido en la construcción teórico-filosófica, así como normativa y en la jurisprudencia (y cuasi-jurisprudencia) internacional, tanto en niveles universal, regional como domésticos, percibiéndose que tal construcción “teórica” es posible de hacerse práctica.

Sin embargo, no en todas las Cortes se ha podido propiciar una tutela positiva, e incluso entre las Cortes que se ha podido dar, esta se ha realizado de diversas maneras, sea en formas de acción conducida, de diálogo o mediación, o incluso en forma declarativa.

Es entonces que apremia analizar el campo doméstico peruano –*sin perjuicio de la jurisdicción supranacional, que no es tema propiamente de análisis en el presente apartado*–, y comentar si es o no posible aquí que se dé una tutela jurisdiccional positiva, y en qué casos o de qué modo podría darse –*hablamos de potencialidad*.

a) Cuestiones Sustantivas

Para cumplir con los fines expuestos, iremos de lo “más” a lo “menos”, así, en primer lugar, debemos ver la existencia o no de los DESC como derechos fundamentales, es decir, derechos constitucionales.

Para ello, debemos recurrir a observar qué indica la Constitución en lo referente a los derechos fundamentales, al valor de los Tratados, y sobre todo, qué

se indica sobre los Tratados que versan sobre derechos humanos.

El primer artículo de la Constitución es esencial en este sentido, el mismo indica:

“Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

De este artículo parte el direccionamiento que deben tener las normas, es decir, toda norma o actuación, sea la finalidad o propósito que tenga y que la “fundamente”, su fin ulterior y su sustento primario –*aunque no sea expresado en forma explícita*- debe ser “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad”.

Esto implica un escenario de garantías, una orientación hacia la protección de la persona como tal, el defender al ser humano de los actos de otro ser humano, en esto se destaca la necesidad de actuación, pues la norma constitucional habla de “defensa”, no dice “la no agresión contra la persona”, es decir, implica acción.

Por otro lado, el dispositivo habla del “respeto de su dignidad”, frente a esto, ¿se estará hablando de un “no hacer” o de un “hacer”? Alguno podría alegar que “respetar” significa “no entrometerse”, lo que sería traducido en obligaciones de “no hacer” –o *no interferir*-, sin embargo, esta postura es errada, ante ello es necesario comprender la dimensión a la cual está proyectada la dignidad, cuestionémonos, ¿se puede proteger algo que no se tiene? ¿Hacia dónde está proyectada la dignidad?

Pongamos un ejemplo para la comprensión de las preguntas que planteamos, si uno fuera pobre, desvalido, y con una salud deplorable, aun teniendo esas

condiciones, la doctrina en su conjunto diría “aun con tales condiciones esa persona goza de dignidad”, ¿qué se protegería de aquella persona? ¿Por protección deberíamos entender que debemos dejar a esa persona seguir en esas condiciones porque ya tiene dignidad, y la mantiene?

Para Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio, la protección a la dignidad no es solo respetar las condiciones actuales de una persona, sino que:

“(…) el respeto a la dignidad humana, es una obligación más amplia, pues podría decirse que abarca lo anterior -la protección para las personas-, aludiendo además a su libertad plena o real, a su desarrollo, a su realización conforme a sus planes de vida.”⁴³¹

Hemos tomado esta concepción sobre “el respeto a su dignidad” pues encuadra con nuestra postura argumentada en el capítulo inicial de nuestra investigación.

Ciertamente la protección de la dignidad involucra la protección de aquellas condiciones que se tienen y también de aquellas que incluso no se tienen. Ello pues la dignidad no se proyecta a lo existente en la persona, sino a la potencialidad de la persona, es decir en lo que podría llegar a ser un ser humano, no enfocándose en determinada persona, sino en general como quien habla de una figura, ya que diríamos “esta persona por cuestiones físicas no podría”.

Así, el respeto se dirige a respetar y propiciar esa potencialidad, a pesar de que puedan existir condiciones objetivas, sean físicas o mentales, que reduzcan esa

⁴³¹ GUTIÉRREZ CAMACHO Walter y SOSA SACIO Juan Manuel, “Dignidad de la persona”, en La Constitución Comentada, Tomo I, 2ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2013, ISBN 9786123110055, p. 26

“potencialidad” en determinados e individuales casos, pues más aún en tales casos se debe realizar un esfuerzo mayor *–para poder equiparar así las condiciones y capacidad de las personas, aunque tengan alguna discapacidad.* Entonces, el “respeto” actuará como una garantía de libertad, para que esa persona pueda actuar, se le permita actuar, ese “permitir”, esa “libertad”, no puede ser desligada de la capacidad de la persona.

Así, para propiciar esa “libertad” en la cual la persona se va a desarrollar, encontramos un listado de derechos fundamentales en el artículo segundo de la Constitución, un listado que ejemplifica algunas de las condiciones necesarias para poder “respetar esa potencialidad”, esa “libertad” y “desarrollo”, y decimos “algunas”, pues como lo indica el tercer artículo:

“Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

Esta norma se conoce como el “númerus apertus”, dejando “abierta” la lista de derechos fundamentales, y situando diversas fuentes para la consideración de otros derechos, entre ellos el principal y más amplio: “que se fundan en la dignidad”.

Respecto a los DESC, podemos percibir algunos en forma expresa en la Constitución, como la cultural, el trabajo, o el medio ambiente, sin embargo, no percibimos varios tales como la alimentación o la vivienda.

Algunos políticos han intentado aprovechar esta situación para plantear modificaciones al texto Constitucional, el

“argumento” usual que empleaban era “estos derechos deben estar en el texto Constitucional para que sean exigibles”, una falacia en virtud del artículo tercero

Si bien no percibimos muchos DESC en forma expresa, debemos recordar que la dignidad contiene en forma inmersa diversos derechos vinculados al derecho al desarrollo y también al bienestar, así, podemos encontrar en la dignidad, diversos derechos, ya que no es necesario que un derecho humano se encuentre “escrito” para su reconocimiento⁴³², sino que resulta en algo inherente a la persona.

Ante ello, tales aspectos que sí han sido tomados en forma expresa por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¿Pero cómo llegamos a esa vinculación? El artículo 55 de la Constitución indica lo siguiente:

Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Mediante esta disposición percibimos que el ordenamiento peruano se rige por sistemas de recepción inmediata e integración normativa, esto es, la vigencia de los tratados en el Derecho Interno sin mayor trámite, así como la unidad e incorporación del Tratado al Derecho Interno como si fuera una norma jurídica interna adicional, considerándose así a los Tratados como “fuente

⁴³² En el caso específico del derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudir primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho. (STC N° 06534-2006-PA/TC, F.J. 17)

normativa”⁴³³ y por ende “plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos”⁴³⁴.

Por otro lado, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución complementa y ratifica los artículos anteriormente señalados al decir:

“Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Esta disposición es de especial trascendencia, ya que suple los vacíos normativos e interpretativos que puedan darse mediante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aceptado por el Perú, lo que incluso podría interpretarse que da un sentido vinculante a la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque ello es aún bastante discutible.

A esto, debe quedar en claro que esta disposición no implica que los organismos internos puedan interpretar instrumentos internacionales a “discreción”, sino también importa el respeto de los pronunciamientos realizados por organismos internacionales.

El Tribunal Constitucional peruano ya lo habría dicho interpretando la disposición citada de la siguiente manera:

“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados

⁴³³ STC N° 00047-2004-AI/TC, F. J. 21, en esta Sentencia se analiza e interpreta el sistema de fuentes jurídicas diseñado por la Constitución.

⁴³⁴ STC N° 01277-1999-AC/TC, F. J. 7, en esta Sentencia se discute una Acción de Cumplimiento, al solicitarse a funcionarios determinados dar cumplimiento al deber de indemnización, amparándose el mismo por estar normado por Ley y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

*internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región*⁴³⁵

Esta interpretación de nuestra disposición constitucional permite la posibilidad de emplear los criterios establecidos por organismos internacionales, sean jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, como criterios interpretativos de nuestras propias disposiciones constitucionales relativas a derechos fundamentales.

El criterio de nuestro Tribunal Peruano se sitúa en los roles de los organismos y su vinculación a los Tratados, aunque de igual manera se destaca –*en nuestro caso*- a la Corte IDH por ser el máximo organismos jurisdiccional de la Región.

La lógica es simple, en el caso de las Comisiones creadas al efecto y por Tratados Internacionales, se sitúa a las mismas como “intérpretes de la Comisión”, ¿Cómo desconocer su rol y pronunciamientos y reconocer al mismo tiempo al Tratado? Simplemente es una situación que no puede separarse, el reconocimiento de un Tratado implica el reconocimiento de sus órganos y la interpretación de los mismos hacia las disposiciones del Tratado.

Todo ello, aunado a que los Tratados sobre derechos humanos celebrados por el Perú gozan de rango

⁴³⁵ STC N° 0217-2002-HC/TC, F.J. 2

constitucional⁴³⁶, propician (y sirven de fundamento) con mayor facilidad la justiciabilidad de los derechos humanos en nuestro país.

b) Cuestiones Adjetivas

En el Perú el principal órgano administrador de justicia es el Poder Judicial, sin embargo, en el caso de justicia constitucional no es el único, ya que tenemos un órgano especializado a efectos de brindar control constitucional, se trata del Tribunal Constitucional, un órgano constitucional autónomo e independiente de los demás poderes.

Primeramente debemos hacer un análisis genérico de la justiciabilidad de los DESC, enfocándonos en un cuestionamiento múltiple: ¿se pueden tutelar los DESC en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Qué órgano es el “llamado” a prestar esta tutela? ¿Hasta qué nivel de tutela puede llegar este órgano de acuerdo a sus facultades?

Primeramente veamos algunos de los principios constitucionales sobre la administración de justicia –sea *ordinaria o constitucional*:

1. Considerando la jerarquía normativa, tenemos en primer rango a la Constitución y a los Tratados Internacionales que versan sobre derechos humanos, como hemos visto anteriormente; el principio de jerarquía normativa (arts. 51, 138 de la Constitución) nos dice que los jueces deben preferir y hacer prevalecer estas normas por sobre las demás de inferior jerarquía.
2. El principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 139 inciso 2 párr. 1), este principio, como hemos visto en los casos de

⁴³⁶ STC N° 00047-2004-AI/TC, F.J. 61; 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC (acumulados), F.J. 25-34.

jurisprudencia internacional y comparada, es fundamental para la justiciabilidad de cualquier derecho, así, esta independencia –*hablando en términos referidos al Juez*- se da en forma externa e interna, así, en forma externa implica el sometimiento jerárquico –*fáctico o jurídico*- a otro poder, y en su forma interna en el ejercicio mismo de la función –*la capacidad del Juez*. Todo ello en orientación a la función jurisdiccional, la cual no es meramente “resolver conflictos”, sino “administrar justicia”, recordando cuál es el fin supremo: la defensa de la persona y el respeto de su dignidad.

3. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (art. 139 inciso 8), mediante este principio se elimina a la falta de “normas positivas” como posible “escusa” o “justificación” para no cumplir con su función jurisdiccional.

No es nuestro objetivo analizar los principios señalados, ni tampoco declararlos como “lista cerrada” pues pueden considerarse más principios y razones al efecto.

El objetivo de mencionarlos es el de observar a términos generales que hasta este punto, no hay ninguna objeción a que los DESC puedan someterse a juzgamiento, así, a pesar de no existir en la justicia ordinaria un “proceso para ejecutar derechos sociales”, no se podría alegar la “inexistencia” de tal vía procedimental para negar tutela a estos derechos.

Sin embargo, ¿qué órgano es llamado para tales fines?

Tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional se encuentran legitimados para tutelar derechos fundamentales, la diferencia se encuentra en la vía procedimental, pues no todos los casos podrán ser

resueltos en ambas vías, o en otros casos, siendo posible su conducción en ambas vías, no sería recomendable que este en una o en otra.

Pongamos por ejemplo un caso determinado sobre derecho de propiedad, este sin duda es un derecho fundamental, sin embargo, al tener una vía establecida para su específica protección bajo un proceso civil, no será procedente su conducción por conducto constitucional, sino en vía de proceso ordinario civil. Asimismo, debe considerarse que de existir dos vías igualmente satisfactorias, en términos objetivos –*vía misma*- y subjetivos –*urgencia iusfundamental*-, ingresar una causa a la vía constitucional será improcedente⁴³⁷, al existir otra vía de mismo modo idónea en el fuero civil ordinario.

Por otro lado, pongamos otro ejemplo, tenemos un mandato administrativo de pago de beneficios sociales, sin embargo, al exigir a la misma autoridad administrativa la ejecución del pago expide una resolución denegando e indicando que “se pagará en su momento, sujeto a disponibilidad presupuestal”, frente a ello podríamos iniciar una demanda contencioso-administrativa en la vía ordinaria para cuestionar esta última resolución, o también, debido a la urgencia y verosimilitud del derecho, podríamos iniciar un proceso de cumplimiento en la vía constitucional para ejecutar la primera resolución que concede el pago, en tal sentido, el resultado podría ser el mismo “debe pagarse: páguese”, ambas vías son procedentes, sin embargo, la vía ordinaria no sería la más adecuada al caso, considerando la urgencia que apremia el mismo. Asimismo, debe considerarse que en la vía

⁴³⁷ STC N° 02383-2013-PA/TC, F.J. 7-20.

constitucional no existe etapa de actuación probatoria, lo que nos ayudaría a elegir la vía idónea.

En tal sentido, dependiendo de las circunstancias del caso, es que determinado órgano sería el llamado a actuar, sin embargo, considerando los procedimientos establecidos *–a excepción del derecho laboral como DESC, el cual tiene una vía establecida–* tenemos un escenario general que expresa que la protección de la mayoría de DESC *–por no decir “todos”–* estaría en manos del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, ¿qué tipo de proceso en la vía constitucional es el idóneo para formular una acción que busque tutelar un DESC? En un fuero civil la respuesta sería meridianamente sencilla, ya que la conducción del tipo de proceso es establecida por el mismo Juez.

Entre las acciones de garantía establecidas por la Constitución en su artículo 200 y el Código Procesal Constitucional, básicamente tenemos procesos de exigibilidad de derechos *–tenemos aquí los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data, y cumplimiento–*, de protección normativa *–tenemos los procesos de acción de inconstitucionalidad y acción popular–* y un proceso competencial.

Al respecto, conviene expresarnos sobre las sentencias en materia constitucional, sobre las que su propio emisor *–el Tribunal Constitucional, en adelante “TC”–*, ha declarado ilustrativamente lo siguiente:

“Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, en los casos de los procesos de

hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.”⁴³⁸

En tal sentido, podemos ver tanto un fin subjetivo, referido a la protección de derechos fundamentales, como uno objetivo, referido específicamente a la garantía y vigencia de la Constitución, erigidos sobre lo denominado como “orden público constitucional”⁴³⁹.

En todo, debemos recordar que la presente investigación no busca hacer un análisis detallado de las garantías constitucionales, por lo que no ahondaremos en el asunto, sin embargo, nos permitimos referirnos por los procesos de garantía que estimamos son aplicables en el caso de

⁴³⁸ STC N° 00024-2003-AI/TC, párr. 2

⁴³⁹ “Por todo ello, la afirmación del doble carácter de los procesos constitucionales resulta ser de especial relevancia para el análisis constitucional a realizar por este Colegiado, pues este caso amerita una valoración de esta dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de bienes institucionales. En consecuencia, se hace necesaria la configuración de un proceso constitucional en el que subyace una defensa del orden público constitucional. Todo lo cual nos permite definir la jurisdicción constitucional no en el sentido de simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden constitucional (normatividad) y de la realidad social (normalidad) en conjunto; pues, con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor.” (STC N° 0023-2005-PI/TC)

los DESC, así, vemos su actuación en relación a los mismos de la siguiente manera:

- 1) Procesos de protección normativa: En relación a este tipo de procesos, tanto la Acción de Inconstitucional como la Acción Popular permiten una tutela a los DESC en forma negativa, protegiendo la jerarquía constitucional –*disposiciones constitucionales e internacionales vigentes*- así como las condiciones económicas, sociales y culturales existentes – *principio de no regresividad*- de dispositivos legales atentatorios a los mismos.

Al respecto, cabe hacer especial mención a que también es posible tutelar en forma positiva –*en forma normativa, no económica*- mediante estas garantías a los DESC, ello mediante las denominadas “sentencias manipulativo-interpretativas”⁴⁴⁰, “tornando” dispositivos inconstitucionales en constitucionales por “manipulación” e “interpretación” –*sin perder el sentido central de la norma*- e incluso exhortar al Legislativo la expedición de una norma sustitutoria que sea acorde a los principios constitucionales en lugar de la norma declarada con “incompatibilidad constitucional” pudiendo en tal sentido suspender la eficacia del fallo, esta última situación tal como hubiera sucedido en el caso descrito en el apartado anterior referido a la Corte Canadiense.

- 2) Procesos de exigibilidad de derechos: En relación a este tipo de procesos, el Amparo y la Acción de Cumplimiento son los principales cuyos fines inciden directamente en la tutela de los DESC.

La Acción de Cumplimiento buscará la tutela de derechos “contra cualquier autoridad o funcionario

⁴⁴⁰ STC N° 004-2004-CC/TC, F.J. 3.3

renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo” (inciso 6 del art. 200), en tal sentido, la acción de cumplimiento eminentemente buscará tutelar sobre una omisión renuente de una autoridad o funcionario, para que se supla tal “omisión” en virtud de un mandato⁴⁴¹ vinculante, vigente, cierto, claro, e incondicional –*no debiendo requerir actuación probatoria*- contenido en una norma legal o en un acto administrativo firme.

Asimismo, cabe resaltar que existe una legitimación activa abierta en caso de buscar tutela sobre mandatos contenidos en leyes o reglamentos, lo que no excluye aquellos mandatos contenidos en disposiciones constitucionales o Tratados Internacionales, debido a su orden normativo jerárquico, así también en general, “tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos” (artículo 67 del Código Procesal Constitucional).

En caso de la Acción de Amparo, “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza” (inciso 2 art. 200) derechos fundamentales no tutelados específicamente por otras garantías –*como el habeas data o el habeas corpus*.

En cuanto a la legitimación activa del Amparo, existirá una legitimación abierta tratándose de “derechos difusos” (art. 40 del Código adjetivo), permitiéndose asimismo procuración oficiosa.

Se destaca el Amparo en relación a la tutela de DESC debido a que puede garantizar la protección en todos los niveles de obligación de tales derechos, desde la

⁴⁴¹ Vid. STC N° 0168-2005-PC/TC

obligación de “respeto” y “protección” –*esta última meridianamente transversal*- contra actos administrativos, fácticos, contenidos en resoluciones y hasta incluso normas jurídicas⁴⁴² y políticas del ejecutivo⁴⁴³, así como también la obligación de “cumplir”, en términos de obligaciones positivas ante “omisiones”.

En cuanto a las diferencias entre ambas acciones de garantía, tenemos que la Acción de Cumplimiento⁴⁴⁴ persigue como fin la eficacia de las normas legales y actos administrativos, y por otro lado, con mayor amplitud al Amparo⁴⁴⁵ que busca la dirección de los derechos fundamentales (función subjetiva) y su garantía objetiva, interpretación y perfeccionamiento (función objetiva).

Por otro lado, respecto al tipo de sentencia a expedirse tenemos las siguientes incidencias, partiendo de la clasificación adoptada por el mismo Tribunal⁴⁴⁶:

- a) Sentencias declarativas: son aquellas que, tal como su nombre lo indica, declaran un derecho y su estado, esto es, la situación jurídica anterior al proceso, este tipo de sentencias son propias de los procesos por Acción Popular o Acción de Inconstitucionalidad, al declarar una situación jurídica resolviendo en abstracto sobre una norma jurídica, sin embargo, no se niega su posibilidad en cuanto al Amparo, debiendo recordarse a las sentencias exhortativa, y su amplia experiencia en distintas Altas Cortes foráneas, así

⁴⁴² STC N° 05387-2008-PA/TC, F.J. 1-5

⁴⁴³ En ese sentido puede verse el controvertido caso de la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) ante el Tribunal Constitucional, en el que se sometió a amparo la ejecución y desarrollo de una política de salud: STC N° 02005-2009-PA/TC

⁴⁴⁴ STC N° 00168-2005-PC/TC, F.J. 4-11

⁴⁴⁵ STC N° 00023-2005-AI/TC, F.J. 13-18

⁴⁴⁶ STC N° 04119-2005-AA/TC, F.J. 21 y sig.

como también en la experiencia del propio Tribunal peruano, como es el caso Bryson Barrenechea⁴⁴⁷.

- b) Sentencias constitutivas: mediante este tipo de sentencias se constituye una posición jurídica al establecerse una relación jurídica entre un titular y un correlativo, en tal sentido, cabe hacer una apreciación de esta situación, si bien una sentencia constitutiva en sentido amplio es aquella que constituye “derechos”, en el sentido estricto, hablando de sentencias constitucionales, sólo se dirige a lo que se han llamado posiciones jurídicas, en tal sentido, si bien en distintos fallos⁴⁴⁸ se ha indicado que el amparo no es un proceso “constitutivo”, ello se refiere al sentido amplio de lo que son las sentencias constitutivas, pues hablando de derechos fundamentales estos no se crean ni “constituyen” o “establecen”, sino que solamente se reconocen y “construyen”; en tal sentido, tal cual se desarrollan las posiciones jurídicas, conforme hemos analizado al inicio de nuestra presente investigación, de igual manera es que resulta posible hablar de sentencias constitucionales constitutivas⁴⁴⁹, toda vez que no hablamos de “creación de derechos”, sino de posiciones jurídicas; por otro lado, debemos a debate el considerar o no a este tipo de sentencias como transversales, ya que no están enteramente delimitadas ya que al reconocerse o establecerse una posición jurídica *–puede ser una relación de obligación de un ente hacia el cumplimiento de determinadas obligaciones–* se podría acompañar o disponer de una condena o de una resolución

⁴⁴⁷ Ídem

⁴⁴⁸ STC N° 01049-2003-AA/TC, F.J. 7; STC N° 03257-2011-AA/TC, F.J. 6, entre otros.

⁴⁴⁹ “(...) Una mirada más detenida demuestra que el juez constitucional no sólo “ejecuta” los mandatos de la Constitución referidos a los derechos fundamentales, sino que esta tarea es, a menudo, una ardua actividad de valoración interpretativa, de ponderaciones, en síntesis de “creación” y por tanto, en algún sentido, se trata también de sentencias constitutivas.” (STC N° 04119-2005-AA/TC, F.J. 24)

declarativa, salvo en caso del Proceso Competencial, en el cual sí podemos hablar de una sentencia constitutiva en puridad.

- c) Sentencias de condena: a través de las sentencias de condena se establecen y dispone del cumplimiento de determinadas obligaciones en forma compulsiva por el Tribunal, ejecutándose disposiciones en pos del cumplimiento de obligaciones constitucionales –o *internacionales constitucionalizadas*. Este tipo de sentencias son propias de los procesos de efectividad normativas, sean el Habeas Corpus, Habeas Data, Cumplimiento, y el Amparo.

En estos tres tipos de sentencia, los DESC pueden ser tutelados en todo nivel, sin embargo, hablando de dimensiones negativa o positiva, es mediante las sentencias de condena que los DESC pueden llegar a gozar de un nivel mayor de tutela –*hablando en sentido positivo obligacional*.

En tal sentido, observaremos dos fallos expedidos por el Tribunal Constitucional, motivados por acciones de amparo y cumplimiento.

El primero caso es impulsado por una acción de amparo por José Luis Correa Condori contra el Ministerio de Salud⁴⁵⁰, quien solicita tutela a favor de los derechos a la vida y a la salud, pretendiendo una provisión constante de medicamentos para el VIH/SIDA así como la realización de los correspondientes exámenes médicos periódicos.

En este caso, el Tribunal se expresa en gran manera sobre el derecho a la salud, y su configuración constitucional así como su respectiva exigibilidad como derecho subjetivo fundamental.

⁴⁵⁰ STC N° 02016-2004-AA/TC

Al iniciar, vale decir, el Tribunal se topa con una acción relativa por parte del Estado (parte demandada), quien interpone un escrito solicitando la conclusión del proceso por haberse “sustraído la materia”, ello debido a que el Ejecutivo emitió dos Resoluciones Ministeriales con la finalidad de establecer un sistema de atención para proveer de tratamiento a los pacientes de VIH/SIDA, ante ello, el Tribunal pudo haber optado por aceptar este accionar por parte del Estado, sin embargo, el Tribunal fue “más allá” examinando la efectividad y concreción o no de lo pretendido por parte del demandante, desestimando este pedido del Ejecutivo demandado por no haberse acreditado la realización de “acciones concretas”.

Este es un criterio que va conforme a la Constitución, tutelándose en forma ejemplar el derecho, ya que la garantía que una norma pueda prestar a un derecho no reside en la existencia o no de la norma como “documento vigente”, sino en su existencia real, es decir, en su efectividad.

Luego de ello, cerrado ese paréntesis, el Tribunal se dirige a examinar una situación presentada por la instancia inferior, la cual declaró en su momento “improcedente” la demanda: bajo la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución se señala que “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.”

Este dispositivo fue interpretado por la instancia inferior como un “filtro” para la exigibilidad de ciertos derechos. Interpretación que no fue “compartida” por el Tribunal Constitucional, quien ahora conocía la causa, y quien procede a realizar una interpretación y análisis de tal disposición a la luz del Pacto Internacional de DESC y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Tribunal, ante ello comentará acerca de la naturaleza de los DESC haciéndose la pregunta de si son o no derechos programáticos, ante ello, declarará lo siguiente:

“No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en su reconocimiento en forma conjunta e interdependiente.”⁴⁵¹

Este razonamiento acerca los DESC a los derechos civiles y políticos, dándoles un tratamiento como cuestiones indesligables, no analizándolas como “una dentro de otra”, sino en forma separada, aunque la incidencia, implementación y garantía del uno, se extiendan e incidan en otro.

Asimismo, el Tribunal supera la concepción de que los DESC son derechos meramente programáticos, ya que, si bien implican obligaciones progresivas o prestaciones programáticas, son totalmente exigibles, ya que tales obligaciones, a pesar de las características que poseen, son de eficacia inmediata –*lo que no contradice a su propia caracterización progresiva.*

En ese sentido, se dirige a interpretar la Disposición constitucional señalada, en estrecha unidad con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de DESC sobre el cumplimiento de obligaciones hasta el máximo de recursos disponibles, considerando además la situación socioeconómica del Perú,

⁴⁵¹ *Ibíd.*, F.J. 10

siendo un país en desarrollo, lo que lleva al Tribunal a realizar la siguiente declaración como fundamento jurídico:

“Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención acarrearía situaciones de inconstitucionalidad por omisión.”⁴⁵²

Ello debido a que la Disposición comentada no puede ser empleada como un alegato para la “inacción” del Estado, ya que la progresividad del gasto está sujeta a acciones concretas realizadas y planes de acción en plazos razonables.

En todo este tema, el Tribunal hace también en paralelo una interpretación sobre el principio de legalidad presupuestaria, el cual también es empleado por el Ejecutivo como alegato de defensa, llevándolo a declarar en este y posteriores casos que la legalidad presupuestaria no puede erigirse como una justificación para la amenaza o vulneración de derechos fundamentales.

El razonamiento del Tribunal en relación a los DESC puede resumirse en su siguiente fundamento jurídico:

“La exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales.”⁴⁵³

⁴⁵² *Ibíd.*, F.J. 38

⁴⁵³ *Ibíd.*, F.J. 32

Este criterio, similar al adoptado por la Corte Constitucional de Colombia, refiere con claridad los requisitos y oportunidad de tutela jurisdiccional dada a los DESC, en tal sentido, el Tribunal indica tres aspectos a considerar:

1) Gravedad y razonabilidad del caso:

Las circunstancias que giran en torno del caso, aquí se debe realizar una examinación sobre la responsabilidad del Estado, y la vinculación de las obligaciones del mismo hacia el caso determinado, así por ejemplo, no se podría alegar que un Estado es responsable por violar derechos como la salud y la vida por la muerte de una persona neumonía al haberse resfriado, ido de fiesta y bañado, pues aquí no existe un nexo entre los derechos en cuestión y las obligaciones del Estado, no habiendo responsabilidad.

Asimismo, este aspecto es referido al contenido esencial de los derechos, que también es parte de factores como “gravedad” y “razonabilidad del caso”, por ejemplo, sería ilógico alegar que si bien existe un derecho al agua, el Estado deba distribuir agua mineral a cada persona.

Al respecto, el artículo 5 del Código Procesal Constitucional indica que no proceden los procesos constitucionales cuando:

“1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”

Asimismo, en el mismo sentido, el artículo 38 del mismo cuerpo legal indica:

“No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.”

Sobre estas cuestiones, nuestro Tribunal ha resaltado expresamente lo siguiente:

“La noción de ‘sustento constitucional directo’ a que hace referencia el artículo 38º del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55º de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado cánón de control constitucional o ‘bloque de constitucionalidad’.”⁴⁵⁴

Esto es, la integralidad constitucional normativa del Derecho Internacional al Derecho Constitucional, a niveles formales, positivos e interpretativos.

Lo que implica que la construcción de los DESC y su “contenido constitucional directo”, son amparables por nuestros procesos constitucionales conforme lo indica la normativa peruana, nuestra Constitución, y los Tratados Internacionales así como pronunciamientos de Organismos Internacionales de y sobre los mismos Tratados ratificados.

2) Vinculación o afectación de otros derechos:

Este aspecto está estrechamente referido al anterior, mencionado en términos de “gravedad y razonabilidad”, ya que una violación o afectación simultánea y

⁴⁵⁴ STC N° 01417-2005-AA/TC, F.J. 9

sistemática de derechos lógicamente implicará una gravedad mayor del asunto.

A esto, cabe recordar que resultará en una situación que usualmente va a cumplirse, dada la indivisibilidad de los DESC con los derechos civiles y políticos, lo hemos visto en el caso examinado así como en los casos presentados ante otras Altas Cortes.

La salud y la vida, la educación con la libertad y la igualdad, entre otros, a esto, no debe considerarse esta expresión como un requisito “cerrado”, puesto que la tutela de derechos no puede ser frenada por cuestiones meramente formalistas, debiendo ser el principal filtro la razonabilidad del caso.

- 3) Disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales:

Esta situación refiere a la obligación de cumplir con los derechos de acuerdo a un estándar bajo razonabilidad: el máximo de recursos disponibles.

Y es, como indicamos, el estándar de medición, la disponibilidad presupuestaria como límite para el cumplimiento de las obligaciones del Estado frente a los DESC sólo resultará válida si previamente se comprueba la actividad progresiva, en forma de acciones concretas, y razonable, en forma de planificación de avance y plazos adecuados, de acuerdo a las alternativas del Estado.

Finalmente, en el caso comentado el Tribunal Constitucional declarará fundada la demanda de amparo formulada, ordenando al Ejecutivo que considere al demandante dentro del grupo de pacientes que deben recibir tratamiento para el VIH/SIDA, lo que incluye la correspondiente provisión de

medicamentos y análisis respectivos, asimismo, el Tribunal se hace supervisor del cumplimiento de la medida, ordenando a la dirección del hospital informar sobre ello cada 6 meses, y por último *–aunque penúltimo punto en la sentencia–* exhorta a los poderes públicos la inversión prioritaria para cobertura de este derecho frente al VIH/SIDA.

En el segundo caso que examinaremos veremos que el Tribunal se extiende a términos colectivos, se trata del proceso de cumplimiento promovido por Diometes Luis Nieto Tinoco contra el Gobierno Regional de Junín⁴⁵⁵, teniendo como primera pretensión que el demandado cumpla con crear e implementar la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad.

El demandante sustenta su pretensión en la Ley N° 27050, mediante la cual se establece que es obligación de los Gobiernos Regionales crear e implementar oficinas como la pretendida.

En primera instancia se declara improcedente la demanda en base a tres consideraciones: 1) el mandato no es incondicional, debido a que se requiere probar que la demandada tiene capacidad para la creación de la oficina en cuestión *–examinar el tema de disponibilidad presupuestaria–* lo que no es posible en proceso constitucional al carecer de etapa probatoria, 2) no puede individualizarse al beneficiario, lo que implica que no puede reconocérsele un derecho (subjetivo), y 3) no se ha acreditado la necesidad de urgencia para su tutela en vía de proceso constitucional.

La Sala revisora confirma la decisión de primera instancia por, entre otros, tratarse de un mandato no incondicional, al requerir la ejecución previa de una serie de procedimientos a verificar y seguir.

⁴⁵⁵ STC N° 04104-2013-PC/TC

El Tribunal, tomando conocimiento del caso, comenzará realizando una examinación de las obligaciones internacionales del Estado en relación a los derechos de las personas con discapacidad, lo que engloba la obligación de adopción de medidas positivas *–legislativas, administrativas y de otra índole pertinentes–* y ajustes razonables *–para eliminar progresivamente las formas de discriminación.*

Ambas obligaciones se van a deslindar de Tratados mencionados por el Tribunal, con reconocimiento Constitucional, y del principio de igualdad, específicamente la igualdad por indiferenciación, principio el cual:

“(…) se vulnera cuando se trata de modo desigual a sujetos que se encuentran en la misma situación, pero también cuando existe un tratamiento exactamente homogéneo de sujetos que se encuentran en una condición claramente diferente”⁴⁵⁶

En tal sentido, el Tribunal cita jurisprudencia propia referente a la necesidad de equiparar las condiciones socioeconómicas de quienes están afectados con alguna discapacidad a quienes no, para así asegurar a las primeras “que su condición no constituya un obstáculo para su realización personal y profesional en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad”⁴⁵⁷.

En cuanto a los ajustes razonables, el Tribunal expresa que tal situación refiere a la no imposición de “cargas indebidas”, considerándose al efecto la relación entre las necesidades de las personas y la proporcionalidad de las obligaciones y razonabilidad en los costos; finalmente, en cuanto a las obligaciones de los poderes públicos, el Tribunal indica que estas obligaciones fijan un marco de actuación positiva que,

⁴⁵⁶ *Ibíd*em, F.J. 11

⁴⁵⁷ *Ibíd*em, F.J. 13

sin embargo, no poseen una declaración de contenido concreto.

Hasta este punto, el Tribunal concluirá que es razonable y constitucional exigir medidas positivas, para continuar con la examinación de los requisitos para que la pretensión pueda ser amparada en el proceso de cumplimiento. Así, a continuación el Tribunal se expresará sobre la “incondicionalidad del mandato”, indicando que existen dos tipos de condicionalidades, unas jurídicas, que refiere a cuando la exigibilidad de un mandato se encuentra supeditada a determinadas condiciones del mismo ordenamiento jurídico, y por otro lado unas materiales, implicando una sujeción a que existan condiciones fácticas – *recursos económicos, materiales y humanos, por ejemplo* – para su implementación.

Estas últimas, en apreciación del Tribunal, no son condiciones suficientes para impedir la tutela de derechos, recordando la que incluso la legalidad presupuestaria no califica como un argumento para el incumplimiento de obligaciones.

Sin embargo, el Tribunal toma en consideración que la pretensión demandada por el recurrente implica cierta complejidad, al implicar una serie de procedimientos previos para que se implemente la oficina pretendida, englobando el establecimiento de medidas positivas diversas, tanto jurídicas, como creación de reglamentos laborales y ejecutivos, así como materiales o materializables, en relación a recursos económicos, materiales y humanos.

En tal sentido, y finalmente, el Tribunal, declara fundada la demanda, ordenando la creación de la oficina pretendida conforme a ciertas reglas establecidas por el propio Tribunal, el cual establece un cronograma para la ejecución de las medidas ordenadas en plazos razonables, la obligación de

rendir informes, y la supervisión del juez de ejecución sobre el cumplimiento de las medidas a adoptarse.

Este último caso refleja la posibilidad de tutela difusa incluso en los procesos de cumplimiento, los cuales no son ajenos a una disposición normativa que obligue a determinadas conductas, sino que engloban la consideración de otros derechos, incluso normados a nivel internacional, lo que vierte de contenido constitucional a los derechos fundamentales en general, incluidos los DESC.

6. LÍMITES DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El Juez Charles Evans Hughes, Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en épocas de crisis y revolución acuñó la conocida frase “vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”⁴⁵⁸, más que presentar un panorama “desesperanzador” o “antidemocrático”, reflejó la importancia de la labor jurisdiccional por sobre las “opiniones” del *demos*, y aunque un tanto “radical”, evidenció la trascendencia de la interpretación como sustento y paso previo a la aplicación del Derecho, evidentemente partiendo de la Constitución.

Bajo tal contexto, aunque resulte paradójico al haber citado la frase del Juez Hughes, la “Constitución” es la que fija los límites a la “jurisdicción constitucional”, no refiriéndonos a una cuestión literal o semántica “inter-normativa” pues la letra de la norma es “letra muerta”, y quien le da vida es el “operador del derecho” –*aunque suene mal*-, pero quien le da forma y “carácter” es su aplicador –*refiriéndome a quien tiene jurisdicción*- en todo sentido, hablaremos de la participación del hermeneuta.

Siguiendo este sentido, llegamos a un páramo en el derecho, en el que podríamos no identificar un camino, lo que torna la situación más difícil ¿cuáles son los límites?

⁴⁵⁸ CASAL H. Jesús María, “Constitución y justicia constitucional”, 4ta ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, ISBN 980-244-243-7, p. 284.

Comenzar a hablar de límites implicará la formulación de no menos de tres posturas, dos extremistas, que se orienten para “lo más” y para “lo menos” respectivamente, y una central que busque el “equilibrio” –*aunque resulte consecuentemente sopesado a alguna de las posturas*- lo que podría traducirse en que, simplemente el límite a la Justiciabilidad de los DESC es “total”, y por tanto no son “Justiciables”, o que no existe límite, y por tanto los órganos de administración de justicia están por sobre “todo poder” e incluso sobre la “democracia”.

Centrándonos en aquella línea “central”, es prudente reconocer la labor jurisdiccional en la historia y la evolución de ciertos conceptos, que Landa Arroyo⁴⁵⁹ sintetiza sin restar importancia o detalle alguno; así, por un lado tendremos a la “scientia juris”, la misma que se sustenta en un criterio de “racionalidad” y por tanto hace alusión a la llamada “lógica excluyente”, bajo criterios de “verdadero” o “falso”; y por otro a la “juris prudentia”, la misma que sustenta no en una racionalidad lógica, sino en una racionalidad material, la que, con el objetivo de “acercarse a la verdad constitucional progresivamente”, en un sentido contemporáneo la podemos llamar “razonabilidad”.

Antes de entrar a examinar el concepto de “razonabilidad” de acuerdo a nuestro contexto de investigación, debemos señalar que existen dos situaciones que parten de las características obligacionales de los derechos humanos: no hacer y hacer.

Estas dos situaciones versarán tanto sobre algo “hecho” e “irreductible” – *como una libertad o algún DESC posicionado con determinadas condiciones*- como sobre algo “por hacerse” –*como diversos casos de los DESC por su progresividad*.

Los límites en ambas situaciones serán distintos, en general, para las situaciones existentes, el límite de la tutela jurisdiccional que pueda brindarse girará en torno a la ponderación de los derechos y condiciones de los tales en juego. Sin embargo, en muchos casos –*no en todos*- que versan sobre situaciones “por hacerse” emplear la técnica de ponderación se hace complicado, considerando sobre todo el carácter prestacional que

⁴⁵⁹ LANDA ARROYO César, “Estudio Preliminar”, en TUSHNET Mark, Ob. Cit., pp. 42, 43.

apremian muchos de los DESC en diversos casos, puesto que 1) tendríamos una cuestión demasiado compleja para una simple “balanza”, ya que, en principio, tendríamos en la balanza por un lado a “X” DESC y por otro a la “legalidad presupuestaria”, pero *–también en principio–* la balanza se inclinaría la mayoría de las veces hacia el DESC, como lo han recalcado diversas Altas Cortes, ya que darle mayor peso a la legalidad presupuestaria propiciaría un contexto en el que el Estado se excusaría fácilmente de cumplir con toda obligación prestacional, desde obligaciones indemnizatorias hasta obligaciones para con los propios DESC, 2) el carácter “progresivo” de los DESC impide medir o pesar a los DESC en relación a una situación o estándar establecido, aquí no hay una proporcionalidad de daño como sucede en temas de responsabilidad civil, que puedan dar determinado peso y límites para ponderar la exigibilidad de una prestación determinada, sino que los DESC, por su carácter progresivo, se miden en relación a un estándar que va *–o debe ir–* en aumento, y 3) incluso tratando únicamente hablando de los “mínimos esenciales” tendríamos una controversia respecto a la participación e incidencia del órgano de control constitucional o de administración de justicia sobre aspectos de labores propias de los poderes ejecutivo y legislativo, incluso respecto de cuestiones políticas, es decir, una cuestión funcional.

Este tipo de situación se propiciará en casos de tutela jurisdiccional positiva, no sucediendo en situación contraria, o en caso se intente limitar algún derecho, puesto que en estas dos últimas situaciones, se partiría ponderando el bien común con algún derecho. Y es que para el caso de tutela negativa, en pos de la irreductibilidad de derechos y condiciones de los mismos, tenemos una situación en la cual el límite de tutela que juzga sobre “limitar derecho” aparenta no tener límites⁴⁶⁰, y aunque parezca un “trabalenguas” se llega a esta conclusión considerando a la ponderación, como una herramienta subjetiva que puede dar un sinfín de alternativas y soluciones frente a un caso, herramienta a manos de los juzgadores que

⁴⁶⁰ HESSE Konrad, “El Significado de los Derechos Fundamentales”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, 1ª Ed., Trad. CRUZ VILLALON Pedro, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid – España, 2011, párr. 67.

propicia llegar nuevamente a la conclusión con la cual iniciamos el presente apartado aportada por el juez Charles Evans Hughes.

¿Pero cuál es el límite para “expandir” imperativamente los derechos? En general, las limitaciones del ejercicio de un derecho, incluyendo aquellos propios de los jueces relativos a las funciones jurisdiccionales –*sean en vías ordinarias o constitucionales*-, se deben basar –*como indica y reafirma Konrad Hesse*⁴⁶¹- en lo indicado por la Constitución o por la Ley en virtud del principio de reserva legal, entendiéndose en este caso por “Ley” aquella que desarrolla aspectos expresados por, y con arreglo a, la propia Constitución. Aun así tenemos el mismo inconveniente, en esa misma línea el maestro Hesse, refiriéndose a aquella etapa previa a la aplicación de los derechos, esto es, la interpretación de los derechos y sus límites, indica que “la interpretación se halla vinculada a algo establecido”⁴⁶², ¿pero qué sucede con lo aún no propiamente establecido? Los DESC tienen un estándar mínimo de cumplimiento, pero deben ser desarrollados en forma progresiva y superando ese estándar, ¿pero a qué? No hay un estándar superior establecido expresamente, ese es el problema.

¿Entonces no debe haber tutela jurisdiccional? No podríamos contestar esa cuestión de manera afirmativa, si bien algunas Cortes y algunos doctrinarios sostienen que las obligaciones positivas, para ser exigibles, deben estar suficientemente determinadas, incluso siendo constitucionales, sostener tal postura sería inadecuado y contraproducente, en general, tal como el maestro Hesse declara:

*“Si la Constitución Impusiera al proceso de formación política de voluntad no sólo objetivos y directrices, sino obligaciones determinadas, se contraería el orden democrático de la Ley Fundamental como marco del proceso político en libertad.”*⁴⁶³

Es decir, se limitaría la formación y desarrollo mismo de la “voluntad parlamentaria”, vulnerándose el sentido mismo de la democracia, incluso, como agrega Hesse –*aunque quizá malinterpretando la postura que tiene*

⁴⁶¹ *Ibidem*, párr. 62-69.

⁴⁶² HESSE Konrad, “La Interpretación Constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Ob. Cit., párr. 77

⁴⁶³ HESSE Konrad, “El Significado de los Derechos Fundamentales”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Ob. Cit., párr. 30

en relación a los derechos sociales-, se podría hablar de que se estaría sustituyendo el ejercicio político por una mera ejecución de la ley.

Hasta este punto en nuestra investigación, se ha podido determinar argumentativamente que es posible –y *constitucional-* hablar de una justiciabilidad directa de los DESC, sin embargo ¿cuáles son los límites funcionales de los juzgadores?

Este cuestionamiento tiene dificultad en todo lo respectivo a tutela positiva, incluso no necesariamente hablando de cuestiones de progresividad más allá de los estándares mínimos, sino incluso para llegar a los tales, puesto que dependen de condiciones objetivas y circunstanciales en cada país.

¿Hasta qué punto puede llegar una orden judicial? Incluso en un caso que apunte a los estándares mínimos de determinado DESC existe cierta complicación en estimar o medir los límites del poder judicial. Las proposiciones de Hesse, lógicas y ampliamente aceptadas, tampoco dan una respuesta directa a estos cuestionamientos.

Es necesario responder a esta pregunta para avanzar en el desarrollo de los DESC, esa es su justificación como interrogante, en la práctica –*como dice Arend Soeteman-* nos movemos y actuamos dentro de una “caja de seguridad”⁴⁶⁴ e indicando que tales “límites” no habrían sido “establecidos”, dejando la impresión de que estos “límites” forman parte de algo externo, incluso fuera de los principios, que posiblemente sólo sea de interés de los “filósofos”⁴⁶⁵.

La ponderación aporta una facilidad a los jueces de poder juzgar en situaciones “controvertidas”, para Arend Soeteman⁴⁶⁶ ello dibuja un cuadro en el que se ve a un juez que sólo tiene que colocar los argumentos para las distintas alternativas para ponderar, y producto del set de herramientas que tiene finalmente sólo se debe leer la “respuesta”.

Sin embargo, el derecho no es así de sencillo, mucho menos cuando estamos frente a obligaciones positivas no específicamente determinadas

⁴⁶⁴ SOETEMAN Arend, “Logic in Law: Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law”, Springer Science & Business Media, Netherlands, 2013, ISBN 978-94-015-7821-9, p. 256

⁴⁶⁵ Ídem

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 258.

–*aun hablando de los mínimos esenciales*– en este caso, debemos acudir a la lógica. Pero no hablamos de una lógica formal, pues el silogismo no nos sirve, no tenemos una “premisa mayor” determinada en especificidad, y si fuera así resultaría perjudicial, como hemos visto, tampoco hablamos de una lógica ponderativa, pues “colocar razones aquí y allá” no nos dará una respuesta al no tener un estándar determinado –*sino uno genérico*.

La respuesta no se haya en la norma jurídica, pues aunque tenemos pronunciamientos sobre “mínimos esenciales”, incluso los tales algunas veces no son suficientemente determinados, o aunque determinados se hacen indeterminados en virtud de existir toda una complejidad económica en la que el juez no puede detenerse a pensar debido a su sujeción a un caso, y mucho menos hablando de la progresividad con la que debe superarse tales “mínimos”.

Entonces, si la respuesta no se haya completa en factores normativos, debemos acudir a factores materiales⁴⁶⁷, lo que nos lleva a la necesidad de emplear una herramienta ya sostenida –*y que anteriormente observamos*– por Arango, Shue, Hohfeld, y entre otros, esto es: la argumentación.

La razonabilidad será quien conduzca la argumentación, pues en el caso de muchos de los DESC no basta hacer un silogismo para aplicar un principio o un derecho directamente, así también, más que ir con los fundamentos sustanciales del juez, irá con su actitud, con lo resuelto, en ese sentido Soeteman⁴⁶⁸ dirá que la “razonabilidad” se opone a la “dogmática”.

Ahora bien, al iniciar nuestra investigación nos cuestionamos de si existía o no una vulneración a la distribución de poderes, si dijéramos que “un Juez debe ordenar prestaciones para los DESC porque así se cumplen” sin considerar las funciones de los poderes públicos estaríamos cayendo en “dogmática”.

Pongámonos a pensar en un proceso de inconstitucionalidad, las reglas apuntan a que si una ley adolece de inconstitucionalidad debe tratar de

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 209

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 260

preservarse la “voluntad del legislador”⁴⁶⁹, esto es, quitando aquello que da origen al vicio o complementando la norma para darle concordancia constitucional, es decir, existe una primacía al legislador, pero que no es absoluta, sino que “puede resultar anulada”⁴⁷⁰ cuando no puede mantenerse la “voluntad del legislador”, así, el Tribunal orientar en algo mínimo determinada ley para que sea constitucional, como que también podría producir una gran alteración en la misma para conservarla. Debemos prestar atención a lo indicado por Hesse en relación al caso descrito sobre cuestiones de inconstitucionalidad:

“En este caso, el tribunal interfiere las competencias del legislador con más intensidad incluso que en el supuesto de una declaración de nulidad, puesto que es él mismo quien conforma positivamente, mientras que en el caso de declaración de nulidad la nueva conformación sigue siendo asunto del legislador. Cuanto más corrija el tribunal al legislador tanto más se aproximará aquél a los límites jurídico-funcionales de la interpretación conforme, los cuales por lo demás son difíciles de precisar con absoluta nitidez.”⁴⁷¹

Vemos entonces que es claro que el tribunal interfiere, lo hará y debe hacerlo, en las competencias del legislador en relación a la protección normativa de la supremacía constitucional, y que ello, aunque se aproxima a los límites de la interpretación, sigue estando dentro de los mismos.

Una situación similar ocurrirá, y será justificada y fundamentada de igual manera, en relación a la protección efectiva de la supremacía constitucional, esto es ya no en relación de “conservar” o “expulsar” a una norma, sino de analizar todo acto para proteger y garantizar la efectividad de los derechos constitucionales.

¿Y cómo vamos de límites jurídico-funcionales? Ya lo hemos analizado en cuanto a la experiencia de diversas Altas Cortes, la división de poderes no es absoluta, hablamos de distribución, y hablamos de funciones, por ello

⁴⁶⁹ No nos referimos a cuestiones subjetivas, ya que es casi imposible analizar tal situación, sino que al hablar de “voluntad del legislador” hablamos del resultado de su diálogo, es decir, la norma como tal, como fue redactada.

⁴⁷⁰ HESSE Konrad, “La Interpretación Constitucional”, en Escritos de Derecho Constitucional, Ob. Cit., párr. 83

⁴⁷¹ Ídem

el nombre de “límites jurídico-funcionales”, entonces, en relación a los DESC ¿qué límites tenemos?

Ciertamente, la implementación de los DESC es función única del ejecutivo y del legislativo, el poder judicial u órgano de control constitucional autónomo no tienen el rol de implementar DESC, frente a este punto nuevamente hablaremos de la analogía que consignamos en relación a la producción del “Señor de los Anillos”: para recordar, básicamente se define sobre el personaje de Frodo Bolsón el deber de proteger, custodiar y llevar a destruir un “anillo de poder”, él en todo momento no deja de separarse de otro personaje llamado Samwise Gamgee, cuyo rol es proteger a Frodo, incluso del mismo Frodo, así como cuidar del anillo por extensión, y acompañarlo para llevarlo a su destrucción.

A Frodo se le encarga específica y personalmente llevar el anillo, Samwise no podía hacerlo, de ninguna manera, sin embargo, la finalidad en común era “destruir el anillo” y para ello “proteger el anillo”, un objetivo también en común, Frodo no hubiera podido hacerlo sólo, pero Samwise tampoco pudo haber llevado el anillo, no era el personaje “adecuado”.

En todo, en la conclusión de la obra, es Samwise quien, al caer Frodo, lleva a Frodo en sus hombros –*no directamente el anillo*- para poder cumplir con la finalidad destinada.

Los límites jurídico-funcionales son aquellos límites centrales para poder dialogar acerca de los límites de tutela jurisdiccional positiva de los DESC, de ninguna forma el Poder Judicial o ni si quiera el Tribunal Constitucional podría reemplazar al Poder Ejecutivo o al Legislativo, tampoco podemos ver a los órganos de administración de justicia “trazando políticas”, existen razones lógicas y claras que justifican ello: 1) no se les ha encargado tal labor –*rol funcional*- y 2) no son los órganos idóneos para llevarla a cabo –*capacidad funcional*- entre otros que puedan mencionarse.

¿Significa que no pueden dar tutela jurisdiccional positiva a los DESC? Nuevamente la respuesta es “no”, por supuesto que pueden darla, ¿de qué forma? Tal como lo hubiera hecho el personaje Samwise: no suplantando al encargado, pero sí conduciéndolo.

Hablando sobre administración de justicia en forma general como una función pública, tenemos un orden clásico y dicotómico sobre una “justicia distributiva” que es paralela e incluso para muchos “opuesta” a otra denominada “justicia correctiva”.

En un plano doctrinario clásico⁴⁷², se ha afirmado sobre la primera que es propia de los poderes públicos tales como el Ejecutivo y el Legislativo, y que la segunda resta para el Judicial o en su caso también al órgano autónomo de control constitucional.

Y es que, aquella justicia correctiva refiere a aquella frase tan conocida de que por cada derecho existe un remedio, una cuestión válida, respaldada en caso de los derechos humanos y fundamentales por diversa normativa, sea constitucional o de Derecho Internacional, pero cuyo error existe en reducirnos a ese tipo de “justicia”, cuya concepción clásica refiere a que todo “daño” debe “repararse” ¿y por qué hablamos de error? Porque esta concepción se restringe a los “daños ocasionados” y no a la real “superación de los mismos”, no estamos diciendo que la teoría esté incorrecta, sino que podría complementarse ¿y con qué? Con la justicia distributiva, la que en algún momento se indicó que era neta y exclusivamente propia del Ejecutivo y Legislativo.

¿Cómo puede ser eso posible? Hemos hablado de roles definidos, distintos, pero de finalidades y objetivos iguales: la garantía de los derechos.

Ni un Tribunal Constitucional podría sentarse y decir “el Ejecutivo ha estado planificando erróneamente sobre salud, lo haremos nosotros”, sin embargo, tiene el rol de velar por el derecho a la salud, lo que involucra políticas.

¿En qué sentido, hasta qué punto? La experiencia de las Altas Cortes y organismos internacionales ha servido para fortalecer nuestra teoría de que el órgano administrador de justicia –sea *ordinaria* o *constitucional*– debe garantizar a toda luz el ejercicio y los estándares mínimos de los

⁴⁷² Vid. ROACH Kent, “The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights”, on Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, Ob. Cit., p. 47-52

DESC, la forma de hacerlo no es desplazando al Ejecutivo o al Legislativo, sino impulsándolos o conduciéndolos al lugar en el cual deberían estar.

Hemos visto en la experiencia de diversas Cortes distintas alternativas, desde resoluciones de acción conducida, hasta resoluciones de diálogo exhortativo; en el presente caso, nos centraremos en las primeras, que son las que reflejan un mayor nivel de actividad tutelar sobre los DESC por parte de las Altas Cortes.

La posibilidad de este nivel, incluso a nivel colectivo, como se pudo ver claramente reflejado en los casos Grootboom en Sudáfrica o el caso de “Alimentos” en la India, permiten ver que un Tribunal puede salir de su esfera individualista en pos del rol principal para el cual fue creado: administración de justicia a la luz de la Constitución.

Los tribunales en cuestión no suplantaron al Ejecutivo o al Legislativo, sino que plantearon medidas urgentes en forma general, pero bien determinadas, para posibilitar el ejercicio de los derechos afectados por omisión de los otros poderes públicos.

Hablar de “superposición”, “inferencia” o “suplantación” de poderes o de funciones resultaría erróneo, para calificar de tal manera los tribunales citados tendrían que haber fijado “políticas permanentes”, entonces la justicia distributiva en órganos de administración de justicia –*sea por el Poder Judicial o Corte Constitucional*- es posible de ser.

Por otro lado, este tipo de justicia encuentra su fundamento en el principio de igualdad, la mera justicia correctiva se restringe demasiado en objeto – *llega a nivel individual, sólo tutelando al demandante de un derecho*- y tiempo –*sólo reparando por violaciones cometidas*- amparándose de algún modo la situación existente, aunque se tenga una situación de política estática, sobre la cual exista “silencio” indebido de actuación de los poderes públicos.

Así, las medidas en los casos de Sudáfrica o la India implican la conducción de los poderes públicos al lugar debido, a fin de “cargarlos” hasta “cierto punto” para cumplir con su rol: desarrollar la política impulsada por tutela urgente prestada por los tribunales.

Finalmente regresamos a la inicial pregunta ¿cuál es el límite de la tutela jurisdiccional? El límite, aparte de ser funcional, dependerá de cada situación, una cuestión sobre la cual no podríamos aportar una “fórmula normativa” puesto que esta cuestión se proyecta hacia y desde principios, tales como la razonabilidad, la igualdad e incluso la tan controvertida y a veces rechazada justicia.

Será la razonabilidad entonces el principio conducente para determinar ello en cada caso, debiendo examinarse el qué hizo el gobierno, qué pudo hacer, qué urgencia se tiene y hasta qué lugar del estatus del derecho – *nivel de protección*- se requiere “cargar” a los poderes públicos a fin de tutelar tales urgencias en forma provisoria y pronta.

Por otro lado, la razonabilidad también conducirá a la complicada cuestión de la progresividad, puesto que es la misma “*juris prudentia*” la cual nos acercará al desarrollo de los estándares constitucionales para cada DESC, dependientes también de la situación de cada país.

Esta es la razonabilidad material, más que una meramente normativa –*sin desmerecerla o excluirla del proceso*-, sin la cual no podríamos encontrar la exigencia y los límites a la tutela jurisdiccional de los DESC, quedándonos finalmente con aquella frase de William Faulkner:

“Si tiene que hacer algo fuera de lo normal y no puede esperar, no pierda el tiempo con los hombres; ellos se basan en lo que su tío llama las reglas y los casos. Acuda a las mujeres y los niños; ellos se basan en las circunstancias.”⁴⁷³

⁴⁷³ FAULKNER William, “Intrusos en el polvo”, Editorial Alfaguara, España, 2012, ISBN 9788420402642, Sección Nº 5.

**CAPÍTULO III:
MARCO METODOLÓGICO**

I. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.1. GENERAL

Los límites de Tutela Jurisdiccional Positiva de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales resultan de la aplicación del Principio de Razonabilidad.

1.2. ESPECÍFICAS

1.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige un cumplimiento pragmático y progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según la posibilidad de cada Estado, y la cooperación internacional.

1.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

En la Jurisprudencia internacional los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han llegado a gozar de Tutela Jurisdiccional Efectiva, negativa y positiva.

1.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3

El Ordenamiento Jurídico peruano permite una Tutela Jurisdiccional positiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

II. VARIABLES DE ESTUDIO

2.1. HIPÓTESIS GENERAL

2.1.1. Variable A: La Tutela Jurisdiccional Positiva de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales.

2.1.2. Variable B: La limitación impuesta por el Principio de Razonabilidad.

2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

2.2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

2.2.1.1. Variable A: La exigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto al cumplimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

2.2.1.2. Variable B: El cumplimiento pragmático y progresivo con un nivel dependiente de las circunstancias de cada Estado, así como la cooperación internacional.

2.2.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

2.2.2.1. Variable Única: En la Jurisprudencia internacional los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han llegado a gozar de Tutela Jurisdiccional Efectiva, negativa y positiva.

2.2.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3

2.2.3.1. Variable A: El Ordenamiento Jurídico peruano.

2.2.3.2. Variable B: Posibilidad de Tutela Jurisdiccional positiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

III. METODOLOGÍA

3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:

Los planes y estrategias investigativas concebidos para la consecución de respuestas fiables a las preguntas de investigación, son de tipo no experimental, e involucran para el presente caso los siguientes diseños:

3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

- A)** Por la finalidad o propósito de la presente, se trata de una investigación básica o pura, al presentar un carácter preponderantemente teórico, el mismo que permitirá el desarrollo y comprensión de principios jurídicos, en el marco del (Neo) Constitucionalismo.
- B)** Por las fuentes de información se trata de una investigación documental o bibliográfica, puesto que la fuente principal de la que se partirá resulta del análisis y estudio documental, tanto doctrinal como jurisprudencial y normativo, en cuanto corresponda.
- C)** Por el ámbito en el que se desarrolla se trata de una investigación dogmática, puesto que se pretende el desarrollo de interpretación y argumentación en relación a instituciones y categorías jurídicas a la luz de normas jurídicas y doctrina de la materia.

3.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de investigación es descriptivo, con carácter exploratorio, puesto que se pretende evidenciar las características que configuran la naturaleza jurídica de la Justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, con el fin de, partiendo de tal descripción, determinar la exigibilidad y los límites de la Tutela Jurisdiccional Positiva de los referidos derechos en el marco de la Democracia

y Distribución de Poderes que prima en la mayoría de Ordenamientos Jurídicos.

3.2. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA

Conforme al ámbito en el que se desarrolla la presente, el Método de Investigación idóneo, conforme al origen de los datos, será Documental, imperando una indagación a través del examen, análisis y estudio de fuentes documentales, tales como dispositivos legales, normas jurídicas, de orden supranacional y nacional, jurisprudencia internacional, así como doctrina jurídica de la materia, contenida en diversos tipos de documentos.

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO:

3.3.1. POBLACIÓN

Tal como se refirió con anterioridad, la fuente primordial de información para la presente investigación es de índole documental, en tal sentido, se pretende analizar dispositivos legales y normas jurídicas, así como doctrina relevante, en tal sentido podemos citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recomendaciones esbozadas por las Naciones Unidas, así como por el Consejo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sentencias Judiciales relevantes de las Altas Cortes de carácter representativo para la Justiciabilidad Positiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, libros, revistas y artículos jurídicos, en soporte tanto físico como electrónico.

3.3.2. MUESTRA

Considerándose que la población resulta extensa en cuanto implica Jurisprudencia Internacional así como Doctrina en la materia, el tamaño de la muestra será determinada en función al universo de los elementos existentes, y en tal sentido, se tomará conforme el criterio del investigador.

3.3.3. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

A efectos de seleccionar la muestra, teniendo presente lo expresado con anterioridad, se va a delimitar deliberadamente el número de elementos contenidos en la población descrita, empleando un Método de Muestreo No Aleatorio o No Probabilístico, en la modalidad de Casos Típicos, incidiendo en la Justiciabilidad Positiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3.3.4. CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA

3.3.4.1. CRITERIOS DE INCLUSIÓN

Los criterios de inclusión para la selección de las muestras de las poblaciones en abstracto mencionadas pueden ser referidos de manera siguiente:

- Tratados Internacionales que versen sobre Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales.
- Recomendaciones e instrumentos esbozados por Organismos Internacionales sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Sentencias Judiciales de Altas Cortes Foráneas, Internacionales y Supranacionales que otorguen Tutela Jurisdiccional Positiva respecto a Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Doctrina de la materia en general.

3.3.4.2. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

Básicamente se tomará en consideración un criterio de exclusión para la selección de las muestras, siendo el siguiente:

- Sentencias Judiciales no definitivas anuladas por Altas Cortes Internacionales que otorguen Tutela Jurisdiccional Positiva.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.4.1. TÉCNICAS

Teniendo a consideración y en vista los elementos que conforman la población, los mismos que implican fuente de la presente investigación jurídica, se utilizará la Técnica de Revisión Documental, mediante el análisis teórico de los datos que se obtengan, para así extraer, condensar, sistematizar e interpretar las características de los mismos.

3.4.2. INSTRUMENTOS

El instrumento a emplearse en la presente investigación, con un carácter cualitativo, y conforme a la técnica elegida, será la Guía de Revisión Documental, en tal sentido, esta Guía va a consistir en un esquema organizado donde se sistematizarán los datos y el Fichado de las fuentes documentales a utilizarse en el desarrollo de la investigación.

3.4.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

En la presente investigación se recurrirá a distintos métodos de investigación jurídica, tales como:

- A) Método Exegético:** Para la crítica a los dispositivos jurídicos referidos a Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- B) Método Sistemático:** Para una interpretación más amplia y armónica de la Doctrina y el Sistema Jurídico Internacional o Nacional según corresponda conforme a los objetivos en la presente investigación.

C) Método Dogmático: Recurriendo a la doctrina, a la jurisprudencia y al Derecho comparado, en referencia a los objetivos planteados para el desarrollo de la investigación.

**CAPÍTULO IV:
PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE
LOS RESULTADOS**

I. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información fue obtenida por fuentes doctrinales, jurisprudenciales y normativas en general, de distintos autores y de diversa procedencia para lograr un marco teórico enriquecido.

En el caso específico de la Jurisprudencia, fue utilizada aquella emitida por las Altas Cortes de diversos países, incluyendo al Perú, así como la cuasi-jurisprudencia emitida por Entes Internacionales, relacionados a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el caso de las fuentes normativas, fueron utilizadas preponderantemente aquellas de índole supranacional como las que ilustran al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como aquellas en aplicación en nuestro país.

Este conjunto de fuentes documentales han sido tomadas durante la formación universitaria llevada por el titulado.

1.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

La expresión de las fuentes documentales hechas mención se ha realizado en forma sintética en la presente investigación, así como en notas al pie cuando correspondía ello.

Así, en un sentido interno, el análisis previo a tal expresión ha sido netamente de carácter cualitativo, habiendo realizado interpretación en cada fuente documental, aunque tratando de guardar las posturas expuestas en cada una de las mismas, buscando la interpretación filosófica para el arraigo deontológico de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como aquella normativa y pragmática a través de la experiencia internacional y nacional en la materia, sin dejar de lado los instrumentos normativos internacionales y nacionales (constitucionales) tomados.

II. SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

2.1.1. HIPÓTESIS 01:

“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige un cumplimiento pragmático y progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según la posibilidad de cada Estado, y la cooperación internacional.”

Dado el carácter que tienen los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC), que significan distintos tipos de condiciones necesarias para su efectiva implementación, las cuales, implicando obligaciones positivas al Estado, tal como todo derecho fundamental, refieren un costo, que cada país debe afrontar, sin embargo, no tomando a cuenta imposibilidades, sino de acuerdo a la capacidad Estatal que se tenga, sin perjuicio de lo estimado como cooperación internacional entre países, para garantizar a los DESC, que no menos son derechos humanos.

De esa manera es que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sustenta este criterio, el mismo que puede observarse de manera concreta en su Observación General N° 03 sobre “la índole de las obligaciones de los Estados Partes” en referencia al párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de DESC, elaborada en el 5º Periodo de Sesiones en 1990 (U.N. Doc. E/1991/23).

En tal sentido, y entre otros aspectos desarrollados que hemos observado de distintos entes internacionales, vemos que los DESC no sólo son “políticas promocionales”, sino que se exige sobre las mismas su eficacia en la realidad, en otras palabras: un cumplimiento pragmático.

En la misma línea tenemos a autores ya citados, desde Victor Abramovich y Christian Courtis, hasta el profesor Olivier de Schutter, que sustentan esta posición, conforme hemos

observado en nuestro marco teórico, superándose todo aquel escepticismo sembrado por juristas como Vierdag.

Así, queda **SUSTENTADO** por nuestras fuentes doctrinarias que es por cuestiones objetivas que se impulsa y sustenta el compromiso de obligaciones a los Estados en relación a la implementación de los DESC, **CONFIRMANDO** la hipótesis ya planteada: esto es, una obligación de implementación en forma pragmática y progresiva, sin retrocesos, sino en constante avance y desarrollo, sea por separado o mediando asistencia y cooperación internacional, como bien consagra el Pacto Internacional de los DESC.

2.1.2. HIPÓTESIS 02

“En la Jurisprudencia internacional los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han llegado a gozar de Tutela Jurisdiccional Efectiva, negativa y positiva.”

La actividad jurisdiccional de las Altas Cortes nos ha demostrado la necesidad y posibilidad de que los DESC gocen de Tutela Jurisdiccional Efectiva en toda dimensión.

Vemos en la práctica jurisdiccional –y *cuasi jurisdiccional*- cómo es que los DESC, si bien distintos, son indesligables de los derechos civiles y políticos, y encontramos una valoración particular de los DESC para resolver cada caso, como pudo observarse en la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado formulada por la Corte Internacional de Justicia, así como la consideración tomada por otros organismos internacionales, percibiéndose además un crecimiento y consolidación argumentativa en la resolución de casos por las Altas Cortes internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además de ello vemos que casos como Grootboom contra la República de Sudáfrica sobre el derecho a la vivienda, o el caso de la Unión de Personas para las Libertades Civiles contra la Unión India ante la Corte Suprema de la India acerca del derecho a la alimentación, nos permiten observar la posibilidad armónica de Tutela Jurisdiccional en un nivel amplio sin existir un debilitamiento de la democracia y separación de poderes, sino al contrario, propiciando un “constitucionalismo fuerte” al subsanar las falencias por tutela de urgencia cometidas por los otros poderes públicos.

Asimismo, se contempla la vinculación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en forma normativa e interpretativa, y el Derecho Interno, viéndose cómo las Altas Cortes integran ambos campos para la resolución de los casos

sometidos a juzgamiento, integrándose las exigencias del Derecho Internacional en armonía con el Derecho Constitucional de cada Estado, y conforme a las circunstancias de los mismos.

Así, queda **SUSTENTADO** que aunque cada Corte reaccione de diferente manera, tenemos ejemplos concretos y vastos sobre aquellos que conceden Tutela positiva desde los diversos niveles de protección de los derechos humanos global, regional y doméstico, y por tanto **CONFIRMANDO** la hipótesis expresada, en cuanto tenemos jurisprudencia ordenando o estableciendo un marco para conducir medidas determinadas al logro de cierto DESC, no estableciendo políticas directamente, sino conduciendo a su establecimiento y logrando un real otorgamiento de Tutela Jurisdiccional en sus dos dimensiones a los DESC.

2.1.3. HIPÓTESIS 03

“El Ordenamiento Jurídico peruano permite una Tutela Jurisdiccional positiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.”

Es conocida la larga trayectoria del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y pensionaria, con algunos tinos y desatinos, pero existente y posible.

Así también en caso de otros derechos, como el derecho a la salud, pudiendo citarse el caso por VIH de José Luis Correa Condori, en cuanto Tutela Jurisdiccional positiva individual en forma imperativa en pos del demandante, y en forma exhortativa en pos de la colectividad y el derecho a la salud misma. Como también el proceso de cumplimiento de Diomedes Luis Nieto Tinoco, en un acercamiento a la garantía de Tutela difusa y argumentación sobre el cumplimiento de obligaciones normativas y otorgando de igual manera Tutela Jurisdiccional positiva con una orden compleja bajo el principio de razonabilidad.

En ese sentido, se busca un constitucionalismo “fuerte” –*en palabras de Comanducci*- el cual es posibilitado en nuestro ordenamiento jurídico, con énfasis en el Tribunal Constitucional, no siendo ente dependiente de algún poder público, sino autónomo, dependiente de la misma Constitución y en pos de la misma, de su garantía, y no de una simple “limitación a los poderes públicos”, sino de una efectiva, que logre los derechos fundamentales y proteja el orden orgánico constitucional.

Así, queda **SUSTENTADO** entonces que no existe limitación normativa, *más que la Constitución y sus principios*, para el otorgamiento de Tutela Jurisdiccional positiva, considerándose que funcionalmente se encuentra facultado para ello, y por tanto **CONFIRMAMOS** la hipótesis en mención.

2.2. HIPÓTESIS GENERAL

“Los límites de Tutela Jurisdiccional Positiva de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales resultan de la aplicación del Principio de Razonabilidad.”

Considerando que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) importan obligaciones al Estado desde un nivel del Derecho Internacional hasta el ámbito Constitucional, tales son ineludibles, sin embargo, hemos observado que tienen matices particulares en su estructura y modo de implementación.

En tal sentido, es una labor ardua propia del Poder Ejecutivo, aunque ciertamente el Legislativo pueda tener participación, aun así, las Altas Cortes no pueden desconocer su tutela, tratándose de derechos humanos, fundamentales y subjetivos, tal como hemos planteado.

Partiendo de ello, hemos visto desde fuentes doctrinales como aquellas de fuentes jurisprudenciales y normativas, que a nivel internacional y normativo-nacional, la posibilidad y exigencia que se tiene de Tutela Jurisdiccional en dimensiones negativa y positiva.

Sin embargo, puede percibirse del mismo modo, tal como declaran Holmes y Sunstein, la delicada labor que puedan efectuar las Altas Cortes, pues ciertamente el ejercer Tutela positiva requerirá a las Cortes labores de “administración” y “ejecución”, roles de otros poderes, pero que finalmente son necesarios para la implementación y satisfacción de determinado derecho.

Sustentándose los mismos en un criterio de urgencia, provisión y cautela, no reemplazando la labor de los otros poderes públicos, sino “cubriendo” las falencias por omisión cometidas por los mismos poderes mediante alternativas provisorias.

Así, ha quedado **SUSTENTADO**, debido a la especial estructura de los DESC, las obligaciones que se desprenden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en general aquellas en

función a su estructura, la experiencia de las Altas Cortes Internacionales y Extranjeras, así como la posibilidad de Tutela Jurisdiccional Positiva en el Perú, que conforme a las obligaciones Estatales en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal Tutela debe obedecer a una de progresividad, con tal delicadez necesaria, que sólo el Principio de Razonabilidad hace posible, del cual se desprende tal “progresividad”.

Por lo tanto, procedemos a **CONFIRMAR** nuestra hipótesis principal ya citada.

**CAPÍTULO V:
CONCLUSIONES**

PRIMERA:

Los derechos imposibles de realizarse realmente no son derechos, sin embargo no es el caso de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales pueden implementarse, realizarse y satisfacerse, el Derecho no es ajeno a las posibilidades fácticas existentes, es por ello que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige un cumplimiento pragmático bajo el principio de progresividad, sobre la base del principio de igualdad, en cada Estado, sea de manera singular y/o bajo cooperación internacional.

SEGUNDA:

Distintas Altas Cortes, así como Entes Internacionales, han llegado a sustentar Resoluciones emblemáticas en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lográndose observar un otorgamiento de Tutela Jurisdiccional Efectiva, tanto en sus dimensiones negativas (como abstención del Estado) como positivas (como acción necesaria del Estado), demostrando su posibilidad y necesidad a través de cada caso examinado por tales.

TERCERA:

Una observación al Ordenamiento Jurídico peruano, en cuanto a su normativa, percibida por sus dispositivos legales así como Jurisprudencia, permite conocer que tanto nuestro Poder Judicial, en diversos casos y en cuanto resulte una vía igualmente satisfactoria, como nuestro Tribunal Constitucional se encuentran facultados constitucionalmente para garantizar una Tutela Jurisdiccional de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, pudiendo incluso, otorgar Tutela positiva, como se ha percibido incluso en la jurisprudencia del Tribunal.

CUARTA:

Siendo las Altas Cortes garantes de los derechos fundamentales, nada impide su Tutela, ello en la medida de lo posible fácticamente por el Estado, e implicando una obligación de progresividad, dinámica, por lo que más que por proporcionalidad, será por el Principio de Razonabilidad, que se determinará los límites de Tutela Jurisdiccional Positiva que se pueda brindar en cada caso, en armonía con cada Sistema Jurídico, una unidad coherente que parte desde la Constitución, normativa y fácticamente.

BIBLIOGRAFÍA

I. FUENTES DOCTRINALES

ABAD YUPANQUI Samuel B, "Constitución y Procesos Constitucionales", 5ta. Edición, Palestra Editores, Lima, 2015, ISBN 978-612-4218-28-6.

ABRAMOVICH Victor y COURTIS Christian, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Editorial Trotta, Madrid – España, 2002

ABRAMOVICH Victor y COURTIS Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", [en línea] Instituto de Investigación de Derechos Humanos, 2004, Formato PDF, Disponible en internet:

<http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf>

ALEMANY Macario (ed.), "La calamidad del hambre ¿Qué pasa con el derecho más básico?", Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Palestra Editores, Lima, 2012, ISBN 978-612-4047-85-5.

ALEXY Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", [en línea], Trad. ATIENZA Manuel, en Doxa, Nº 5, 1988, ISSN 0214-8676, Alicante – España, [consultado 21/12/2015], Formato PDF, Disponible en:

<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf>

ALEXY Robert, "Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", [en línea], en Revista española de derecho constitucional, Año Nº 22, Nº 66, Madrid – España. ISSN 0211-5743, Formato PDF, Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/289390.pdf>>

ALEXY Robert, "La fórmula del peso", [en línea], en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ed. CARBONELL Miguel, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito

– Ecuador, ISBN 978-9978-92-686-4, Formato PDF, Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf>>

ALEXY Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, [en línea], en Derechos sociales y ponderación, 2ª Edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid – España, 2009, ISBN 978-84-612-1228-6, Formato PDF, Disponible en: <http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion/DERECHOS_%20SOCIALES_Y_%20PONDERACION.pdf>

ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid – España, 1993, ISBN 84-259-0939-2.

ALSTON Philip, "Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights", Human Rights Quarterly, vol. 9: 332-381, 1987.

ALSTON Philip, “Aplicación efectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidas las obligaciones en materia de presentación de informes de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos”, Tema 109 del programa, 44ª periodo de sesiones, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, (UN Doc. A/44/668)

ANSUÁTEGUI ROIG Francisco J., “La historia de los Derechos Humanos”, [en línea] en Introducción a los Derechos Humanos, II Maestría en Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, ISBN 84-7993-021-7, [citado 02/08/2015], Formato PDF, Disponible en internet: <<http://bit.ly/1g61AfJ>>

ARANGO Rodolfo, “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, [en línea] en “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, 2005, [consultado 12/12/2015], Formato PDF, Fragmento disponible en: <<http://www.bdigital.unal.edu.co/38036/1/40339-181151-1-PB.pdf>>

ARBOUR Louise, “Freedom from want’ – from charity to entitlement”, LaFontaine-Baldwin Lecture, Quebec – Canada, 2005

ARISTÓTELES, “Política”, Ed. Gredos, Trad. GARCÍA VALDÉS, Madrid – España, 2004, ISBN 9788424912833

ARISTÓTELES, “Ética Nicomaquea, Ética Eudemia”, Ed. Gredos, Trad. PALLÍ BONET, Madrid – España, 2003, ISBN 978842910075.

ASBJØRN Eide, “Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects”, on Human Rights in Development yearbook 1999/2000, Kluwer Law International, ISBN 90-411-1576-5

ATIENZA Manuel, “Sobre el Concepto de Dignidad Humana”, en “Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”, Coord. CASADO María, Editorial Civitas, 2009, ISBN 978-84-4703-261-7

BARRÍA REYES Rodrigo, “Matthieu Ricard: Yo, el más feliz del mundo”, [en línea], en Revista In, LAN, [consultado 07/12/2015], Formato HTM, Disponible en: <<http://in-lan.com/personajes/perfiles-personajes/yo-el-mas-feliz-del-mundo/>>

BASU Kaushik, “Arguments for a Better World: Essays in Honor of Amartya Sen: Volume I, Ethics, Welfare and Measurement”, Oxford University Press, New York – United States of America, 2009, ISBN 9780199239993

BAUZON Stéphane, “El Derecho Natural según Michel Villey”, Trad. MELO Verónica, en “Las razones del derecho natural”, 2da. Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires - Argentina, ISBN 978-950-569-274-3

BELLAMY Richard, “The Democratic Constitution: Why Europeans should Avoid American Style Constitutional Judicial Review”, on European Political Science, Vol. 07, Nº 01, Palgrave Macmillan UK, London – England, 2008, DOI 10.1057

BENTHAM Jeremy, "Principles of Judicial Procedure, with the outlines of a Procedure Code", The Works of Jeremy Bentham, Vol. II, Ed. John Bowring, W. Thait, 1843

BERNAL PULIDO Carlos, "Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación", [en línea], Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F. – México, 2009, ISBN 978-607-7599-56-2, [consultado 04/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://www.iedf.org.mx/sites/DDHH/publicaciones/03.pdf>>

BERNAL PULIDO Carlos, "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?", [en línea], en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 30, 2007, ISSN 0214-8676, Alicante – España, [consultado 16/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf>

BOBBIO Norberto, "Teoría General del Derecho", 2ª Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2002

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, "Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución", en Escritos sobre Derechos Fundamentales, Trad. REQUEJO Juan L. y VILLAVARDE Ignacio, Nomos, Berlín – Alemania, 1993, ISBN 3-78942996-3

BURGORGUE-LARSEN Laurence, "The right to an effective remedy", on The Inter-American Court of Human Rights, Oxford University Press, New York – United States, 2011, ISBN 978-019-958878-7

CARBONELL Miguel, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, "Los derechos sociales y su Justiciabilidad directa", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Flores, 2014, ISBN 978-607-610-133-9

CARRUITERO LECCA Francisco, "Manual de Derechos Humanos", Librería y Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, 2002.

CASAL H., Jesús María, “Constitución y justicia constitucional”, 4ta ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, ISBN 980-244-243-7.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO José, “La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano”, Palestra Editores, Lima, 2012, ISBN 978-612-4047-76-3.

CLEMENTS Luke and SIMMONS Alan, “European Court of Human Rights: Sympathetic Unease”, on Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0521678056

COURTIS Christian, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, [en línea], en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº 5, 2006, ISSN 1870-8390, México D.F. – México, [citado 25/02/2016], Formato PDF, Disponible en internet: <miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_derecho_a_un_recurso.pdf>

COURTIS Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, 1ª Ed., Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 2006, ISBN 987-9120-90-6

CRAWFORD James, PELLET Alain, OLLESON Simon, “The Law of International Responsibility”, Oxford University Press, New York – United States, 2010

D’ARGENT Pierre, “Applying International Law”, on LouvainX: International Law, Université catholique de Louvain, Courseware.

DANKWA Victor, FLINTERMAN Cees and LECKIE Scott, “Commentary on the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, Human Rights Quarterly, Nº 20 (3), 1998, DOI: 10.1353/hrq.1998.0028

DE KONINCK, Thomas, De la dignidad humana, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2006.

DE SCHUTTER Olivier (ed.), “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, Human Rights Law series, Edward Elgar Publ., London, 2013.

DE SCHUTTER Olivier, “International Human Rights Law”, 1st Edition, 2010, Cambridge University Press.

DE SCHUTTER Olivier, “The ‘Right to food’ case before the Supreme Court of India”, part of section 7, sub-section 2: The justiciability of social rights, on Louv2.01x International Human Rights [Louvain online course], Université catholique de Louvain, edX, March, 2014.

DE SCHUTTER Olivier, “The Typology of Human Rights Obligations”, [en línea], Transcript, Université catholique de Louvain, on International Human Rights, [citado 02/07/2015], Formato PDF, disponible en internet:

<https://courses.edx.org/c4x/LouvainX/Louv2.01x/asset/_Transcript__Louv201x_-_Typology_of_Obligations.pdf>

DE SCHUTTER Olivier, EIDE Asbjørn, KHALFAN Ashfaq, ORELLANA Marcos, SALOMON Margot, SEIDERMAN Ian, “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, [en línea], Human Rights Quarterly, Vol. 34, 2012, The John Hopkins University Press, pp. 1084-1169, [citado 08/08/2015], Formato PDF, disponible en internet: <<http://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/12/HRQMaastricht-Maastricht-Principles-on-ETO.pdf>>

DENNIS Michael J., STEWART David P., “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, on The American Journal of International Law, Vol. 98, Nº 03, American Society of International Law, USA, July, 2004

DICTER, "Diccionario de la Ciencia y de la Técnica del Renacimiento", [en línea], Dir. MANCHO DUQUE Jesús, Universidad de Salamanca, [consultado 15/01/2016], Formato PHP, Disponible en: <<http://dicter.usal.es/>>

DONOSO CASTELLÓN Arturo J., "Educación en Derechos Humanos y Personalización Humana", en "Derecho Constitucional y Derechos Humanos", IV Convención Latinoamericana de Derecho, Ediciones BLG, Trujillo – Perú, 2005

DORN GARRIDO Carlos, "La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual", [en línea], en Revista de Derecho, N° 26, 2011, pp. 71-108, [citado 22/11/2015], Formato PDF, disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/a2afd5f8-b399-4eeb-80da-eb299807758a/rev+26_7+la+dignidad+de+la+persona+limite+a+la+a+autonomia+individual.pdf?MOD=AJPERES>

DWORKIN Ronald, "El imperio de la justicia", Trad. FERRARI Claudia, 2º Edición, Gedisa, Barcelona – España, 2012, ISBN 978-84-7432-323-8

DWORKIN Ronald, "Los derechos en serio", Trad. GUASTAVINO Marta, 2ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona – España, 1989, ISBN 84-344-1508-9

DWORKIN Ronald, "Taking rights seriously", Bloomsbury Academic, 2013

FAULKNER William, "Intrusos en el polvo", Editorial Alfaguara, España, 2012, ISBN 9788420402642.

FELNER Eitan, "A new frontier in economic and social rights advocacy? Turning quantitative data into a tool for human rights accountability", [en línea], on International Journal on Human Rights, Year 05 N° 09, São Paulo, December, 2008, On-line version ISSN 1983-3342, pp. 109-154, [citado 15/08/2016], Formato PDF, disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n9/en_v5n9a07.pdf>

FERNÁNDEZ GARCÍA Eusebio, “Los Derechos Humanos y la Historia”, en Constitución y derechos fundamentales, Presidencia del Gobierno de España, Madrid, 2004, ISBN 84-259-1272-5

FERRAJOLI Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Ed. de De CABO y PISARELLO, Trotta, Madrid – España, 2001, ISBN 84-8164-436-6.

FERRAJOLI Luigi, RUIZ MANERO Juan, “Un debate sobre principios constitucionales”, Serie Derechos y Garantías, Palestra Editores, Lima, 2014, ISBN 978-612-4218-19-4.

FUKUDA-PARR Sakiko, LAWSON-REMER Terra, RANDOLPH Susan, “Measuring the Progressive Realization of Human Rights Obligations: An Index of Economic and Social Rights Fulfilment”, [en línea], Working Paper 2008-22, University of Connecticut, August, 2008, [citado 15/08/2016], Formato PDF, disponible en:
<http://digitalcommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=econ_wpapers>

GARCÍA AMADO Juan Antonio, “Derechos y ponderación” [video], Universitat de Girona, 20 de Febrero, 2015, Girona – España, Formato FLASH, Disponible en internet: <<http://bit.ly/1nL2BxU>>

GARCÍA MACHO Ricardo y SOMMERMANN Karl-Peter (Trad.), “Ley Fundamental de la República Federal de Alemania”, [en línea], 2010, [consultado 15/12/2015], Formato PDF, Disponible en: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>>

GIL DOMINGUEZ Andrés, “Derechos subjetivos y derechos colectivos: similitudes y diferencias”, [en línea], en Lecciones y Ensayos, Nº 80, 2005, ISBN 0024-00791, pp. 127-137, [consultado 20/12/2015], Formato PDF, disponible en:
<<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/derechos-subjetivos-y-derechos-colectivos-similitudes-y-diferencias.pdf>>

GLENDON Mary Ann, “Hope, Critique and Possibility: Universal Rights in Societies of Difference” [video], Entrevista, Formato FLASH, [citado 03/08/2015], Disponible en internet: <<http://bit.ly/1M3EO4u>>

GLUCHMAN Vasil, “Dignidad y sus consecuencias: Ensayos de una ética socio-consecuencialista”, Trad. MISSERI Lucas E., 1ª Edición, Mar de Plata, Buenos Aires – Argentina, Kazak Ediciones, 2014, ISBN 978-987-26573-2-1

GÓMEZ Uziel, Entrevista a Axel Kaiser, [en línea], en El Líbero, publicado 04/01/2016, [consultado 18/01/2016], Formato PHP, Disponible en: <<http://ellibero.cl/actualidad/axel-kaiser-los-derechos-sociales-son-un-mito-un-derecho-social-es-un-derecho-a-la-plata-de-otro/>>

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS Lourdes, “¿La autonomía, fundamento de la dignidad humana?”, [en línea], en Cuadernos de Bioética, vol. XIX, núm. 2, mayo-agosto, 2008, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Murcia – España, ISSN 1132-1989, [citado 22/11/2015], Formato PDF, Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87506604>>

GOULART PIMENTA Leonardo, “Direito e religião no direito romano antigo”, [en línea], em Revista Eletrônica de Direito, Edição 16, Centro Universitário Newton Paiva, ISSN 1678-8729, [consultado 25/02/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D16-10.pdf> >

GRÁNDEZ CASTRO Pedro (ed.), “El Derecho frente a la Pobreza: Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos”, Palestra Editores, Lima, ISBN 978-612-4047-26-8

GRÁNDEZ CASTRO Pedro P., “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, [en línea], en Revista do Observatório da Jurisdição Constitucional, Año 3, 2009/2010, Instituto Brasileiro de Direito Público, ISSN 1982-4564, [consultado 16/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/download/394/268>>

GRÁNDEZ CASTRO Pedro, MORALES Félix, “La argumentación jurídica en el Estado Constitucional”, Palestra Editores, Lima, 2013, ISBN 978-612-4218-01-9.

GUTIÉRREZ CAMACHO Walter y SOSA SACIO Juan Manuel, “Dignidad de la persona”, en La Constitución Comentada, Tomo I, 2ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2013, ISBN 9786123110055

HÄBERLE Peter, “‘Verfassungslehre als Kulturwissenschaft am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz’, a Aus Politik und Zeitgeschichte, núm. 16, 1999”, traducido al catalán por el profesor d’Hèctor López Bofill para la “Revista de Llengua I Dret, Núm. 32, Desembre de 1999, Barcelona.

HÄBERLE Peter, “El Estado Constitucional”, Trad. FIX-FIERRO, Serie Doctrina Jurídica Nº 47, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, ISBN 968-36-9069-6

HAKANSSON Carlos, “Posición constitucional de los tratados de Derechos Humanos en la Carta de 1993”, en la Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú, 1ª Edición, Palestra Editores, 2015, ISBN 978-612-4218-31-6

HART H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en “Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis”, Trad. CARRIÓ Genaro R., Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1962

HEIDEGGER Martín, “Arte y Poesía”, Trad. RAMOS Samuel, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., Buenos Aires – Argentina, 1992, ISBN 950-557-124-0

HEIDEGGER Martín, “Carta sobre el humanismo”, Trad. CORTÉS Helena y LEYTE Arturo, Editorial Alianza, Madrid – España, 2001

HEIDEGGER Martin, “Ser y Tiempo”, Trad. RIVERA Jorge E., Editorial Trotta, Madrid – España, 2009, ISBN 9788498790474.

HEIDEGGER Martin, "Identidad y diferencia – Identität und different", 2ª Edición, edición bilingüe, Editorial Anthropos, Barcelona, 2008

HERRÁN Eric, "Heidegger y la crítica contemporánea de la modernidad jurídica". [en línea], Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Nº 20, abril, 2004. [consultado el 03/01/2015]. Formato PDF. Disponible en: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/03697399900447539732268/Isonomia10.pdf>>

HERRERA FLORES Joaquín, "Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales", en Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica, [en línea], Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos (2003/2004), 2ª Edición, EDIPUCRS, Porto Alegre – Brasil, 2010, [consultado 12/12/2015], Formato PDF, Disponible en: <www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>

HESSE Konrad, "El Significado de los Derechos Fundamentales", en Escritos de Derecho Constitucional, 1ª Ed., Trad. CRUZ VILLALON Pedro, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid – España, 2011

HOHFELD W. N., "Fundamental Legal Conceptions, as applied in judicial reasoning, and other legal essays", 1st. Ed., Yale University Press, New Haven – United States, 1919

HOLMES Stephen and R. SUNSTEIN Cass R., "The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes", W.W. Norton, New York and London, 1999

IHERING Rudolf von, "Del interés en los contratos", en 3 Estudios Jurídicos, Trad. GONZÁLEZ Adolfo, Editorial Atalaya, Buenos Aires – Argentina, 1947

IHERING Rudolf von, "El fin en el Derecho", Trad. RODRIGUEZ Leonardo, ed. Rodriguez Serra, Madrid – España, 1911

KANT Immanuel, “Crítica de la Razón Pura”, Segunda Edición, 1787, Trad. CAIMI Mario, Editorial Cohnue, Buenos Aires – Argentina, 2007, ISBN 978-950-563-049-3

KANT Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, 1785, Trad. GARCÍA MORENTE Manuel [Madrid, 1921], Ed. Pedro M. Rosario Barbosa, San Juan – Puerto Rico, 2007

KANT Immanuel, “La metafísica de las costumbres”, Primera Edición, 1797, Trad. CORTINA ORTS Adela y CONILL SANCHO Jesús, Editorial Tecnos, Madrid – España, 2008, ISBN 978-84-309-4342-5

KELSEN Hans, “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”, 3ª Edición, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima – Perú, 2001.

KELSEN Hans, “Teoría Pura del Derecho”, (2ª Ed.), Trad. VERNENGO Roberto, 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, ISBN 968-58-0032-4

KENNA Padraic, “El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles”, [en línea], en Revista de Derecho Político, N° 74, 2009, ISSN 0211-979X, [consultado 01/09/2016], Formato PDF, Disponible en:

<<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/9080/8673>>

KOMMERS Donald P., “The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany”, Duke University Press, 1997, ISBN 9780822318385

KRESALIA ROSSELLO Baldo, “Derecho al bienestar y ética para el desarrollo”, Colección Derecho PUCP, Palestra Editores, Lima, 2008, ISBN 978-9972-224-90-4.

LANDA ARROYO César, “Dignidad de la persona humana”, en Revista Ius Et Veritas, año X, N° 21, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000

LANDA ARROYO César, “Estudio Preliminar”, en *Constitucionalismo y Judicial Review*, Palestra Extramuros, Palestra, Lima, 2013

LANDA ARROYO César, “Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional: Entre el Derecho y la Política”, Serie Derechos y Garantías, Palestra Editores, Lima, 2011, ISBN 978-612-4047-55-8.

LANDAU David, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard Journal of International Law*, Volume 53, Number 1, Winter 2012, Massachusetts – United States of America

LANGFORD Malcom (ed.), “Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law”, Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0521678056.

LAPORTA Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, [en línea], en *Doxa*, Nº 04, 1987, ISSN 0214-8876, pp. 23-46, [consultado 10/12/2015], Formato PDF, Disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/10897>

LASSALLE Ferdinand, “¿Qué es una Constitución?”, 1ª Edición, Editorial Cenit S.A., Madrid – España, 1931

LEÓN FLORIÁN Felipe Johan, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, en *Revista de Derechos Humanos*, Vol. 5, 2014, Instituto para los derechos humanos y la democracia, Universidad de Piura, ISSN 2218-9459

MARÍA BANDIERI Luis, “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”, en *La argumentación jurídica: Problemas de concepto, método y aplicación*, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico ed., Universidad Santiago de Compostela, La Coruña – España, ISBN 84-9750-365-1

MARX Karl, “Sobre La cuestión judía”, ensayo en *Páginas Malditas*, editorial Libros de Anarres, Buenos Aires, 2012, ISBN 9789871523177

MEDINA ARDILA Felipe, “La Responsabilidad Internacional del Estado por Actos de Particulares: Análisis Jurisprudencial Interamericano”, [en

línea], Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2011, [citado 31/03/2016], Formato PDF, Disponible en internet: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>>

MEDINA QUIROGA Cecilia, “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia”, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2003, ISBN 9968-917-40-0

MELKEVIK Bjarne, “Una mirada modernista sobre el ‘Derecho Natural’ o cómo reunirse con la Modernidad Jurídica”, en “Las razones del derecho natural”, 2da. Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires - Argentina, 2008, ISBN 978-950-569-274-3

MÖLLER Kai, “Proportionality: Challenging the critics”, [en línea], on International Journal of Constitutional Law (I•CON), Vol. 10, N° 03, 2012, Oxford University Press and New York University School of Law, North Carolina – USA, pp. 709-731, ISSN 1474-2659, [consultado 24/01/2016], Formato PDF, Disponible en: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/10/3/709.full.pdf>>.

MOSQUERA MONELOS Susana (co.), “La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú”, 1ra Edición, Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos, Universidad de Piura, Palestra Editores, 2015, ISBN 978-612-4218-31-6.

MZIKENGE CHIRWA Danwood, “African Regional Human Rights System: The Promise of Recent Jurisprudence on Social Rights”, on Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0521678056

NEVES Marcelo, “La constitucionalización simbólica”, Palestra Extramuros, Palestra Editores, Lima, 2015, ISBN 978-612-4218-38-5

NUÑEZ VAQUERO Álvaro, “Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, [en línea], en Anuario de filosofía del derecho, N° 26, 2010, Universidad la Rioja, La Rioja – España, ISSN 0518-0872, [consultado 14/12/2015], Formato

PDF, Disponible en:

<<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3313283.pdf>>

PAPACCHINI Angelo, “Los Derechos Humanos a través de la Historia”, en Revista Colombiana de Psicología [en línea], número 7, año 1997, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., pp. 138-200, [citado 03/08/2015], Formato PDF, Disponible en internet: <<http://bit.ly/1E6EOtZ>>

PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio, “Reflexiones sobre la Evolución Histórica y el Concepto de Dignidad Humana”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2005

PELÉ Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política, Nº 1, Diciembre-Enero, 2004, Editorial de la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, ISSN 1698-7950

PONCE MARTÍNEZ Carlos F., “La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos”, [en línea], en Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 19-20, 2001-2002, Universidad de Extremadura, Cáceres – España, ISSN 0213-988X, pp. 253-279, [consultado 11/02/2016], Formato PDF, Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831275.pdf>>

POZZOLO Susanna (ed.), “Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos”, Colección Postpositivismo y Derecho, Palestra Editores, Lima, 2011, ISBN 978-612-4047-67-1

POZZOLO Susanna y ESCUDERO Rafael (ed.), “Disposición vs Norma”, Colección Postpositivismo y Derecho, Palestra Editores, Lima, 2011, ISBN 978-612-4047-66-4

RABBI-BALDI CABANILLAS (Coord.), “Las razones del derecho natural”, 2da. Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires – Argentina, ISBN 978-950-569-274-3

RABBI-BALDI CABANILLAS Renato, “Reflexiones desde la idea de derecho natural en Michel Villey”, en “Las razones del derecho natural”, 2da. Edición, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires - Argentina, ISBN 978-950-569-274-3

Real Academia Española (RAE), “Diccionario de la lengua española”, 23ª Edición, ASALE, 2014

RECASÉNS SICHES Luis, “Tratado General de Filosofía del Derecho”, 19ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F. – México, 2008, ISBN 978-970-07-6480-X

ROACH Kent, “The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights”, on Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0521678056

RODRIGUEZ CARRIÓN Alejandro, “Lecciones de Derecho Internacional Público”, 2ª Edición, Ed. Tecnos S.A., Madrid – España, 1990, ISBN 84-309-1915-5

ROOSEVELT Eleanor, discurso sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 10 de diciembre de 1948. Puede accederse comentarios del discurso en “Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights” [video], Formato FLASH, [citado 02/08/2015], Disponible en Internet: <<http://bit.ly/1E6DqYg>>

ROOSEVELT Franklin D., State of the Union Message to Congress, January 11, 1944, [en línea], Formato HTM, [citado 13/04/2016], Disponible en: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16518>>

SAMPAIO DA SILVA Thais, “Heidegger e Dworkin – Dialogo para a fundamentação ontologica da teoría da resposta correta”, [en línea], en “Filosofia do direito”, Coord. POZZOLI Lafayette e SOBREIRA FILHO Enoque F., Organização CONPEDI/UNICURITIBA, ISBN 978-85-7840-159-7, pp. 252-278, [citado 01/12/2015], Formato PDF, disponible en: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ec2442aa04c1575>>

SÁNCHEZ GIL Rubén, “El principio de proporcionalidad”, 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, ISBN 970-32-3939-0

SCHWABE Jürgen, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Fundación Konrad Adenauer, México DF – México, 2009

SEN Amartya, “Development as Freedom”, 1st ed., Anchor Books, New York, 2000, ISBN 0-385-72027-0

SEN Amartya, “The right not to be hungry”, on The Right to Food, Ed. ALSTON P. and TOMAŠEVSKI K., Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1984

SENGUPTA Arjun, “On the Theory and Practice of the Rights to Development”, on Reflections on the Right to Development, Sage Publications, New Delhi – India, 2005, ISBN 0-7619-3370-0

SHUE Henry, “Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy”, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1980, ISBN 9780691072593

SOETEMAN Arend, “Logic in Law: Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law”, Springer Science & Business Media, Netherlands, 2013, ISBN 978-94-015-7821-9

SPINOZA Baruch, “Ética demostrada según el orden geométrico”, Trad. PEÑA Vidal, Ediciones Orbis S.A. Hyspamerica, Madrid – España, 1984, ISBN 9788475304687

SPINOZA Baruch, “Tratado Político”, Trad. DOMINGUEZ Atilano, Alianza Editorial, Madrid – España, 1986, ISBN 84-206-0219-1

SRIVASTAVA Ravi S., “Through the prism of human rights”, [en línea] in Securing The Insecure, India-Seminar Symposium, num. 568, December, 2006, New Delhi – India, Formato HTM, disponible en: <http://www.india-seminar.com/2006/568/568_ravi_s_srivastava.htm>

SUAREZ Eloy Emiliano, "Introducción al Derecho", 1º reimpresión corregida, Centro de Publicaciones, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe – Argentina, 2004

TAGLIAVIA LOPEZ Andrés, "La Interpretación desde la Teoría del Derecho", [en línea], Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid – España, 1995, [Consultado 29/12/2015], Formato PDF, Disponible en internet:
<biblioteca.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0010001.pdf>

TUSHNET Mark, "Constitucionalismo y Judicial Review", Colección Palestra Extramuros, Palestra Editores, Lima, 2013, ISBN 978-612-4047-92-3.

UNIVERSIDAD DE PIURA, "Revista de Derechos Humanos", Vol. 5, 2014, ISSN 2218-9459

VALLARDO BERRÓN Fausto, "Teoría General del Derecho", 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. – México, 1972

VIERDAG E. W., "The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 9, 1978

VILLANUEVA FLORES Rocío, "Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo", Serie Derechos y Garantías, Palestra Editores, Lima, 2009, ISBN 978-612-4047-06-0.

VOLTAIRE, "Libertad", en Diccionario Filosófico, Editorial Akal, Madrid – España, 2007, ISBN 9788446027881

YOUNG Katharine G., "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", [en línea], on Yale International Law Journal, Nº 33, 2008, [citado 10/08/2016], Formato PDF, disponible en internet:
<<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1920&context=lsfp>>

II. DOCUMENTOS OFICIALES

Asamblea General de las Naciones Unidas, "Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre", Resolución 421 (V) celebrada en la 317ª sesión plenaria, 4 de diciembre de 1950, (UN Doc. A/RES/421(V)E)

Asamblea General de las Naciones Unidas, "Redacción de dos proyectos de pactos internacionales de derechos del hombre", Resolución 543 (VI) celebrada en la 375ª sesión plenaria, 5 de febrero de 1952, (UN Doc. A/RES/543(VI))

Asamblea General de las Naciones Unidas, "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", puesta en atención en la 85ª Sesión Plenaria, 12 de diciembre de 2001, (UN Doc. A/Res/56/83)

Asamblea General de las Naciones Unidas, "Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación", Resolución 421 (V) celebrada en la 317ª sesión plenaria, 4 de diciembre de 1950, (UN Doc. A/Res/421(V))

Asamblea General de las Naciones Unidas, "Redacción de dos proyectos de pactos internacionales de derechos del hombre", Resolución 543 (VI) celebrada en la 375ª sesión plenaria, 5 de febrero de 1952, (UN Doc. A/Res/543(VI)).

Asamblea General de las Naciones Unidas, "Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores", Resolución ES-10/14, celebrada en el 10º período extraordinario de sesiones de emergencia, 8 de diciembre de 2003, (UN Doc. A/RES/ES-10/15)

Comisión de Derecho Internacional (CDI), "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional", 2001, Volumen II, 2ª Parte, 53ª periodo de sesiones, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1986), Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 43ª Ronda de Sesiones, (UN Doc. E/CN.4/1987/17)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1998), Observación General N° 09: La aplicación interna del Pacto, 19º período de sesiones, (U.N. Doc. E/C.12/1998/24)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1990), Observación General N° 03: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (UN doc. UN Doc. E/1991/23).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1999a), Observación General N° 12: El derecho a una alimentación adecuada (UN doc. E/C.12/1999/5).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1990), Observación General N° 03: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (UN doc. E/1991/23).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2000), Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (UN doc. E/C.12/2000/4).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2002), Observación general N° 15: El derecho al agua (UN doc. E/C.12/2002/11).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2007), Observación general N° 19: El derecho a la seguridad social (UN doc. E/C.12/GC/19).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2000), Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (UN doc. E/C.12/2000/13)

Comité de Derechos Humanos (1989), Observación General N° 18: No discriminación, 37º periodo de sesiones, (UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.1)

Comité de Derechos Humanos (2004), Observación General N° 31: Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225)

Organización de los Estados Americanos (OEA), “Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos”, Actas y Documentos, San José – Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies”, (UN Doc. HR/PUB/06/12)

United Nations, “Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff”, [en línea], Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations Staff College Project, Formato PDF, disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HRhandbooken.pdf>>

III. FUENTES JURISPRUDENCIALES Y CUASI-JURISPRUDENCIALES

SISTEMA DE PROTECCIÓN GLOBAL

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (CDH, o “HRC” por sus siglas en inglés)

HUMAN RIGHTS COMMITTEE (2002), Wackenheim v. France, Communication No 854/1999, (UN Doc. CCPR/C/75/D/854/1999)

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU (CESCR)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CESCR), “I.D.G. contra España”, Comunicación N° 002/2014, Dictamen aprobado en el 55º periodo de sesiones, 2015, (E/C.12/55/D/2/2014)

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

Corte Internacional De Justicia (CIJ), “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, Opinión Consultiva, N° 136, 9 de julio de 2004, ISBN 92-1-070993-4, incluida en el acervo documentario de las Naciones Unidas en el 10mo. Periodo Extraordinario de Sesiones de Emergencia, (UN Doc. A/ES-10/273)

CIJ, “Casos relativos al África Sudoccidental”, Segunda Fase, Sentencia de fondo, 18 de julio de 1966

SISTEMA DE PROTECCIÓN REGIONAL EUROPEO

COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES (CEDS, o “ECSR” por sus siglas en inglés)

European Committee of Social Rights (ECSR), “Autism-Europe v. France”, Complaint N° 13/2002, Decision on the Merits, 2003.

ECSR, “International Commission of Jurists v Portugal”, Complaint N° 1/1998, Decision on the Merits, 1999.

**TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH, o
“ECHR” por sus siglas en inglés)**

European Court of Human Rights (ECHR), “Case of Storck v. Germany”, N° 61603/00, Judgement, 16 June 2005.

ECHR, “Case of Airey v. Ireland”, N° 6289/73, Judgement, Merits, 9 October 1979

ECHR, “Case of Van Der Mussele v. Belgium”, N° 8919/80, Judgement, 23 November 1983

ECHR, “Mouisel v. France”, N° 67263/01, Judgement, Merits and Just Satisfaction, 14 November 2002

ECHR, “Stanev v. Bulgaria”, N° 36760/06, Judgement, Merits and Just Satisfaction, 17 January 2012

SISTEMA DE PROTECCIÓN REGIONAL AFRICANO

COMISIÓN AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission on HPR), “The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria”, Communication N° 155/96, Decision, 15th Activity Report: 2001 – 2002, 27 October 2001

African Commission on HPR, “Purohit and Moore v. The Gambia”, Communication No. 241/2001, Decision, 16th Activity Report: 2002 – 2003, 29 May 2003

CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

African Court on Human and Peoples' Rights (African Court on HPR), “African Commission on Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya”, Application N° 006/2012

African Court on HPR, “African Commission on Human and Peoples’ Rights v. The Republic of Kenya”, Application N° 006/2012, Order of Provisional Measures, 15 March 2013

SISTEMA DE PROTECCIÓN REGIONAL INTER-AMERICANO

COMISIÓN INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH, o “IACHR” por sus siglas en inglés)

Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos (CIDH), “Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros c. Venezuela”, Petición 667/01, Caso 12.473, 21 de setiembre de 2001.

CIDH, “Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet c. Paraguay”, Informe N° 11/03, Admisibilidad, Caso 12.420, 20 de febrero de 2003.

CIDH, “Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet c. Paraguay”, Informe N° 30/08, Fondo, Caso 12.420, 17 de julio de 2008.

CIDH, “Comunidad Indígena Yaxye Axa del pueblo Enxet-Lengua c. Paraguay”, Petición N° 12.313.

CIDH, “Comunidad Indígena Yaxye Axa del pueblo Enxet-Lengua c. Paraguay”, Medida Cautelar, Caso 12.313, 26 de setiembre de 2001.

CIDH, “Comunidad Indígena Yaxye Axa del pueblo Enxet-Lengua c. Paraguay”, Informe N° 67/02, Fondo, Caso 12.313, 24 de octubre de 2002.

CIDH, “Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros c. Venezuela”, Acta de Compromiso, Caso 12.473, 2 de marzo de 2005.

CIDH, “Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros c. Venezuela”, Informe N° 70/06, Admisibilidad, Caso 12.473, 13 de Octubre de 2004

CIDH, “Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros c. Venezuela”, Informe N° 63/13, Solución Amistosa, Caso 12.473, 16 de Julio de 2013

CIDH, “Pobladores de Quishque-Tapayrihua c. Perú”, Informe N° 62/14, Admisibilidad, Petición N° 1216-03, 24 de julio de 2014

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH, o “I/A Court HR” por sus siglas en inglés)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “Otros Tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte”, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de setiembre de 1982

Corte IDH, “Acevedo Buendía y otros vs. Perú”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 01 de julio de 2009, Serie C N° 198

Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay”, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia, 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

Corte IDH, “Caso Gonzales Lluy y otros c. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 01 de septiembre de 2015, Serie C No. 298

Corte IDH, “El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías”, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, Serie A N° 8

Corte IDH, “Garantías Judiciales en estados de emergencia”, Opinión Consultiva OC-9/87, 06 de octubre de 1987, Serie A N° 9

Corte IDH, “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211

Corte IDH, “Observaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Anexo IV, Informe Anual, 1986, OEA/Ser.L/III.15, doc. 13

Corte IDH, “Tribunal Constitucional vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2001, Serie C N° 71

Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Excepciones Preliminares, 26 de junio de 1987, Serie C N° 1

Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, 29 de julio de 1988, Serie C N° 4

Corte IDH, “Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia de Fondo, 4 de julio de 2006, Serie C N° 149

Corte IDH, caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C 257.

Voto disidente de la Juez Cecilia Medina Quiroga, en: Corte IDH, “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C N° 179

Voto disidente de la Juez Cecilia Medina Quiroga, en: Corte IDH, “19 Comerciantes vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de julio de 2004, Serie C N° 109.

SISTEMA DE PROTECCIÓN A NIVEL DOMÉSTICO: JURISPRUDENCIA COMPARADA

ALEMANIA: La Corte Constitucional Federal de Alemania

BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS, “Abhörurteil”, BVerfGE 30, 1, Urteil 1970.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS, “Asylbewerberleistungsgesetz – AsylbLG”, 1 BvL 10/10, Urteil 2012

BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS, “Numerus Clausus I”, BVerfGE 33, 303, Urteil 1972.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS, “Soraya”, BVerfGE, 34, 269, Urteil 1973.

ARGENTINA: La Corte Suprema y la Corte Superior de Justicia de la Nación Argentina

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social, y Banco de Drogas Neoplásicas”, C. 823. XXXV. RHE, Fallo, 24 de octubre de 2000.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FEDERAL, “Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional, Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, Causa Nº 31.777/96, Sentencia, 2 de junio de 1998.

CANADÁ: La Corte Suprema de Canadá

SUPREME COURT OF CANADA, “Eldridge v. British Columbia (Attorney General)”, Judgement, [1997] 3 SCR 624

SUPREME COURT OF CANADA, “Slaight Communications Inc. v. Davidson”, Judgement, [1989] 1 SCR 1038.

COLOMBIA: La Corte Constitucional de Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-037/96

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-140/07

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-288/12

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-288/12

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-372/11

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-438/11

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-465/92

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-507/08

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-553/07

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-671/02

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-016/07

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-025/04

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-197/14

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-207/95

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-235/11

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-379/14

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-573/13

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-579/15

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-661/12

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-707/12

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-760/08

ESTADOS UNIDOS: La Corte Suprema de los Estados Unidos

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Brown v. Board of Education II”, 349 U.S. 294 (1955)

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Brown v. Board of Education”, 347 U.S. 483 (1954)

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896)

INDIA: La Corte Suprema de la India

SUPREME COURT OF INDIA, “People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Others”, in the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) N° 196/2001, Judgment of 2 May 2003.

PERÚ: El Tribunal Constitucional del Perú

STC N° 00004-2004-CC/TC

STC N° 00020-2012-AI/TC

STC N° 00023-2005-AI/TC

STC N° 00024-2003-AI/TC

STC N° 00025-2005-PI/TC

STC N° 00026-2005-PI/TC

STC N° 00026-2005-PI/TC

STC N° 00047-2004-AI/TC

STC N° 00050-2004-AI, 000051-2004-AI, 00004-2005-AI, 00007-2005-AI, 00009-2005-AI-TC (Acumulados)

STC N° 00090-2004-AA/TC

STC N° 00168-2005-PC/TC

STC N° 00217-2002-HC/TC

STC N° 01049-2003-AA/TC

STC N° 01124-2001-AA/TC

STC N° 01277-1999-AC/TC

STC N° 01417-2005-AA/TC

STC N° 02005-2009-AA/TC

STC N° 02016-2004-AA/TC

STC N° 02383-2013-PA/TC

STC N° 03257-2011-AA/TC

STC N° 04104-2013-PC/TC

STC N° 04119-2005-AA/TC

STC N° 05387-2008-PA/TC

STC N° 06534-2006-PA/TC

SUDÁFRICA: La Corte Constitucional y la Corte Superior de Justicia de Sudáfrica

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, "Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (2)", CCT8/02, [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033, 5 July 2002

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, "Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others", CCT 24/07, [2008] ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC); 2008 (5) BCLR 475 (CC), 19 February 2008

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, "Grootboom and others v. Government of the Republic of South Africa", CCT 11/00, [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, 4 October 2000.

HIGHT COURT OF SOUTH AFRICA, "Grootboom vs. Republic of South Africa", Cape of Good Hope Provincial Division, Case N° 6826/99

HIGHT COURT OF SOUTH AFRICA, "Florence Mahlangu vs Minister of Social Development et al.", Case N° 025754/05, Transvaal Provincial Division.

SUIZA: La Corte Federal de Suiza

FEDERAL COURT OF SWITZERLAND, V. vs. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons, para. 2(b), BGE/ATF 121 I 367, 1995, Trad. al inglés por INESCR-Net, [en línea], Formato DOC, disponible en:

<https://www.escr-net.org/sites/default/files/Court_Decision_0.doc>

ANEXOS

ANEXO Nº 01:
GUÍA DE REVISIÓN DOCUMENTAL

<u>Formato de revisión documental</u>	
Número de guía	
Datos descriptivos de la publicación	
Título de la publicación	
Fecha de publicación	
Autor/es	
Lugar de creación	
Palabras clave	
Aspectos metodológicos	
Relevancia	
Observaciones	