

LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES, FRENTE A CASOS DE CRISIS FINANCIERAS Y/O ECONÓMICAS

THE ENFORCEMENT OF ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL AND ENVIRONMENTAL RIGHTS, IN THE EVENT OF FINANCIAL AND/OR ECONOMIC CRISES

Víctor Bazán¹

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (*summa cum laude*)
(UM, Mendoza, Argentina)

AREA(S): derecho económico; derecho social; derecho cultural; derecho ambiental. fácilmente la perentoria necesidad de robustecer la protección de los derechos de los grupos y personas más débiles

RESUMEN: En épocas de crisis financieras y/o económicas, se visibiliza y vulnerables, más concretamente los derechos económicos, sociales,

¹ Juez de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada desde 1999 y continúa en la actualidad - 2021- (San Juan, Arg.). Posdoctorando Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derechos Humanos; de Derecho Procesal Constitucional y de Derecho Internacional Público (UCCuyo, San Juan - Arg. -). Profesor Doctor *Honoris Causa* de la Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú. Especialista en "Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales" (Pisa, Italia); Especialista en "Constitucionalismo y Democracia", Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España); Especialista en 'Derechos Humanos', Instituto Internacional de Derechos Humanos 'René Cassin' (Estrasburgo, Francia). Profesor de Posgrado (Doctorado, Maestría, etc.), según corresponda, en diversas universidades de Argentina y el exterior, por ejemplo: Universidad de Buenos Aires y Universidad Austral (Arg.), Universidad de Pisa (Italia), Universidad de Sevilla (España), Universidad Panamericana (México), Universidad Rafael Landívar (Guatemala). Autor, coautor, director y/o coordinador - según corresponda -, de aproximadamente 350 artículos jurídicos y de alrededor de 160 libros jurídicos publicados en Argentina y el exterior. Ha dictado cursos, conferencias, y realizado actividades académicas en veinticuatro (24) países de América y Europa. Miembro de la *International Academy of Comparative Law* (París), Miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Investigador Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México); Investigador Visitante (*Visiting Scholar*) del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania); Investigador Visitante de la Università degli Studi di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza, Perugia, Italia. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Arg.); Miembro del Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. E-mail: vba_mart9@yahoo.com.ar. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7955-0926>.

culturales y ambientales. En este escenario, procuraremos demostrar que los derechos sociales no padecen una minusvalía jurídica y/o axiológica vis-à-vis los derechos civiles y políticos. Para este propósito, comenzaremos el análisis con los fundamentos de los derechos sociales para, enseguida, estudiar su juridicidad y justiciabilidad, así como verificar la conexión de estos derechos con la dignidad humana y su realización a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el espacio latinoamericano es innegable la fundamentalidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, muchos de los cuales funcionan como prerequisites para el ejercicio de no escasos ni irrelevantes derechos civiles y políticos. Es indispensable una férrea defensa de los contenidos esenciales de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en épocas críticas o tormentosas que pudieran ponerlos en jaque. Además de estar intensamente vinculados a la dignidad humana, estos derechos sociales exigen un desenvolvimiento progresivo, combinado con la prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado.

ABSTRACT: *In financial and/or economic crises, the urgent need to strengthen the protection of the rights of the more vulnerable and weakest groups and individuals, particularly the economic, social, cultural, and environmental rights, is remarkable. In this scenario, we will demonstrate that social rights do not suffer from a legal and/or axiological devaluation vis-à-vis civil and political rights. For this purpose, we will begin the analysis with the foundations of social rights and then study their legality and justiciability. Also, we will verify the connection of these rights with human dignity and their realization through the American Convention on Human Rights. In Latin America, the fundamental nature of economic, social, cultural, and environmental rights is beyond dispute, many of which operate as prerequisites for the exercise of not insignificant or irrelevant civil and political rights. A strong defense of the essential core of economic, social, cultural, and environmental rights is vital in critical or challenging times that could jeopardize them. Besides being closely linked to human dignity, these social rights require progressive implementation, combined with the prohibition of unjustified retrogression or deliberate retrogression.*

PALABRAS CLAVE: derechos sociales; dignidad humana; desenvolvimiento progresivo; prohibición de retroceso.

KEYWORDS: *social rights; human dignity; progressive development; prohibition of retrogression.*

SUMARIO: I - Consideraciones preliminares; II - Prejuicios y supuestas dificultades en torno a los fundamentos y la estructura de los derechos sociales; III - Los derechos sociales como lo que son: genuinos derechos; IV - Los derechos sociales como prerequisites para el disfrute de ciertos derechos civiles y políticos;

V - Progresividad y proscripción de regresividad injustificada; VI - Los derechos sociales y los límites a sus restricciones en épocas críticas; VII - Acerca de la sostenibilidad fiscal y la protección de los derechos sociales; VIII - Dignidad humana, contenidos esenciales de los derechos sociales y cuestiones conexas; IX - Protección de los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales; X - Novedades en la Corte IDH en torno a los DESCAs; XI - Apreciaciones de cierre; Referencias.

SUMMARY: I - Preliminary considerations; II - Prejudices and alleged difficulties regarding the foundations and structure of social rights; III - Social rights as what they are: genuine rights; IV - Social rights as prerequisites for the enjoyment of certain civil and political rights; V - Progressivity and prohibition of unjustified regression; VI - Social rights and the limits to their restrictions in critical times; VII - About fiscal sustainability and the protection of social rights; VIII - Human dignity, essential content of social rights and related issues; IX - Protection of economic, social and cultural and environmental rights; X - Developments in the Inter-American Court regarding economic, social and cultural and environmental rights; XI - Closing appraisals; References.

I - CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1 Procuraremos demostrar aquí que los derechos sociales no padecen una minusvalía jurídica y/o axiológica *vis-à-vis* los derechos civiles y políticos, ni son meros “derechos de papel”. Por el contrario, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos hacen que no exista jerarquía entre ellos y que todos sean exigibles, según sus particularidades, ante las autoridades estatales competentes.

Sucede que a partir del *carácter integral de los derechos*, corresponde asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, independientemente de si se trata de derechos civiles y políticos o de derechos sociales o ambientales. En el espacio latinoamericano nos parece innegable la fundamentalidad de estos derechos, muchos de los cuales funcionan como *prerrequisitos* para el ejercicio de no escasos ni irrelevantes derechos civiles y políticos. Precisamente, en épocas de crisis financieras y/o económicas es cuando se visibiliza aún más la perentoria necesidad de robustecer la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*.

2. Inicialmente, para transitar nuestro camino argumental enfocaremos la aparentemente impecedera discusión doctrinaria “nutrida” de determinados prejuicios y pretendidas dificultades en torno a los fundamentos y la estructura de los derechos sociales.

Enseguida, apuntaremos a la juridicidad y la justiciabilidad de estos últimos, también conocidos como derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante: DESCAs o DESC según corresponda).

Luego, partiendo de su condición de “fundamentalidad” al menos en el ámbito latinoamericano, se examinará el tópico de la fuerza que los DESCAs concentran como precondiciones para el goce de significativos derechos civiles y políticos (en lo sucesivo, también DCP).

A continuación, volcaremos algunas notas sobre la obligación estatal de garantizar la progresividad a los derechos sociales, deber que es preciso articular sincrónicamente con la prohibición de retrogradarlos injustificadamente. Asimismo, nos referiremos a la justiciabilidad del quebrantamiento de la progresividad exigida o de la prohibición del dictado infundado de medidas regresivas en el área de las políticas públicas, añadiendo algunos breves comentarios sobre el control social y democrático de ellas.

De inmediato, se planteará la necesidad de que exista una férrea defensa de los contenidos esenciales de cada DESCAs en épocas críticas o tormentosas que pudieran ponerlos en jaque.

A efectos ilustrativos, tomaremos un caso testigo en el escenario colombiano acerca del marco de sostenibilidad fiscal y del incidente de impacto fiscal, incorporados en fecha relativamente reciente a la Constitución de ese Estado y su vinculación con la protección de los derechos sociales.

Ofreceremos seguidamente ciertas consideraciones sobre la inescindible conexión de los DESCAs con la dignidad humana y el imprescindible resguardo de los contenidos mínimos de tales derechos.

Recalaremos después en el tópico de la protección y realización de los DESCAs a través de la justiciabilidad directa por medio del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

En tal contexto contaremos con una ocasión propicia para reseñar algunas importantes novedades en el acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en torno a los DESCAs, que entre otras cosas, en el ámbito del “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, la Corte IDH ha reconocido como “autónomos y justiciables” a importantísimos derechos como los relativos *al ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural*, todos los

cuales han sido catalogados por el Tribunal Interamericano como “autónomos y justiciables” en el contexto del citado art. 26 de la CADH.

El epílogo contendrá un puñado de apreciaciones conclusivas que se acoplarán a otras ya contenidas en el cuerpo de esta contribución.

II - PREJUICIOS Y SUPUESTAS DIFICULTADES EN TORNO A LOS FUNDAMENTOS Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS SOCIALES

1 PRELIMINAR

Inicialmente debemos reiterar que carecen de sustento y asidero las pretendidas diferencias estructurales que, según se ha postulado desde algunos sectores doctrinarios, mediarían entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (más recientemente, también ambientales), que exigirían visualizarlos como categorías de derechos necesariamente diversas.

Desde nuestro punto de mira, no existen disimilitudes categoriales ni cualitativas entre sí.

2 DESECHANDO PRECONCEPTOS

Para recrear mediante formulaciones antinómicas algunas de tales supuestas diferencias orgánicas (que negamos) y otros preconceptos en torno a los derechos sociales (todos aquellos con una pátina de anacronismo), mencionaremos las siguientes tres a simple modo de muestra², advirtiendo que en cada uno de los primeros enunciados hacemos referencia a los derechos civiles y políticos y en los segundos a los DESC: *i*) derechos perfectos *vs.*

² Por supuesto, hay muchos más prejuicios, objeciones y minimizaciones respecto de los derechos sociales. Por ejemplo, Rossetti identifica los siguientes “doce mitos” en torno a estos derechos, explicando por qué resultan incorrectos: *i*) No son derechos humanos (o no son “verdaderos” derechos humanos); *ii*) son menos importantes (respecto de los derechos civiles y políticos); *iii*) son “solamente” derechos de prestación; *iv*) son mucho más costosos que aquéllos; *v*) no son universales; *vi*) son programáticos; *vii*) no pueden ser asegurados por la legislación; *viii*) no son exigibles; *ix*) comportan “mandatos” para políticas públicas y los jueces no pueden hacer política; *x*) en ellos la “conducta debida” no es claramente determinable; *xi*) son incompatibles con el libre mercado; y *xii*) no deben ser constitucionalizados (ROSSETTI, Andrés, “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en RIBOTTA, Silvina y ROSSETTI, Andrés [eds.], *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Colección Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, N° 13, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 112 y ss.).

derechos imperfectos; *ii*) derechos que solo demandan del Estado una conducta de abstención *vs.* derechos que reclaman acciones positivas; y *iii*) derechos que no requieren erogaciones del Estado *vs.* derechos prestacionales.

Como puede suponerse, las categorizaciones diferenciales que se han empleado son muy numerosas y aquí nos hemos limitado a enunciar ilustrativamente algunas de ellas³. Ninguna es consistente ni decisiva.

A) En cuanto a la primera, si la presunta imperfección o debilidad intrínseca se conecta con inconsistencias estructurales de los DESC que los tornan insusceptibles de ser reclamados judicialmente, siempre existe al menos una faceta de exigibilidad judicial del derecho en cuestión para evitar que se diluya su núcleo elemental.

Desde luego, con ser importante la vía procesal para procurar la tutela de los DESC ella no es la única opción tuitiva. Por último, ontológicamente los derechos sociales son tan derechos como los civiles y políticos, reconducibles ambos en última instancia a la dignidad humana que es solo una también.

B) Del mismo modo, carece de fundamento predicar que solamente los DESC requerirían acciones positivas de parte del Estado, pues los civiles y políticos también las demandan ya que, de lo contrario, bastaría una mera inacción estatal (abstención) para que estos quedaran abastecidos, lo que lejos está de ser razonable y suficiente *vis-à-vis* las crecientes exigencias del Estado Constitucional y Convencional y los propios compromisos internacionalmente asumidos por los países.

C) En punto a la tercera cuestión, ligada a la segunda, comenzaremos con un ejemplo asociado por antonomasia a los *derechos civiles*: la efectividad del *derecho a la vida*.

Como ha puesto en evidencia Ansuátegui Roig, la eficacia protectoria de tal derecho no solo exige la ausencia de agresiones, sino que requiere “la puesta en marcha de dimensiones prestacionales que tiene[n] que ver con la

³ Solo por citar algún autor que trata ciertos elementos diferenciales, y bajo el título de “Taking Economic Rights Seriously” (capítulo 6), Wellman se refiere a determinadas dificultades interrelacionadas en la teoría de los derechos económicos, aludiendo a: la de escasez de recursos (“scarce resources”), la de especificación de su contenido (“specifying content”), la de identificación de los segundos obligados (“identifying second parties”) y la de localización del título que confiere el derecho (“locating the title”) [WELLMAN, Carl, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, pp. 105 y ss.].

articulación de un sistema de seguridad pública y con la articulación de cuerpos y fuerzas de seguridad”⁴.

De su lado, por lo que toca a los *derechos sociales*, no todos ellos demandan prestaciones positivas. Piénsese, por ejemplo, en los casos de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Resumiendo, los tipos de derechos civiles y políticos, de una parte, y de DESC por la otra, no son respectivamente intercambiables por los de derechos de abstención y derechos de prestación. La cuestión es mucho menos lineal y ciertamente más compleja.

A esta altura de la indagación, cabría preguntarnos: ¿existen verdaderamente derechos gratuitos o de costo cero para el Estado? La respuesta no puede ser sino negativa.

Es claro que los derechos civiles y políticos también demandan prestaciones. Imaginemos por ejemplo, respecto de los civiles, la necesidad de implementar (y mantener) una estructura policial para la seguridad ciudadana o un sistema de administración de justicia; o, ya acerca de los políticos, en la muy onerosa infraestructura electoral necesaria para canalizar el derecho al sufragio⁵.

Como han afirmado Sunstein y Holmes, “[e]l costo de los derechos no solo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”⁶.

⁴ ROIG, Francisco J. Ansuátegui, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en RIBOTTA, Silvina y ROSSETTI, Andrés (eds.), cit., p. 56.

⁵ Al referirse a lo que denomina “derechos a prestaciones (en sentido amplio)”, Alexy identifica tres grupos: *i*) derechos a protección; *ii*) derechos a organización y procedimiento; y *iii*) derechos a prestaciones en sentido estricto (ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1. ed., 2ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001, pp. 430 y ss.).

Respecto de los “derechos a prestaciones en sentido estricto”, a los que llama derechos sociales fundamentales, los distingue entre “derechos a prestaciones explícitamente estatuidos” y “derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente” (ibid., pp. 482 y ss.).

⁶ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, 2011, p. 246.

En síntesis, siguiendo a Hierro, *la protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa*⁷. El sostenimiento y el desiderátum de fortalecimiento cualitativo de la democracia y la institucionalidad del Estado Constitucional y Convencional, también lo son.

Y en esta dinámica de costos y prestaciones participan – en mayores o menores medidas y tenor de exigencia – todos los derechos, con independencia de si son civiles y políticos o económicos, sociales, y culturales.

A propósito de tal cuadro relacional entre democracia y derechos humanos básicos, y para cerrar este breve apartado, traemos a colación a Comanducci quien explica que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no solo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores, “la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales [...]: lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es [...] también un presupuesto de esta versión de la democracia”⁸ – cursivas del original –.

III - LOS DERECHOS SOCIALES COMO LO QUE SON: GENUINOS DERECHOS

1 UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS E INTEGRALIDAD DE SU PROTECCIÓN

Aunque pueda resultar obvio, debe recalcar que *los derechos económicos, sociales y culturales (ambientales también) no son derechos “de segunda calidad” en comparación con los civiles y políticos.*

Evidentemente, y como anticipábamos en el apartado anterior, no han faltado voces que califican a los primeros como derechos incompletos. A la luz del grado de evolución que hoy presenta el derecho internacional de los derechos humanos, una minusvaloración de ese talante resulta injustificable.

⁷ HIERRO, Liborio L. , “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, Universidad de Alicante, Alicante, p. 252, nota 5.

⁸ COMANDUCCI, Paolo, “Democracia y derechos fundamentales”, en su obra *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, CEPC, Madrid, 2010, p. 40.

Ya la Proclamación de Teherán, documento final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán, 13 de mayo de 1968), en su párrafo 13 determinaba: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son *indivisibles*, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” – énfasis agregado –.

A su tiempo, la Resolución 32/130 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) el 16 de diciembre de 1977⁹ (luego de la entrada en vigor de los Pactos de DCP y de DESC de 1966¹⁰), relativa a los “Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, decidió que el enfoque respecto de las cuestiones de derechos humanos debería tener en cuenta, entre otros conceptos, que “*todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes*” debiendo “*prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales*”, estableciendo como prioridad la promoción de “*la dignidad plena de la persona humana y el desarrollo y el bienestar de la sociedad*” – remarcados añadidos –.

Por su parte, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos¹¹ (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos*, establece que “*debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos*

⁹ A/RES/32/130, 105ª sesión plenaria.

¹⁰ Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El primero de ellos entró en vigor el 23 de marzo de 1976; mientras que el segundo adquirió vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con su art. 27, o sea, transcurridos tres meses a partir de la fecha en que fue depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de la ONU.

¹¹ A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”¹². Coincidentemente, el párrafo 5 de dichas Declaración y Programa expresa: “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*” – énfasis nuestro –.

Así entonces y a partir del *carácter integral de los derechos*, es necesario asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, con independencia de si se trata de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales (también ambientales). En otras palabras, la repetida prédica acerca de la *indivisibilidad de los derechos humanos* se desustancializa si no se toma también en serio la *indivisibilidad de sus medios de amparo y realización*.

Lejos de existir diferencias categoriales o de fondo entre los DCP y los DESC, ambos se vigorizan recíprocamente. Sobre el punto, por ejemplo, la Declaración sobre el sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/63/116, de 10 de diciembre de 2008, determina: “Nosotros, los Estados Miembros de las Naciones Unidas, ... [r]eafirmamos nuestro compromiso con la realización plena de cada uno de los derechos humanos de todos, que son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y *se refuerzan mutuamente*” – subrayado adicionado –.

2 LA JURIDICIDAD Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC

Es igualmente preciso tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es consecuencia de que estos sean derechos genuinos y por tanto

¹² Parte II, párr. 98, de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

Además, vale mencionar lo que embrionariamente se planteara en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la ONU como aproximación a lo que hoy se conoce como indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

cuenten con materialidad jurídica, y no que sean visualizados como meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real.

Como hipótesis de mínima, cabe admitir que los derechos sociales *presentan alguna dimensión de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto este que se perfila como un peculiar reto para el Estado Constitucional y Convencional y un bien entendido activismo judicial, es decir, una labor dinámica de la magistratura jurisdiccional comprometida con los principios y valores constitucionales, la lucha por la cabal protección de los derechos humanos tanto de fuente interna como de cuño internacional, la preservación de la institucionalidad democrática y la realización de la justicia social.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU – en adelante, también, Comité de DESC –, referida a ‘La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]’, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del contexto de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los DCP] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”¹³.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que este es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instrumento internacional que no instituyó *per se* un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados Partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité mediante la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

¹³ Nos referimos a lo sostenido en el párr. 10 *in fine* de tal O.G. (sobre *justiciabilidad*).

Sobre el papel que ha jugado tal Comité, que es un órgano subsidiario del ECOSOC, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquél¹⁴, que se reunió por primera vez en 1987.

Acerca de la protección de los DESC en el ámbito universal, debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado tradicionalmente en la imposibilidad de presentar *comunicaciones individuales* ante el Comité de DESC. Sin embargo, ello ha tenido comienzo de solución con la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, aprobado por unanimidad el 10 de diciembre de 2008, mediante Resolución A/RES/63/117 de la Asamblea General de la ONU.

Dicho Protocolo adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU, en los términos del art. 18¹⁵ del Protocolo. Ello ocurrió el 5 de mayo de 2013, con la ratificación correspondiente a Uruguay que la plasmó el 3 de febrero de ese año.

El Protocolo Facultativo del PIDESC es un protocolo adicional en el que *se establecen mecanismos de denuncia e investigación* para el PIDESC. Como anticipábamos, el Protocolo Facultativo implementa un mecanismo de denuncias individuales para el PIDESC similares a las del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el art. 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

En otro orden, cabe mencionar que la llamada Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, en el año 2000. Proyecta 17 Objetivos (por ejemplo, “fin de la pobreza”, “hambre cero”), con 169 metas de carácter integrado e indivisible que comprenden los planos económicos, sociales y ambientales.

¹⁴ CRAVEN, Matthew , *The Internacional Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

¹⁵ Tal cláusula establece:

“1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.”

IV - LOS DERECHOS SOCIALES COMO PRERREQUISITOS PARA EL DISFRUTE DE CIERTOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

1 LA “PRECONDICIONALIDAD” DE DETERMINADOS DERECHOS SOCIALES

La importancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión, al menos en Latinoamérica.

De hecho, muchos de ellos son *prerrequisitos* para el ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos. Pensemos por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales los derechos civiles y políticos serían poco más que simples palabras o solo “derechos de papel”, tema al que regresaremos en el punto siguiente.

Como *mutatis mutandis* puntualiza Ferrajoli, “los derechos de libertad [...] son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. *Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información*”¹⁶ – remarcado agregado –.

Desde otro ángulo (aunque con convergencias respecto de lo dicho en el párrafo anterior), Nino explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”¹⁷.

Por lo demás, coincidimos con Prieto Sanchís cuando se opone a la pretendida consistencia de la llamada *teoría de los “dos mundos”* con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, Alicante, 2006, p. 19.

¹⁷ NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir¹⁸.

Añade que no es precisamente esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que *la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social¹⁹.

2 LOS DESC NO SON, NI PUEDEN SER, “DERECHOS DE PAPEL”

En relación con los “derechos de papel”, y más allá de las referencias a la postura de Ferrajoli²⁰ efectuadas *supra* – cuya perspectiva compartimos –, mencionaremos a continuación otras muestras autorales meramente ejemplificativas, de las que en ciertos aspectos discrepamos, pero que igualmente traemos a colación aquí para que la presentación de este tópico sea lo más abarcativa posible.

En ese sentido, Wellman distingue entre “derechos reales” y “derechos de papel”: “*real rights*” y “*paper rights*”. Sostiene, según nuestra traducción del inglés: “Acepté la distinción entre derechos reales, derechos que son realmente reconocidos y garantizados por las instituciones jurídicas de una sociedad, y simplemente ‘*derechos de papel*’, derechos proclamados en instrumentos jurídicos pero ignorados en el funcionamiento del sistema legal”²¹ – cursivas agregadas –.

¹⁸ SANCHÍS, Luis Prieto, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel, PARCERO, Juan A. Cruz y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2. ed., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., 2001, pp. 66-67.

¹⁹ *Ibid.*, p. 67.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.* en nota 15, pp. 15-31.

²¹ WELLMAN, Carl, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, cit., por ejemplo, en p. 42, correspondiente al capítulo 1: “Seeking a Theory of Rights”, específicamente en el punto 14: “A realistic description of rights”.

A su tiempo, Guastini se refiere a «‘verdaderos’ derechos y derechos ‘sobre el papel’». Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: *i*) son susceptibles de tutela jurisdiccional; *ii*) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; y *iii*) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos “sobre el papel”, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. Tal autor mantiene que *los derechos sociales (como los derechos morales) son derechos “sobre el papel” porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, aunque este – si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados – no tiene ninguna obligación precisa en lo que respecta a los medios (un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines), lo que es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, o sea que la omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción*²² – énfasis añadidos –

Nos distanciamos de estas y otras lecturas doctrinarias que ven a los DESC como “derechos de papel” o “derechos sobre el papel” sin ninguna posibilidad de ser justiciables, aunque desde luego entendemos las diferencias que en la materia median entre algunos marcos constitucionales europeos y los espacios normativos y jurisprudenciales latinoamericanos.

Adicionalmente, y en particular acerca de la posición del autor italiano aludido en último término en punto a la imposibilidad de superar una omisión inconstitucional legislativa en la materia, y siempre teniendo en cuenta las disonancias jurídicas contextuales, por nuestra parte pensamos que al menos en el arco latinoamericano el órgano de justicia constitucional competente *sí tiene a*

Allí dice: “..., I accepted the distinction between real rights, rights that are actually recognised and secured by the legal institutions of a society, and merely ‘paper rights’, rights proclaimed in legal documents that are ignored in the operations of the legal system” – énfasis añadido –.

²² GUASTINI, Riccardo, “Derechos: una contribución analítica”, trad. de GREPPI, Andrea, en *Estudios de teoría constitucional*, 1. ed., 1ª reimp., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, D.F., 2003, pp. 220-221 y 223-224.

su alcance ciertas herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconvencionales²³.

Es que, por una parte, la Constitución puede recibir agresiones activas u *omisivas*. En otras palabras, es susceptible de ser vulnerada por acción o *por omisión*, con lo cual quedan bloqueadas su supremacía y su fuerza normativa, fundamentos esenciales del control de constitucionalidad. Precisamente un modelo de control constitucional que solo pudiera fiscalizar la constitucionalidad de *productos normativos* (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) sería fragmentario e insuficiente.

De su lado, el deber que pesa sobre la justicia constitucional en punto a materializar el *efecto útil* de los tratados internacionales (sobre todo en materia de derechos humanos) y no contrariar su *objeto y fin*; la *especial naturaleza* que este tipo de instrumentos internacionales ostenta; el obligatorio cumplimiento de principios iusinternacionales sustanciales: *pacta sunt servanda, bona fide* e improcedencia de alegar disposiciones (u *omisiones*) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los pactos internacionales (arts. 26, 31.1, 27 y ccds. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁴); la concreta posibilidad de que un Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por acción u *omisión*; y fundamentalmente en el plano de América Latina, la obligación de los jueces y demás autoridades en cuanto a realizar *control de convencionalidad*²⁵ por mandato jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); da cuerpo a un conglomerado de reglas, principios y valores de tal magnitud que a nuestro juicio habilita a los correspondientes órganos competentes de la justicia constitucional a ejercer control no solo sobre las normas y prácticas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sino también en torno a *omisiones o inercias*²⁶

²³ Ver al respecto, el libro de BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2017, *passim*.

²⁴ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

²⁵ Al respecto ver BAZÁN, Víctor (Director), “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado”, en *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, Astrea, Buenos Aires, 2020, pp. 3-80.

²⁶ El Tribunal Interamericano ha sentado el criterio relativo a que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho

que impidan o mediaticen la efectivización de dicho tratado internacional y, por extensión, del (de los) derecho(s) involucrado(s) en la cuestión.

Por lo demás y pese al riesgo de caer en repeticiones, no cabría por un lado predicar ampulosamente la *universalidad*, la *interdependencia* y la *indivisibilidad de [todos] los derechos humanos*, y por el otro consentir que solo los civiles y políticos sean exigibles y justiciables. Si los derechos humanos son *integrales y universales*, su protección también debe ser *holística*, con independencia de que se trate de DCP o de DESC.

V - PROGRESIVIDAD Y PROSCRIPCIÓN DE REGRESIVIDAD INJUSTIFICADA

1 LINEAMIENTOS GENERALES

En tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia el título de este apartado, vale insistir en que los caracteres esenciales de los derechos humanos llevan a dudar de la sustentabilidad jurídica de su división en “generaciones”.

No debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos – DCP – no legitima la denegación de otros – DESC – (ver, v. gr., la Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986²⁷), *pues la pauta de indivisibilidad*

Internacional, a la acción u *omisión* de cualquier poder u órgano de estos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional” – cursivas añadidas – (Corte IDH, entre muchos otros pronunciamientos: “Caso Baldeón García vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de abril de 2006, Serie C, N° 147, párr. 81; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párrs. 111 y 112; “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134, párrs. 108 y 110; y “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párr. 71).

²⁷ De hecho, un tramo de su Preámbulo expresa que: “...*todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes* y que, a fin de fomentar el desarrollo, *debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*, y que, en consecuencia, *la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos*

justamente proscribe de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.

El Preámbulo de tal Declaración dice en su parte pertinente: “[...] considerando que *todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales...*” – remarcado nuestro –.

Tomando estos y otros insumos como matriz de despegue y pensando a la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es solo simbólica*, debiendo darse paso a una *progresividad efectiva y real*.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad injustificada* por los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual – como se ha precisado – constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar regulaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población²⁸.

Vale recordar por ejemplo que en la O.G. N° 3 (“La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párr. 1, art. 2, PIDESC]”), de 14 de diciembre de 1990, el Comité de DESC ha puntualizado claramente que las *medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el

derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales” – remarcados agregados –.

²⁸ COURTIS, Christian , “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL – CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del ap. 9).

Conviene acotar aquí que tanto el deber de progresividad como la proscripción de retroceso están basados en idéntica matriz normativa: el art. 2.1 del PIDESC y el art. 26 de la CADH.

De todas maneras, Courtis sostiene – creemos que atinadamente – que además de referirse a los DESC, la *prohibición de regresividad* también constituye, en principio, una obligación general de la CADH y es aplicable a todos los derechos consagrados en esta, sustentando su aserto en los arts. 2 y 29, *ibid.*²⁹

La primera de tales normas determina que los Estados que no hayan garantizado legislativamente o a través de medidas de otro carácter el ejercicio de los derechos establecidos en la CADH tienen el deber de hacerlo, lo que implica a su vez la *prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho Pacto*. Para el autor citado, ello significa la *consagración de la prohibición de regresividad normativa* [tema que retomaremos], al menos en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la CADH³⁰.

Asimismo, con relación a las cláusulas interpretativas del art. 29, que recogen en gran medida el principio *pro persona*, el doctrinario aludido asevera que de ellas puede decirse genéricamente que *prohíben un empleo regresivo de la CADH*; puntualizando también – entre otras consideraciones– que esta Convención no puede ser excusa para *empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o por otros tratados internacionales de los que el país en cuestión sea parte*³¹.

2 PROGRESIVIDAD Y “RESERVA DE LO FINANCIERAMENTE POSIBLE”

En el plano de las *omisiones legislativas* y frente al argumento que doctrinariamente se ofrece en punto a que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”, por lo que cualquier intento de control

²⁹ *Ibid.*, pp. 13-14.

³⁰ *Ibid.*, p. 15.

³¹ Ídem.

jurisdiccional en ese ámbito [sobre aquellas pretericiones] comportaría una inadmisibles intromisión en las competencias presupuestarias del legislador y un “vano intento de gestionar lo imposible”³², Pisarello y De Cabo – a nuestro juicio, atinadamente – discrepan de semejante visión.

Al respecto, y en sintonía con el criterio que dejáramos expuesto *supra*, plantean que ni la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es tan tajante como parece, ni la “reserva de lo financieramente posible” puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la completa desvinculación jurídica del legislador. Es que – agregan – cuando una *omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales*, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente al deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión³³ (ver art. 2 del PIDESC). Por fin, puntualizan que en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance³⁴.

Los puntos abordados conectan, como anticipábamos, con la aludida tesis del *contenido esencial de los derechos fundamentales (Wesensgehalt* según la terminología alemana) y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha variado, pasando – en palabras de Zagrebelsky – de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del Derecho*³⁵.

Y es precisamente con el telón de fondo descrito que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el contexto interno deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea

³² PISARELLO, Gerardo y DE CABO, Antonio, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº III, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 1823.

³³ Ídem.

³⁴ *Ibid.*, p. 1824.

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3. ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 147.

leída por las autoridades gubernamentales – mediante un prisma de inacción deferente – como *latencia o inocuidad “sine die” de las normas consagradorias de los DESC*.

En relación con tal asunto, es evidente que el principio de progresividad y la “reserva de lo financieramente posible” *en modo alguno pueden afectar la juridicidad ni la justiciabilidad de los DESC*, que son auténticos derechos. En otras palabras, aquellas pautas no podrían [válidamente] dejarlos sin sustento materialmente jurídico ni despojarlos de su viabilidad jurisdiccional.

3 JUSTICIABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PROGRESIVIDAD EXIGIDA Y/O DE LA INOBSERVANCIA DE LA PROSCRIPCIÓN DE DICTADO INJUSTIFICADO DE MEDIDAS RETROCESIVAS EN MATERIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conviene recordar inicialmente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”³⁶.

Asimismo, en la importante sentencia recaída en el “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, la Corte IDH ha concluido que *la regresividad resulta justiciable*³⁷ cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

Sobre este tópico, tal como anticipáramos y tanto si no se cumpliera la mentada progresividad sustentable como si se incurriera en el dictado de regulaciones involutivas en el campo de los DESC, pesaría sobre el Estado *la carga de la prueba* para demostrar, respectivamente, la idoneidad dinamizadora y evolutiva de sus políticas públicas o la razonable justificación de las medidas de corte retrocesivo que hubiese adoptado. Más adelante retornaremos a este tema.

³⁶ Comisión IDH, Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú”, 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

³⁷ Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, párr. 103.

De manera coincidente, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha sostenido que *son los Estados quienes principalmente tienen que probar que las medidas de austeridad propuestas están en consonancia con sus obligaciones de derechos humanos*. Para llegar a tal conclusión se asienta en³⁸:

- el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, órgano que en su período extraordinario de sesiones de 2009 afirmó que *“las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos”*³⁹;
- también en 2009, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) declaró que *“la crisis económica no debe tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta [Social Europea]. Por lo tanto, los gobiernos están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la Carta estén garantizados de manera efectiva en aquellos períodos en que los beneficiarios necesitan mayor protección”*⁴⁰; y
- el citado Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ya en 2012, acogió con beneplácito una nueva serie de principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos, que estipula que *los gobiernos tienen la obligación de garantizar la primacía de los derechos humanos cuando toman decisiones sobre obtención y concesión de préstamos*⁴¹ – en todos los casos los remarcados han sido añadidos –.

Se han distinguido dos nociones posibles de regresividad o bien dos campos de aplicación posible de la noción general de aquella⁴²:

³⁸ Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, “La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica”, CommDH/IssuePaper(2013)2, p. 22; Fuente: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2430934&SecMod=1&DocId=2088902&Usage=2>.

³⁹ Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-10/1, “The impact of the global economic and financial crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights”, párr. 5 (idem nota anterior).

⁴⁰ CEDS, Conclusiones 2009, v. I, párr. 17 (*loc. cit.* en nota 37).

⁴¹ Informe del experto independiente de la ONU, Cephos Lumina, sobre la deuda externa, 10 de abril de 2011, A/HRC/20/23 (*loc. cit.* en nota 37).

⁴² COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, *op. cit.*, pp. 3-4.

- i) *regresividad de resultados*: cuando la *noción de regresividad se aplica a los resultados de una política pública*. En ese sentido, la política pública desarrollada por el Estado es *regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro*. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere indicadores o referencias empíricas; y
- ii) *regresividad normativa*: cuando la *noción de regresividad se aplica a normas jurídicas*, es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma. En este sentido – no empírico sino normativo – *para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que esta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior*.

Adicionalmente vale traer a colación el aporte de Jimena Quesada, para quien la implementación de políticas públicas debe ir de la mano de la efectividad jurídica de los derechos correspondientes, para evitar la impresión ciudadana según la cual debemos resignarnos a asumir despilfarro económico, irresponsabilidad jurídica e inexistencia jurídica⁴³.

4 CONTROL SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

Íntimamente relacionado con lo anterior, se observa que una genuina *rendición de cuentas* por parte de las autoridades públicas cumpliría en el particular un rol muy importante para que la sociedad civil estuviera en condiciones de controlar democráticamente el curso de la gestión pública y la razonabilidad del esquema de prioridades que el Estado maneja en materia de políticas públicas para la protección y la realización de los DESCAs.

Es que, como con contundencia y claridad ha asegurado la Corte IDH, “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los *principios de publicidad y transparencia en la gestión pública*, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el *control democrático de las gestiones estatales*, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El *acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la*

⁴³ QUESADA, Luis Jimena, “La inclusión y la cohesión sociales: una visión en clave de efectividad de derechos humanos”, *Los derechos sociales en tiempos de crisis*, II Jornadas del Ararteko sobre Políticas Públicas, Ararteko, Vitoria - Gasteiz, 2012, p. 149; disponible en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_2879_3.pdf.

participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”⁴⁴. El Tribunal ha añadido que “... [e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública...”⁴⁵ – en ambos casos el énfasis ha sido agregado –.

Entendemos que *Estado Constitucional y Convencional* – por una parte – y *responsabilidad* – por la otra – son conceptos correlativos, lo que supone procurar una racionalización del poder que evite abusos y excesos, y obliga a que las autoridades públicas respondan por sus actos y omisiones en cumplimiento del compromiso ético, institucional y jurídico que asumen al ser electos. Justamente un axioma del Estado de Derecho es el sometimiento de todo el poder al Derecho, surgido de la Constitución y legitimado democráticamente⁴⁶.

En otras palabras, es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles – ejercicio de simplificación mediante – a una suerte de *accountability*, término semánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la expresión “rendición de cuentas”. No aludimos entonces a meras fiscalizaciones formales que solo sirvan para adornar y aumentar la ya sobrepoblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios, transparentes e independientes de los órganos controlados; entramado en el que cada día se hace más evidente que el aporte suplementario que pueda brindar *el control social o ciudadano* de los asuntos públicos resulta provechoso para estimular la transparencia y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas⁴⁷ en un ámbito tan sensible como el de los DESC, intrínsecamente consustanciado con la dignidad de la persona humana.

En ese terreno, entes como las defensorías del pueblo (o la denominación que se le asigne al instituto en cada Estado) y las ONG de derechos humanos pueden y deben jugar un papel relevante en la supervisión de las políticas públicas y de las pautas de ajuste que hubiere adoptado el gobierno en cuestión durante

⁴⁴ Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, párr. 86.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 87.

⁴⁶ Ver la obra de BAZÁN, Víctor *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Colección Cuadernos democráticos, N° 1, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Nacional Ecuador, Quito, 2009, p. 38.

⁴⁷ *Ídem.*

tales épocas críticas, coadyuvando a evaluar sistemáticamente su repercusión real en el plano de los derechos esenciales de la población comprometida.

Por lo demás, y si las aludidas instituciones contasen con suficiente legitimación procesal podrían, *inter alia*, plantear ante los tribunales las pertinentes demandas por violaciones a los derechos humanos provocadas por las medidas de austeridad, o efectuar presentaciones en calidad de *amici curiae* acercando argumentos de hecho y derecho a los magistrados encargados de revisar jurisdiccionalmente las políticas fiscales, en orden a enriquecer cualitativamente el arsenal de elementos analíticos con que ellos cuentan a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos y los estándares forjados por los órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales de supervisión de tales cuerpos normativos iusinternacionales⁴⁸.

VI - LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS LÍMITES A SUS RESTRICCIONES EN ÉPOCAS CRÍTICAS

1 EL COMITÉ DE DESC, LAS MEDIDAS DELIBERADAMENTE RETROCESIVAS Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Con acierto se ha puntualizado que en momentos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que por el contrario tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*”⁴⁹ – énfasis agregado –.

⁴⁸ Sobre el tema, y entre otros trabajos de Víctor Bazán, pueden revisarse: “*Amicus curiae*, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos”, *Federalismi.it, Rivista de Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato, Focus - América Latina*, N° 2, Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed europeo, Italia, 19 de diciembre de 2014, Fuente: http://federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=41&focus=sudamerica; o con algunas modificaciones, “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2014, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México D.F., 2014, pp. 31-57.

⁴⁹ ESTAPÀ, Jaume Saura, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, 2011, Huri-Age, Consolidar-Ingenio 2010, p. 14; Fuente: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf.

De hecho, el Comité de DESC ha insistido en este punto, más allá de la nombrada O.G. N° 3. Así, ejemplificativamente, ha mantenido tal criterio en las OO.GG. N° 13 (1999), párr. 45⁵⁰; N° 14 (2000), párr. 32⁵¹; N° 15 (2002), párr. 19⁵²; N° 17 (2005), párr. 27⁵³; N° 18 (2005), párr. 21⁵⁴; N° 19 (2007), párr. 42⁵⁵; y N° 21 (2009), párr. 46⁵⁶.

En ese sentido, si tomáramos como muestra el párr. 42 de la O.G. N° 19, ha afirmado (las cursivas son agregadas): “Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. *Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte*”⁵⁷.

⁵⁰ Comité de DESC, O.G. N° 13, ‘El derecho a la educación (art. 13, PIDESC)’, 21° período de sesiones (1999), E/C.12/1999/10.

⁵¹ Comité de DESC, O.G. N° 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12, PIDESC)’, 22° período de sesiones (2000), E/C.12/2000/4.

⁵² Comité de DESC, O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29° período de sesiones (2002), E/C.12/2002/11.

⁵³ Comité de DESC, O.G. N° 17, “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) [ap. ‘c’, párr. 1, art. 15, PIDESC]”, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/17.

⁵⁴ Comité de DESC, O.G. N° 18, ‘Derecho al trabajo (art. 6, PIDESC)’, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/18.

⁵⁵ Comité de DESC, O.G. N° 19, ‘El derecho a la seguridad social (art. 9, PIDESC)’, 39° período de sesiones (2007), E/C.12/GC/19.

⁵⁶ Comité de DESC, O.G. N° 21, “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1.‘a’, PIDESC)”, 43° período de sesiones (2009), E/C.12/GC/21/Rev.1.

⁵⁷ Dicho párrafo se complementa con el siguiente texto: “El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”.

Convergentemente, en referencia a la crisis económica y financiera mundial de los últimos años y su impacto en España, se ha dicho que dicho contexto “es susceptible de ser sesgadamente utilizado por algunos para reducir un irreversible e insoslayable acervo jurídico nacional e internacional en materia de protección de los derechos sociales. *La crisis no debe constituir en absoluto un vano pretexto para la regresión, sino una gran oportunidad para afirmar progresivamente las conquistas sociales conseguidas*” – énfasis añadido –, ya que “los derechos sociales no son más difíciles de articular jurídicamente que los demás derechos, ni tampoco resultan necesariamente más onerosos”⁵⁸.

Al analizar el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC, entre otras cuestiones, el Comité de DESC⁵⁹ instó a dicho país a que, en virtud del *principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adoptase las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los DESC un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos*. Asimismo, le recomendó que tomara las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales. Paralelamente, le recomendó *garantizar que todas las medidas de austeridad adoptadas identificasen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y tomar todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados*.

Es importante subrayar que al establecer las recomendaciones sobre España en relación con el citado informe periódico de ese país, el Comité de DESC dirigió una carta abierta a todos los Estados Partes del PIDESC⁶⁰, donde planteó los criterios que las políticas de austeridad y otras políticas asumidas por los Estados en tiempos de crisis económica debían respetar para cumplir con las obligaciones derivadas de dicho Pacto. En síntesis, expuso que cualquier cambio o ajuste de política propuesto tiene que cumplir los siguientes requisitos:

⁵⁸ BECERRA, Manuel Terol y QUESADA, Luis Jimena [dirs.], *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 19-20.

⁵⁹ ONU, Consejo Económico y Social, E/C.12/ESP/CO/5, Distr. General 6 de junio de 2012, Original: español, Comité de DESC, 48º período de sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – España”.

⁶⁰ Comité de DESC, ‘Carta abierta a los Estados Partes’ [del PIDESC], 48º período de sesiones, 16 de mayo de 2012, CESCR/48th/SP/MAB/SW.

1. debe ser una medida temporal que abarque solo el período de la crisis;
2. debe ser necesaria y proporcionada, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la omisión de actuar, sería más perjudicial para los DESC;
3. no debe ser discriminatoria y comprende todas las medidas posibles, incluidas las medidas fiscales, para apoyar las transferencias sociales y mitigar las desigualdades que pueden crecer en tiempos de crisis y para garantizar que los derechos de las personas y grupos desfavorecidos y marginados no sean afectados de manera desproporcionada; y
4. debe identificar el contenido mínimo esencial de los derechos, o un piso de protección social, según lo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo, y asegurar la protección de este contenido básico en todo momento.

2 EN TORNO A LOS GRUPOS Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Justamente en épocas de dificultades y desequilibrios financieros y/o económicos es cuando se torna más ostensible la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más frágiles e hiposuficientes*, entre los que se cuentan (ejemplificativamente y en lo pertinente teniendo en cuenta la realidad de cada país) niños y niñas, mujeres, trabajadores migrantes, ancianos, personas con discapacidad, pobres e indigentes, desplazados forzosos, minorías, pueblos indígenas, poblaciones afrodescendientes, etcétera.

Los gobiernos deben evaluar prudente y sistemáticamente las derivaciones que las políticas presupuestarias, económicas y sociales que implementan en tiempos de austeridad y ajustes producen en sensibles materias como la igualdad, la no discriminación y los derechos fundamentales.

Es preciso tener en cuenta que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en la esfera de los DESC *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que estos pueden provocar en las comunidades más postergadas.

Al respecto, de los aps. 10 a 12 de la citada O.G. N° 3 del Comité de DESC se desprenden ciertas circunstancias dignas de ser enunciadas. Así, se verifica que:

- corresponde a cada Estado Parte una *obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos* (ap. 10);
- si el PIDESC se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, *carecería en gran medida de su razón de ser* (id. ap.);
- toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata, y que 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* (id. ap.);
- aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, *sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes* (ap. 11);
- de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, *las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción* (id. ap.); y
- *aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo* (ap. 12).

Mutatis mutandis, la Corte IDH⁶¹ ha sostenido que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos

⁶¹ Sobre este y otros aspectos de la temática, ver Víctor Bazán por ejemplo en: “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de BAZÁN, Víctor y QUESDA, Luis Jimena, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167; “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, BAZÁN, Víctor (Director), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) – Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257-300; y “Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, Tº 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135-1149.

humanos⁶²; añadiendo que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que *es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*⁶³.

VII - ACERCA DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

1 INTROITO

Desde luego que Colombia no es la única muestra que ofrece el derecho comparado en punto a la introducción por vía constitucional o legal del principio o criterio de la sostenibilidad fiscal⁶⁴.

Solo lo tomamos aquí como caso testigo ante la relativamente reciente inclusión en su Constitución Política (CP) del llamado marco de sostenibilidad fiscal (SF) y la creación de un incidente de impacto fiscal (IIF), cuestiones respecto de las cuales nos detendremos para examinar cómo han funcionado hasta ahora y qué efectos producen o pueden producir en relación con la protección de los DESC.

Debe advertirse que la SF no es un tema nuevo en Colombia. Lo novedoso es su inclusión expresa en la CP, ya que hasta el momento en que ello ocurrió (Acto

⁶² Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párr. 103.

⁶³ Ídem. En línea convergente a las últimas consideraciones volcadas en el aludido “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, la Corte IDH había señalado anteriormente que de las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 de la CADH “derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida en todo su alcance a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo impone a los referidos Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que *todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier poder u órgano de estos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional*” –cursivas añadidas– (Corte IDH, “Caso Baldeón García vs. Perú”, cit., párr. 81).

⁶⁴ Se observan antecedentes al respecto, por ejemplo, en Alemania y Brasil.

Legislativo N° 3 de 2011) las normas referidas al tema se habían instrumentado por medio de leyes⁶⁵.

2 INNOVACIÓN CONSTITUCIONAL

Como anticipáramos, en el contexto jurídico colombiano y por medio del Acto Legislativo N° 3 de 2011, se modificó el art. 334 de la CP. La nueva redacción de esta cláusula quedó configurada de la siguiente manera:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley,

⁶⁵ En efecto, de acuerdo con lo reseñado por la Sala Plena de la C.C., en la Sentencia C-132/12, de 29 de febrero de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la inclusión de la *sostenibilidad* en la Constitución configura un paso más en la evolución normativa del tema en Colombia, por lo que no se trataría en realidad de un aspecto novedoso.

Siguiendo el racconto secuencial de la C.C., el primer antecedente normativo de la sostenibilidad fiscal se encuentra en la Ley 358 de 1997, “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”, conocida también como “ley de los semáforos”, texto normativo que establece límites al endeudamiento de las entidades territoriales, a efectos de que no excedan su capacidad de pago.

Un segundo antecedente es la Ley 617 de 2000, conocida como “Ley de responsabilidad fiscal territorial”, la cual se profirió con miras a la racionalización de los fiscos departamentales, municipales y distritales, mediante la clasificación de las entidades territoriales en categorías presupuestales y el establecimiento de topes máximos para sus gastos de funcionamiento.

Posteriormente, se expidió la Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, la cual obliga al Gobierno Nacional a presentar ante el Congreso de la República un Marco Fiscal de Mediano Plazo el cual contendría, como mínimo: i) un Plan Financiero; ii) un programa macroeconómico plurianual; iii) las metas de superávit primario, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad; iv) un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior; v) una evaluación de las principales actividades cuasi fiscales realizadas por el sector público; vi) una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes; vii) el costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior; y viii) una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación.

En cuanto a normativa más reciente, pueden incluirse (siempre según la C.C.) a la “Ley de víctimas” (Ley 1.448 de 2011), en la que establece la sostenibilidad en su art. 19; la Ley 1.454 de 2011, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, se establece a la sostenibilidad fiscal en términos de “principio rector del ordenamiento territorial”; y la Ley 1.473 de 2011, que específicamente consagra y desarrolla una regla fiscal en su art. 1, que dice: “La presente ley tiene por objeto expedir normas que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país”.

Entre otros puntos, la sentencia aquí colacionada señala que, como puede apreciarse en el ámbito legal colombiano existen numerosas leyes, sean ordinarias u orgánicas, que estipulan reglas fiscales encaminadas a: i) sanear las finanzas públicas, en especial, aquellas de las entidades territoriales; ii) imponer obligaciones al Gobierno Nacional al momento de elaborar el presupuesto nacional; iii) racionalizar el gasto público; y, en definitiva, iv) lograr niveles de sostenibilidad fiscal.

en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir *en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

“El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, *de manera progresiva*, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

“*La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.*

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.”

A continuación la norma presenta el siguiente “Parágrafo”:

“*Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa,*

legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva” – en todos los casos las cursivas han sido agregadas –.

Asimismo, se reformaron los respectivos incisos primero del art. 339 y del art. 346 introduciendo sendas alusiones al marco de sostenibilidad fiscal.

En consecuencia, dicha innovación constitucional dio vida a dos institutos: i) *El marco de sostenibilidad fiscal*; y ii) *el incidente de impacto fiscal*.

La Ley 1.695 de 2013⁶⁶ desarrolló el procedimiento y los efectos de la resolución del IIF, determinando en su art. 3 – en relación con la competencia – que conocerá del incidente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional [C.C.] o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la Alta Corporación que presentó la ponencia de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente.

A modo de aclaración, la expresión “Altas Cortes” hace referencia a los órganos aludidos en tal cláusula legal: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

3 JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LOS INSTITUTOS EN CUESTIÓN

A) Cabe resaltar que ya antes del dictado de tal ley la C.C. se había pronunciado sobre el mentado incidente – también respecto de la SF – en dos importantes decisorios: las Sentencias C-288 de 2012⁶⁷ y C-1.052 de 2012⁶⁸, en las cuales identificó varios elementos que permiten evidenciar su contenido y alcances, a partir del análisis sistemático del art. 334 del Texto Superior con las demás normas constitucionales.

En la Sentencia C-288 de 2012, la C.C. sostuvo respecto de la SF que:

⁶⁶ Publicada en el *Diario Oficial de Colombia* el 17 de diciembre de 2013.

⁶⁷ Sala Plena de la C.C., 18 de abril de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁸ Sala Plena de la C.C., 5 de diciembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- es una herramienta necesaria para que los Estados mantengan una disciplina económica que evite la configuración o extensión en el tiempo de hipótesis de déficit fiscal, que pongan en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas. Se trata de un instrumento que busca regularizar la brecha existente entre ingresos y gastos, cuando la misma pueda afectar la salud financiera de un Estado y los compromisos que le asisten con miras a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución;
- es uno de los condicionamientos que rigen la intervención del Estado en la economía, en tanto que su objetivo (mantener un equilibrio en la relación ingreso y gasto público), se adicionó a otros propósitos existentes y no reformados por el Acto Legislativo N° 3 de 2011, como son, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y la preservación de un ambiente sano;
- su objetivo constitucional es fungir como *instrumento* para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. No tiene el alcance de un derecho colectivo y menos aún de un principio constitucional, que deba ponderarse y optimizarse en relación con los demás principios previstos en la Carta;
- se le otorgó la calidad de *criterio orientador*, por virtud del cual su exigibilidad debe guiar a todas las ramas y órganos del poder público, en el ejercicio de sus competencias, dentro de un marco de colaboración armónica, lo cual – según el criterio de la C.C. – descarta la existencia de un carácter *coactivo* en la aplicación de la SF;
- se somete a una cláusula prohibitiva, conforme a la cual: “en cualquier caso el gasto público social será prioritario”, lo que implica la existencia de una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del citado componente del presupuesto nacional, el cual se concreta en la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y la aplicación de la SF en la intervención del Estado en la economía; y
- la SF también opera en el ámbito presupuestal y de planeación, con miras a exigir que en la elaboración de los citados documentos que delimitan

el quehacer de la hacienda pública, se preserven los objetivos que lo identifican y se guarde coherencia en el manejo de la política fiscal del Estado.

Por su parte, de la conjugación de las citadas Sentencias C-288 de 2012 y C-1.052 de 2012⁶⁹ pueden entresacarse algunos perfiles y aspectos del IIF, a saber:

- que la regulación sobre el IIF le corresponde al Congreso de la República, en ejercicio de su amplia potestad de configuración normativa. No obstante, como consecuencia de las pautas previstas en la Constitución, a dicha Corporación le corresponde establecer un procedimiento judicial *sui generis*⁷⁰, que no puede ser subsumido por otro trámite judicial preexistente, lo que conduce a la posibilidad de que se prevean reglas particulares, específicas y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales;
- que la legitimación para promover el incidente corresponde exclusivamente a los Ministros del Gobierno y al Procurador General de la Nación, sin que se encuentren previstas cláusulas de delegación a otros servidores públicos;
- que en cuanto a su naturaleza jurídica, el IIF es consagrado como un *espacio de interlocución* entre los servidores públicos antes referidos y las Altas Cortes, en el que se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia omiten tener en cuenta el criterio de SF, carga argumentativa

⁶⁹ Por supuesto, no son los únicos pronunciamientos en la materia. Así, y más allá del otro decisorio que analizaremos aquí (Sentencia C-870 de 2014), se contabilizan *inter alia* la Sentencia C-332/12, de 9 de mayo de 2012, Sala Plena de la C.C., M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por la que se declaró la exequibilidad [constitucionalidad] del Acto Legislativo N° 3 de 2011 por inexistencia de vicios de forma durante el trámite de la iniciativa.

⁷⁰ Pese a aludir a un proceso *sui generis*, la C.C. explicó que en la propia Constitución se definieron los siguientes elementos esenciales: *i*) la legitimación exclusiva y sin previsión de delegación a otros servidores públicos no determinados en el art. 334 de la Constitución; *ii*) el espacio de interlocución entre funcionarios legitimados y las Altas Cortes; *iii*) la carga argumentativa sobre las implicaciones fiscales de los fallos radica en los funcionarios legitimados y no puede trasladarse a las Altas Cortes; *iv*) el campo de acción del IIF está restringido exclusivamente a los efectos de la sentencia que son diferentes de la sentencia en sí misma considerada; *v*) la decisión de modular, modificar o diferir los efectos de los fallos es potestativa de la Alta Corte; *vi*) el IIF es compatible con el principio de separación de poderes y la autonomía judicial; y *vii*) toda decisión que se deriva del IIF está subordinada al logro y goce efectivo de los derechos fundamentales.

que en ningún caso puede trasladarse a los funcionarios judiciales. En otras palabras, se otorga al IIF un carácter netamente instrumental, por medio del cual se pretende que las Altas Corporaciones de Justicia, dentro de la órbita de sus competencias, puedan considerar, luego de adoptar su decisión, los efectos fiscales que pueda tener el cumplimiento de la misma y las invita a reflexionar sobre cómo lograr su observancia, en un contexto acorde con el criterio de SF;

- que en la medida en que el incidente corresponde a un trámite instrumental de contenido procesal, se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones judiciales, en particular, la obligación de motivar las decisiones que se adopten, máxime si se opta por hacer uso de las opciones de modular, diferir o modificar los efectos del fallo correspondiente;
- que bajo la regla de que la SF es un criterio orientador, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones ya que este análisis le corresponde a los Ministros del Gobierno o al Procurador General de la Nación cuando decidan promover el IIF;
- que el alcance del incidente se encuentra restringido a los efectos de la sentencia y no al contenido de la providencia en sí misma considerada, lo que implica que la decisión adoptada está protegida por la garantía de la cosa juzgada constitucional. Es en virtud de ello que el Acto Legislativo N° 3 de 2011 realiza una diferenciación entre la *decisión* adoptada en una sentencia y sus *efectos*;
- que la posibilidad de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia tiene un carácter potestativo, por cuanto: *i)* la obligatoriedad está circunscripta al trámite del incidente; *ii)* la Alta Corporación puede decidir autónomamente si selecciona cualquiera de las opciones establecidas en la norma constitucional, lo cual no implica adoptar una decisión particular en algún sentido; y *iii)* se pueden mantener las órdenes emitidas desde el principio, en cuyo caso su decisión es de obligatorio cumplimiento; y
- que el IIF no puede despojar a las Altas Cortes de su labor de adoptar las decisiones a que haya lugar a la luz de la protección de los derechos de las personas.

B) Otro pronunciamiento que ofrece interés en relación con el tema que abordamos es la Sentencia C-870 de 2014⁷¹, obviamente posterior a la nombrada Ley 1.695 de 2013 que desarrolló los aspectos procedimentales del IIF.

Entre otros tópicos, algunos de los cuales serán referenciados *infra*, la C.C. analizó las *etapas procesales del IIF*: arts. 5 a 12 de la nombrada Ley 1.695 de 2013:

- *etapa de presentación*: el incidente deberá formularse ante el magistrado de la Alta Corporación que actuó como ponente, dentro del término de ejecutoria del fallo. Una vez verificada su presentación en el plazo señalado, se concederá la apertura del IIF dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, mandato que pretende optimizar la regla constitucional, conforme a la cual es obligatorio el trámite del IIF. Por ello, si el mismo se presenta de forma extemporánea se procederá a su rechazo, decisión que es susceptible del recurso de reposición;
- *etapa de sustentación*: para ella se prevé un plazo de treinta (30) días. Si no se cumple con esta obligación, se declarará desierto. La sustentación del incidente debe dar cuenta de: *i*) las “posibles” consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas; *ii*) las condiciones específicas que explican dichas consecuencias; y *iii*) los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de SF. Asimismo, se exige que el incidente se acompañe con un concepto del Ministro de Hacienda y Crédito Público;
- *etapa de admisibilidad*: se expresa en la posibilidad de adoptar las siguientes decisiones: admitir, inadmitir o rechazar el IIF. La *admisión* se decretará siempre que una vez presentado y sustentado el citado instrumento, se reúnan los requisitos señalados, mediante auto que no tendrá recursos; la *inadmisión* se dispondrá cuando no se cumplan las exigencias previstas en la ley, caso en el cual, en el auto respectivo, se incluirá una relación de los elementos que requieren mayor detalle, los que la Corporación correspondiente considere ausentes o la información que estime relevante, para que se aporten en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación; y el *rechazo* se ordenará cuando, habiendo

⁷¹ Sala Plena de la C.C., 13 de noviembre de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

sido inadmitido el incidente, se omitiere cumplir con la obligación de corregirlo en la oportunidad señalada;

- *etapa de la audiencia de impacto fiscal*: es obligatoria la asistencia de todas las partes, aunque solo se exige: i) la explicación del solicitante sobre "las consecuencias de la sentencia o del auto que se profiera con posterioridad a la misma, en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento"; y ii) la conceptualización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la materia; y
- *etapa de decisión*: dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia, se adoptará la *decisión* sobre el incidente, en la que, con plena autonomía, las Altas Cortes deberán decidir si procede o no la pretensión de modular, modificar o diferir los efectos del fallo, sin que puedan cambiar su sentido, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

Asimismo pueden rescatarse otros elementos significativos del fallo que tratamos. Por ejemplo:

- que la intención del Constituyente de que la SF y, por ende, el IIF, debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no solo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino desde una perspectiva integral referente a todo su contenido normativo, por lo que existe un expreso y manifiesto mandato de intangibilidad de las garantías constitucionales frente al alcance en general de la SF;
- que el IIF es un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno Nacional, el Procurador General de la Nación y las Altas Cortes, con miras a determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la SF;
- que por su propia naturaleza, el IIF debe someterse a un proceso *sui generis*, en el que el legislador puede establecer reglas particulares y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales. Con todo, en el desarrollo de dicha atribución, se deben respetar los aspectos procedimentales expresamente definidos por el Constituyente, destacándose entre ellos: i) la distinción existente entre decisión y efectos de una sentencia, con miras a preservar la garantía de la cosa juzgada; ii) la carga de motivar toda decisión judicial, en especial cuando se hace uso de las alternativas de modular, modificar o diferir los efectos de

un fallo; y *iii*) la imposibilidad de que el trámite del IIF menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva, lo que en el fondo es una proyección de la cláusula prohibitiva referente a la garantía de los citados derechos frente a la SF.

- que las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad que se refieren a la *acción de tutela están sometidas a reserva de ley estatutaria*, en los términos previstos en el literal 'a' del art. 152 de la CP, ya que a pesar de que el IIF responde a una naturaleza instrumental sometido a la cláusula prohibitiva de no poder menoscabar los derechos o negar su protección efectiva (art. 334 de la C.P.), su alcance tiene la potencialidad de incidir en los efectos de las decisiones adoptadas, lo cual puede afectar la operatividad de las órdenes de amparo, en perjuicio de la realización pronta y expedita de los derechos constitucionales fundamentales; y
- en definitiva, la C.C. decidió excluir la aplicación del procedimiento del IIF respecto de los juicios de amparo, motivo por el cual declaró su exequibilidad, en el entendido de que la regla de procedencia allí dispuesta respecto de dicho incidente *no aplica en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela*.

El punto traído a colación en último término (*no aplicabilidad del procedimiento del IIF a las acciones de tutela*) aparece como uno de los más relevantes aspectos del decisorio en cuestión.

4 ALGUNAS OPINIONES CRÍTICAS. PROSPECTIVA

Con respecto al funcionamiento del marco de SF y en particular del IIF y su relación con la protección de derechos sociales – tópico que es el que aquí interesa particularmente –, se ha dicho que efectivamente se corre el riesgo de erosión de los derechos sociales ya que nominal y normativamente, dicho incidente *sí es una figura potencialmente restrictiva de tales derechos*, en tanto impide el cumplimiento directo y efectivo de las sentencias judiciales (siendo que la observancia de los fallos es un componente del derecho al debido proceso), y paralelamente permite: *i*) modular el fallo atacado; *ii*) modificarlo; o *iii*) diferirlo⁷².

Para Roa Roa, el IIF constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica en el razonamiento judicial porque implica un costo

⁷² Cfr. RAMÍREZ, Manuel Quinche, en una opinión que tuvo la gentileza de enviarnos a propósito del presente trabajo.

muy alto para la independencia y eficacia del sistema interno de protección de los derechos, causa una pérdida de oportunidad en el aporte del juez constitucional a la construcción de políticas públicas sostenibles y no representa ninguna ventaja para la construcción del Estado Social de Derecho. Además, su regulación en la Ley 1.695 de 2013, lo convierte en una herramienta idónea para la asunción de un modelo de dictadura fiscal que conducirá a la infra-aplicación judicial de la Constitución o al aumento de los conflictos entre los tribunales y el ejecutivo⁷³.

El autor citado en último término añade que el IIF es una herramienta que carece de carácter deliberativo, no se trata del único mecanismo para alcanzar la SF, fue aprobado sobre la base del mito del supuesto activismo judicial de la C.C. y tiene aspectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales⁷⁴.

En definitiva, el IIF en cuestión (dentro del marco de la SF) ofrece algunas dudas y aparece prospectivamente como una incógnita si el propósito de racionalizar el impacto fiscal de las decisiones judiciales terminará o no afectando negativamente a las magnitudes protectivas de los derechos sociales, muchos de los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad de los componentes de los grupos más excluidos de la sociedad.

Asimismo, quedan abiertos algunos interrogantes no menores en torno a si la SF en general y el IIF en particular podrían menoscabar relevantes principios tuitivos de los DESC como el de progresividad y el de no regresividad injustificada.

Es también un enigma predecir si el IIF no engendrará fricciones institucionales entre la rama judicial y la rama ejecutiva, ya que para algunos autores el incidente deteriora la autonomía del poder judicial.

Ojalá que prime la prudencia y la racionalidad para evitar que el IIF se convierta en un severo obstáculo que impida o mediatice la efectividad de las sentencias en materia de derechos humanos. Ello implicaría entronizar una

⁷³ ROA ROA, Jorge E., "El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales", *Serie Documentos de Trabajo*, N° 46, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, Bogotá, 2015, p. 2; disponible en http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 12.

visión pura y fríamente fiscal y económica que, con la excusa de asegurar la sanidad de las finanzas o de paliar las insuficiencias presupuestarias, a modo de censor tendría la última palabra para disponer a voluntad la apertura o el cierre de la válvula que conduzca, respectivamente, a la protección o la desprotección de los DESC.

Un elemento indudablemente positivo perfilado por la C.C. en la Sentencia C-870 de 2014 consiste en la *inaplicabilidad del IIF a las acciones de tutela*, sometidas a reserva de ley estatutaria.

Asimismo, nos parece que en toda solución que hubiera de adoptarse en relación con los incidentes de impacto fiscal las Altas Cortes intervinientes en ellos deberían hacer gala de una prudente compenetración con las premisas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, como por ejemplo el crucial principio *pro persona*.

No debe olvidarse que los derechos fundamentales y la dignidad humana, consustancial a estos, así como también la sana pervivencia del Estado Social de Derecho (principio fundamental que se dispara desde el propio artículo inaugural de la CP), *están en juego y en serio riesgo*. Este punto nos abre el camino hacia la cuestión que abordaremos a continuación.

VIII - DIGNIDAD HUMANA, CONTENIDOS ESENCIALES DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CUESTIONES CONEXAS

1 MÍNIMO VITAL Y DIGNIDAD HUMANA

A) Es por medio de hechos y no de fraseología vana que debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (“derecho a la supervivencia”⁷⁵, en la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes desde que apuntan a los límites a los poderes públicos – incluidos los de la mayoría – respecto de los derechos, aunque también con diferencias⁷⁶, Ferrajoli acuña el concepto de

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 19, tal como anticipáramos en nota 15 a pie de página.

⁷⁶ El propio Ferrajoli se encarga de marcar dichas diferencias en: “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2008, pp. 337-343.

“esfera de lo no decidible”, Bobbio el de “territorio inviolable” y Garzón Valdés el de “coto vedado”.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la “esfera de lo no decidible” demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador – *lo que no puede ser decidido por este* – en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestos al legislador – *lo que debe ser decidido por este* – en *garantía de los derechos sociales*⁷⁷.

A su tiempo, Bobbio precisa: “Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘inviolables’. Ahora bien, *lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque esta sea mayoritaria*. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría [...]. La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una *especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario*”⁷⁸ – énfasis agregado –. Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio – o frontera – inviolable”, deben incluirse a ciertos derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*⁷⁹.

En su matriz de análisis Garzón Valdés se refiere al “coto vedado”⁸⁰ o conjunto de valores últimos. En el fondo, este exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios.

⁷⁷ Ver IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, Alicante, 2008, p. 209.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, ed. de Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2005, pp. 478-479.

⁷⁹ BOVERO, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008, p. 222.

⁸⁰ Como se sabe, Garzón Valdés toma la expresión “coto vedado” del título de un libro autobiográfico del escritor GOYTISOLO, Juan, *Coto vedado*, 1. ed., Seix Barral, Biblioteca Breve, Barcelona, 1985; publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

Al respecto, Cruz Parceró apunta que “ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga”⁸¹ – cursivas del original –.

B) Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*⁸² o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*.

Sobre el punto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de ciertos órganos máximos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bundesverfassungsgericht* – *BVerfGE* –) en torno a aquel intenso vínculo al que referíamos.

En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992⁸³, la C.C. señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El *derecho a un mínimo vital* – derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario – *es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho* que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución” – remarcado agregado –.

El *mínimo vital* es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la C.C., que en el particular exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora.

Para dicho Tribunal, el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, *haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo* (v. gr., Sentencia T-338 de 2001⁸⁴), verificándose que quien

⁸¹ PARCERO, Juan A. Cruz, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, N° 4, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca [Argentina], 2004, pp. 71-98, concretamente en p. 87.

⁸² Un acercamiento a la cuestión, puede verse en Encarna Carmona Cuenca, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1577-1616.

⁸³ Sala Segunda de Revisión de la C.C., 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁴ Sala Sexta de Revisión de la C.C., 29 de marzo de 2001, Marco Gerardo Monroy Cabra.

alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como *la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación*, como mecanismos para hacer realidad su *derecho a la dignidad humana* (por ejemplo, Sentencia T-581A de 2011⁸⁵).

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza fundamental *relacionado con la dignidad humana*.

Así, la C.C. ha mantenido que justamente *el principio constitucional de dignidad humana*, sobre el que se establece el Estado Social de Derecho, *sirve de fundamento al derecho al mínimo vital*, cuyo objeto no es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997⁸⁶).

De su lado, en un pronunciamiento no muy lejano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el *BVerfGE* resolvió el caso llamado “Hartz IV”⁸⁷. Esta denominación (que en menor medida es también conocida como *Arbeitslosengeld II*, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en 2005, que el *BVerfGE* entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un *mínimo de subsistencia digna*, vulnerando de tal modo el art. 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en relación con el art. 20.1, *ibid.*, o sea, respectivamente, la intangibilidad de la dignidad humana y el Estado social. El Tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital* que esté en consonancia con la *dignidad humana* en conexión con el principio del *Estado social*, garantiza a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la primera conceptualización

⁸⁵ Sala Segunda de Revisión de la C.C., 25 de julio de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸⁶ Sala Tercera de Revisión de la C.C., 24 de septiembre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁷ *BVerfGE* 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09.

El texto de la sentencia en alemán e inglés puede verse en el sitio oficial del Bundesverfassungsgericht: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/l20100209_1bv1000109en.html.

por un Tribunal Constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales⁸⁸.

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir⁸⁹.

2 CONTENIDOS MÍNIMOS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES; PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y OTRAS CUESTIONES

A) En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESC cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente*, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera *negativamente* como límite al legislador, en tanto este no podría dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral esencial.

Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no sería, precisamente, la más acertada⁹⁰. Al respecto, consideramos que el punto

⁸⁸ Ver Claudia Bittner, “Casenote. Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, en *German Law Journal*, v. 12, Nº 11, pp. 1941-1942; Fuente: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf.

⁸⁹ PATIÑO, Néstor Osuna, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado Social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, Nº 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 95.

⁹⁰ Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se advirtió que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional al contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto de un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino solo una parte del mismo (*vid.* Juan C. Gavara de Cara,

debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las características contextuales; y luego, a partir de la aplicación de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello, “los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión”⁹¹ – cursivas del original –.

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”⁹².

La tesis alemana del “límite a los límites” (“*Schranken-Schranke*”) se refiere por ejemplo (y valga la tautología) a las restricciones que debe observar una

Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 327-328).

⁹¹ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 85-86.

⁹² CARA, Juan C. Gavara de, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 142.

ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad⁹³.

Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el art. 28 de la Constitución argentina, que estatuye: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*” – remarcado nuestro –. En otras palabras, los principios, garantías y derechos pueden ser reglamentados (he aquí un límite que marca que *no son absolutos*: su reglamentación), pero a su vez tal regulación del ejercicio de aquéllos no puede alterarlos o desnaturalizarlos, con lo cual se entroniza allí *un límite a los límites*.

Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, manifiesta que la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el art.19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el art.53.1 de la Constitución española)⁹⁴,

⁹³ Específicamente sobre este principio, ver PULIDO, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2. ed., CEPC, Madrid, 2005, *passim*.

⁹⁴ Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta* y *ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, principio que en sentido *amplio* “consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución”. Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es adecuada a la finalidad perseguida); de *necesidad* (constatar que el perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible); y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida no guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende); de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado); y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea, que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) [CARA, Juan C. Gavara de, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, *op. cit.*, pp. 332-334].

Como puede suponerse, no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el art. 18.3 de la Constitución de Portugal establece: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”, y el art. 36.4 de la Constitución suiza dispone: “El contenido esencial de los derechos fundamentales es inviolable” – énfasis agregado en ambos casos –. Por su parte, en el marco comunitario europeo, el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de

para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo⁹⁵.

En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta y relativa*.

La primera (absoluta) imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera a la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y la sección circunferencial exterior como la parte accesoria o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita; mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas⁹⁶.

La segunda (relativa) entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo sino determinable solo casuísticamente en atención a 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 limitación⁹⁷.

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa) al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos “colidentes” en ellos, oponiéndose a la teoría absoluta que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación⁹⁸.

Para que una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental sea lícita, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona a aquél. Por lo demás, la literatura jurídica – no sin matices – sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad*, como una relación de la concordancia

interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” – remarcado añadido –.

⁹⁵ GIL, Rubén Sánchez, *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 2007, p. 111.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 111-112.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 112.

⁹⁸ Ídem.

práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional⁹⁹.

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy¹⁰⁰ o Hesse¹⁰¹.

B) Aunque en relación con otro aspecto, particularmente el del art. 21.1 de la CADH, que dispone que *la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social*, pero en conexión con la dimensión comunal (o colectiva) indígena del derecho de propiedad, la Corte IDH ha especificado que “la necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La *proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido*. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”¹⁰² – remarcado añadido –.

De hecho, el Tribunal Interamericano ha sostenido que, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia CADH y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: *a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*¹⁰³.

Es también útil evocar que el Comité de DESC ha expresado: “...Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe

⁹⁹ *Ibid.*, p. 115.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 288.

¹⁰¹ HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública – Marcial Pons, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, 1996, p. 110.

¹⁰² Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125, párr. 145. También, *mutatis mutandis*, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111, párr. 96.

¹⁰³ Corte IDH, “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit. en nota anterior, párr. 144.

respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado”¹⁰⁴ – énfasis agregado –.

El aludido Comité ha expresado también que la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos¹⁰⁵.

Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser “adecuados” a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párr. 1 del art. 11 y el art. 12 del PIDESC¹⁰⁶.

En la misma línea se inscriben, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), cuyo art. 5 titulado “Alcance de las restricciones y limitaciones”, reza: “Los Estados Partes solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”; y el art. 4 del PIDESC, que establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

¹⁰⁴ Comité de DESC, O.G. N° 8, ‘Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales’, 17º período de sesiones (1997), párr. 7, E/C.12/1997/8.

¹⁰⁵ Comité de DESC, O.G. N° 4, ‘El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1, art. 11, PIDESC)’, 6º período de sesiones (1991), párr. 7, E/1991/23.

¹⁰⁶ Comité de DESC, O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29º período de sesiones (2002), párr. 11, E/C.12/2002/11.

Específicamente en torno a tal cláusula del PIDESC, y aunque se trate de manifestaciones de *soft law*, es significativo traer a colación los Principios de Limburgo relativos a la aplicación de tal Pacto¹⁰⁷, que indican:

- en relación con *limitaciones* a los DESC, aquella disposición (art. 4, PIDESC) tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y no, en cambio, el de permitir la imposición de limitaciones por parte del Estado (Principio 46); además de que el propósito de dicha norma no era introducir limitaciones a los derechos relativos a la supervivencia del individuo ni a la integridad de la persona (Principio 47);
- con respecto a la expresión *determinadas por ley*, no se deberá limitar el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales a menos que así lo disponga la legislación nacional de aplicación general, consistente con los principios del Pacto y en vigor al momento de la aplicación de la limitación (Principio 48); las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, insensatas, ni discriminatorias (Principio 49); todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos (Principio 50); y se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los DESC (Principio 51);
- en cuanto a *promover el bienestar general*, esta expresión supone que deberá reflejarse un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto (Principio 52);

¹⁰⁷ Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del – por entonces– recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados Partes, y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

Las alusiones que se realizan en el texto de nuestro trabajo fueron tomadas de Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, Serie de Capacitación Profesional N° 12, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU, Nueva York y Ginebra, 2004, Anexo 6, pp. 131-141, en particular, pp. 135-136.

- en punto a la expresión “*en una sociedad democrática*”, la misma deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones (Principio 53); el Estado que impone limitaciones debe demostrar que estas no perjudican el funcionamiento democrático de la sociedad (Principio 54); y al no existir un modelo único de sociedad democrática, se considerará como tal a la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Principio 55); y
- acerca de que la restricción debe ser *compatible con la naturaleza de esos derechos*, el Principio 56 estipula que ello no deberá interpretarse o aplicarse si, por este proceder, se amenaza la esencia misma del derecho en cuestión, es decir – agregamos por nuestra parte – que no puede vulnerar el *contenido esencial de tal derecho*.

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁸ también aportan consideraciones de utilidad respecto del tópico que examinamos. En tal sentido, la parte introductoria del Principio 14 establece: “Pueden producirse violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por una acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el Estado. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes”:

- a) la *derogación o suspensión* oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido;
- b) la *denegación activa* de estos derechos a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza;
- c) el *apoyo activo* a medidas adoptadas por terceros que son incompatibles con los DESC;

¹⁰⁸ Adoptadas por un grupo de expertos cuyas discusiones se desarrollaron entre el 22 y el 26 de enero de 1997. Se trata de un documento interpretativo al que recurren frecuentemente los órganos de supervisión de tratados internacionales en el campo de los DESC (UN Document E/C.12/2000/13). Las referencias efectuadas en el texto se extrajeron de Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, op. cit. en la parte final de la nota anterior, Anexo 5, pp. 123-130, en particular, p. 126.

- d) la *adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos*, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos;
- e) la adopción de cualquier *medida deliberadamente regresiva* que reduzca el alcance de la garantía de este derecho;
- f) la *obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo* de un derecho garantizado por el Pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el Pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obedezca a fuerza mayor; y
- g) la *reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas*, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

Para finalizar este tramo del trabajo focalizando el concepto de *dignidad humana*, es útil mencionar – con Garzón Valdés – que puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad¹⁰⁹. Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes¹¹⁰.

Pero además, siempre en verba *garzoniana* y para dar paso a las consideraciones de cierre de este trabajo, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no solo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”¹¹¹ – remarcado agregado –.

¹⁰⁹ VALDÉS, Ernesto Garzón, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 100.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 101.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 101-102.

IX - PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y AMBIENTALES¹¹²

No podemos soslayar algunas novedades importantes que en relación con los DESCAs se han producido; algunos en fechas relativamente recientes y otros más cercanos en el tiempo.

A) Al igual que otros colegas, desde hace mucho tiempo venimos bregando firmemente por instaurar la justiciabilidad directa de los DESCAs sobre la base de una *interpretación dinámica y actualizada* del art. 26 de la CADH, en conexión con otras disposiciones de la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, etc. Considerábamos que ello produciría una importante propagación de la superficie protectoria de aquellos derechos, inescindiblemente consustanciados con la citada dignidad humana.

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

La cuestión no es menor, sino compleja¹¹³ y de relevante magnitud jurídica y axiológica. Sea como fuera, nuestra posición personal siempre se inclinó por *la conveniencia de que la Corte IDH asumiera el desafío y le diera respuesta positiva, pues aquella justiciabilidad directa de los DESCAs no solamente era posible sino también*

¹¹² Sobre el particular ver BAZÁN, Víctor, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el citado libro de Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, pp. 1-182.

¹¹³ De hecho, existe doctrina refractaria a la justiciabilidad directa de los DESCAs por conducto del art. 26 de la CADH.

En ese sentido pueden verse por ejemplo: CAVALLARO, James L. y BREWER, Stephanie E., “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* (edición en español), Año 5, N° 8, junio de 2008, Sur - Red Universitaria de Derechos Humanos, Prol Editora Gráfica Ltda., São Paulo, pp. 84-99; y RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R., “The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 31, N° 2, 2013, pp. 159-186.

necesaria para poner en su justo valor operativo a derechos básicos, sobre todo, de las personas y los grupos más vulnerables y excluidos. Por supuesto, ello no implicaba pretender empujar al Tribunal a actuar temeraria e irresponsablemente, ya que la prudencia y el equilibrio son en todo momento factores imprescindibles en su accionar.

B) Repasaremos algunos argumentos que sosteníamos desde hace bastante tiempo.

a) Un asunto que en una primera mirada parecería de textura solo formal o meramente lingüística, aporta mucho más que eso. La Parte I de la CADH tiene el siguiente título: “Deberes de los Estados y *derechos protegidos*” – énfasis añadido –. Dentro de esa Parte, el Capítulo I se refiere a los *deberes de los Estados*, el Capítulo II se centra en los *derechos civiles y políticos* y el Capítulo III, contentivo del art. 26, focaliza los *derechos económicos, sociales, culturales*¹¹⁴ [también ambientales, aunque sin verbalizarlo].

De ello se desprende que los DESC(A) a que alude el art. 26 están incluidos en la categoría de *derechos protegidos* por la CADH y naturalmente quedan encapsulados en el *acervo competencial por razón de la materia* de los órganos estatuidos por la Convención para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos tomados por los Estados Partes al respecto, o sea, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (cfr. art. 33, *ibid.*).

A su tiempo, debe subrayarse que al resolver el “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”¹¹⁵ la Corte IDH interpretó ese art. 26, remitiendo en lo que hace al alcance del entendimiento del “desarrollo progresivo” de los DESC(A) a lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General (O.G.) N° 3, sobre “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, de 14 de diciembre de 1990. De ello cabe desprender – *mutatis mutandis* – que el Tribunal Interamericano califica a aquel precepto como consagratorio de *claras*

¹¹⁴ Además de esa tríada de segmentos, integran también la Parte I los Capítulos IV, denominado “Suspensión de garantías, interpretación y aplicación”, y V, rotulado “Deberes de las personas”.

¹¹⁵ Corte IDH, “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98, párr. 147, nota 158 a pie de página (que alude al pto. 9 de la O.G. N° 3 del Comité de DESC).

*obligaciones jurídicas para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos que al respecto aborda la citada Convención*¹¹⁶.

Lo anterior, específicamente acerca del alcance operativo del conglomerado obligacional contraído por los Estados que conforman la CADH en el contexto del art. 26 de la CADH, se tornaba más diáfano solo con reparar en que la fuente de la que abrevó dicho precepto es ni más ni menos que el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), respecto del cual la apuntada O.G. N° 3 del Comité de DESC ha sido contundente al determinar la *fuerza vinculante* de los deberes que depara.

Ambas disposiciones confluyen en un punto de gran relevancia: la consecución progresiva de *la plena efectividad de los derechos* englobados en aquellas. No parecía entonces la mejor de las interpretaciones predicar que semejante mandato de *plena efectividad* contuviera solo fraseología despojada de preceptividad jurídica.

Es que un aserto de tal tenor quedaría rápidamente desvanecido, tomando en cuenta por ejemplo los siguientes factores y circunstancias: i) los principios

¹¹⁶ Nótese que la aludida O.G. N° 3, en su pto. 1, expresa: “El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*” – remarcado añadido –.

La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida O.G. se dirigió a su pto. 9, en el que puede leerse: “La principal obligación de resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. 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. [...] 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. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, 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” – énfasis agregado –.

internacionales cardinales *pacta sunt servanda* y *bona fide*, la imposibilidad de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales y la necesaria hermenéutica conforme al objeto y el fin del instrumento internacional (que respectivamente surgen de los arts. 26, 27 y 31.1 de la CVDT); *ii*) la especial naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos; *iii*) el principio *pro persona*; *iv*) las obligaciones estatales de respetar y garantizar los DESC(A) y de adecuar el derecho interno a las premisas del convenio internacional; y *v*) los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (civiles y políticos y económicos, sociales, culturales y ambientales).

b) Es también determinante que la Corte IDH haya reiterado sin ambages en el “Caso Acevedo Buendía vs. Perú” que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (art. 62.1 de la CADH), *presuponen la admisión por los Estados que la presentan, del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*¹¹⁷. Partiendo de tal superficie de apoyo, es igualmente categórico que haya enfatizado nuevamente que *ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la CADH y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ella*¹¹⁸.

Aunque obvio, debe recalarse que el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica queda decididamente incluido en ese amplio espectro de cobertura que deja al descubierto la taxativa aseveración de la Corte. Correlativamente, los derechos encapsulados en tal precepto están sometidos a las *obligaciones generales* estatuidas en los arts. 1.1 y 2, *ibid.*, de la CADH, de igual modo que los derechos civiles y políticos desplegados en los arts. 3 a 25 del mismo instrumento internacional.

Lo anterior viene a cuento porque luego de haber resuelto el “Caso Acevedo Buendía vs. Perú” aparecieron dos asuntos asociados a algunos aspectos de los DESC(A) en los que no existió mención alguna al art. 26 de la CADH por parte de las respectivas mayorías votantes de la Corte IDH. Aludimos a los casos “Furlan

¹¹⁷ Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, párr. 16.

¹¹⁸ Ídem.

y Familiares vs. Argentina”¹¹⁹ (sobre los derechos a la salud y a la seguridad social) y “Suárez Peralta vs. Ecuador”¹²⁰ (acerca del derecho a la salud), aunque pueden rescatarse los respectivos y, para nosotros, *acertados* votos concurrentes de la ex jueza Margarette May Macaulay, en el primero de ellos, y del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el segundo.

Ambos magistrados plantearon la posibilidad de resolver – en lo pertinente – los conflictos llevados al seno de la Corte IDH contemplando la *justiciabilidad directa* de los DESCA bajo el alcance del art. 26 de la CADH (y no solo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles), en una perspectiva que nos parece auspiciosa. Más allá de estas posiciones refrescantes (aunque minoritarias), se abría un signo de interrogación en torno a la prospectiva de la jurisprudencia del Tribunal en la materia, pues parecía gestarse (al menos en la posición mayoritaria) una retracción *vis-à-vis* el avance que intentó producir la sentencia recaída en “Acevedo Buendía vs. Perú”.

c) Por su parte, atinadamente se ha sostenido que el señalado art. 26 de la CADH reconoce todos los DESC[A] enunciados en la DADDH, y los que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA¹²¹.

Porello, en el supuesto de concurrir ambos textos se habrían de armonizar los dos estándares de protección, que pueden ser aplicados de manera acumulativa. Además, todos estos derechos se insertan en la competencia en razón de la materia tanto de la Comisión IDH cuanto de la Corte IDH, habilitando el sistema de peticiones individuales previsto en la CADH; competencias y habilitación que según se ha apuntado no han sufrido mengua alguna a consecuencia del Protocolo de San Salvador¹²².

Por su parte, Urquilla explora el art. 26 de la CADH opinando que más allá de su texto inmediato, en el sentido de que obliga a adoptar medidas de desarrollo progresivo, se trata de un *auténtico texto de reconocimiento genérico de*

¹¹⁹ Corte IDH, “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, N° 246.

¹²⁰ Corte IDH, “Caso Suárez Peralta vs. Ecuador”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, N° 261.

¹²¹ GIALDINO, Rolando, “Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La Ley*, T° 2013-E, Buenos Aires, pp. 924-925.

¹²² *Ibid.*, p. 925.

DESC(A). Añade que en el marco de su proceso de creación queda demostrado que la referencia a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, fue una *manera para referir a los derechos económicos, sociales y culturales*¹²³.

Entre otras consideraciones, agrega que el multinombrado art. 26 de la CADH, junto con todo su amplio contenido, forma parte de las normas que regulan la competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano, lo que permite que *la Comisión y la Corte Interamericanas puedan garantizar su contenido, haciendo de esta manera que los DESC(A) sean exigibles en el ámbito del sistema interamericano*¹²⁴ – remarcado agregado –.

Convergentemente, una de las vías que identifica Melish para que el sistema interamericano y sus usuarios logren consolidar la jurisprudencia socioeconómica regional, radica en reconocer el pleno alcance del art. 26 de la CADH en su protección a los derechos *autónomos* a la salud, educación, vivienda, seguridad social, condiciones de empleo justas, sindicalización y cultura. Añade que *“la jurisprudencia internacional y la legislación nacional deben ser usadas para dar contenido autónomo y significativo, en contextos específicos y concretos, a estos derechos fundamentales. No deberían estar empotrados al interior de otras normas que las amparen, en donde vayan a perder su contorno y especificidad”*¹²⁵ – énfasis añadido –.

En síntesis, para abonar la línea de justiciabilidad directa anunciada, se conjugan los arts. 26 y 29 de la CADH bajo la iluminación axiológica y jurídica del principio *pro persona*.

X - NOVEDADES EN LA CORTE IDH EN TORNO A LOS DESCA

A) OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17

A propósito de los DESCA, y particularmente en referencia a los derechos ambientales, la Corte IDH ha emitido – como viéramos – la OC-23/17, de 5 de

¹²³ URQUILLA, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2009, p. 197.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ MELISH, Tara J. “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, D.F., 2005, p. 218 (el trabajo figura en pp. 173-219).

noviembre de 2017, titulada “Medio Ambiente y Derechos Humanos”. Entre otros puntos salientes, acentuamos algunas consideraciones interesantes del Tribunal Interamericano sobre el particular y la importancia del citado pronunciamiento consultivo:

- destacó “la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”;
- *por primera vez la Corte IDH desarrolló el contenido del derecho al medio ambiente sano*, que en el ámbito interamericano se encuentra regulado, tanto por lo dispuesto en el art. 11 del Protocolo de San Salvador, como en el art. 26 de la CADH, que *contiene los derechos económicos, sociales y culturales*, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la DADDH (en la medida en que esta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el art. 29 de la misma;
- *remarcó la relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible*; reiteró la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello;
- *determinó las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente*. Enfatizó, *inter alia*, que los Estados están obligados a *respetar y garantizar* los derechos humanos de todas las personas y que esto puede incluir, según el caso en concreto y de manera excepcional, *situaciones que van más allá de sus límites territoriales*. Puntualizó también que los Estados tienen la *obligación de evitar los daños transfronterizos*; y
- además, estableció las *obligaciones derivadas de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente*. En particular, expresó que los Estados deben: *i) prevenir los daños ambientales significativos*, dentro o fuera de su territorio, lo cual implica que deban regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su

jurisdicción, realizar estudios de impacto ambiental, establecer planes de contingencia y mitigar los daños ocurridos; ii) *actuar conforme al principio de precaución* frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aun en ausencia de certeza científica; iii) *cooperar* con otros Estados de buena fe para la protección contra daños ambientales significativos; iv) *garantizar el acceso a la información* sobre posibles afectaciones al medio ambiente; v) *garantizar el derecho a la participación pública de las personas*, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, y vi) *garantizar el acceso a la justicia*, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

B) NUESTRA POSICIÓN FAVORABLE A LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DESCA VÍA ART. 26 DE LA CADH

Un importante avance de la Corte IDH en materia de DESCA es la *justiciabilidad directa de estos por conducto del art. 26 de la CADH*¹²⁶, asunto acerca del cual venimos batallando con la palabra y la pluma desde hace muchos años, ya que – como se expusiera – normalmente en sus sentencias en materia de derechos sociales el Tribunal Interamericano optaba por aplicar el argumento por conexidad y condenar al Estado en cuestión, v. gr., por violación al art. 5 de la CADH y no directamente por medio del art. 26, *ibid.*, que – en puridad – es el que corresponde activar y aplicar.

Fundamentalmente a partir del “Caso Lagos del Campo *vs.* Perú”¹²⁷ se abre una brecha que ya estaba contenida en votos razonados minoritarios de algunos magistrados que disentían de esa conexidad aplicativa y sostenían que lo correcto era activar derechamente el art. 26 de la CADH. Lo que en un tiempo fue minoritario en el seno de la Corte IDH hoy pasó a ser mayoritario, al menos de momento.

El caso en cuestión es singularmente importante al liberar el paso hacia la justiciabilidad directa y plena de los DESCA, en distintos aspectos: i) con referencia a la violación del derecho a la libertad de expresión desde el ámbito de las relaciones entre particulares en ámbitos laborales; ii) declarándose por vez

¹²⁶ Al respecto, ver BAZÁN, Víctor, *op. cit.*, *Derechos económicos, sociales y culturales*, pp. 1-182.

¹²⁷ Corte IDH, “Caso Lagos del Campo *vs.* Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2017, Serie C, N° 340.

primera la vulneración del art. 26 de la CADH en relación con el art. 1.1, *ibid.*, por la vulneración de la estabilidad laboral del actor; y *iii*) al aplicar la protección del art. 16 en relación con el art. 26, *ibid.*, por la transgresión del derecho de asociación en contextos laborales.

Al “Caso Lagos del Campo *vs.* Perú”, en *materia laboral*, le siguieron otros, por ejemplo:

- el “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros *vs.* Perú”¹²⁸, sobre la *misma temática*;
- el “Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela”¹²⁹, que también supone una contribución muy relevante para la construcción de la jurisprudencia interamericana en torno a los DESCAs, particularmente respecto de la protección de las personas en ámbitos laborales;
- el “Caso Poblete Vilches y otros *vs.* Chile”¹³⁰, de gran magnitud puesto que por primera vez se aborda el *derecho a la salud* como derecho autónomo y justiciable por medio del art. 26 de la CADH;
- el “Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala”¹³¹, que refrenda la puntualización de la Corte IDH en cuanto a la consideración del *derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable*; y, más recientemente,
- el “Caso Muelle Flores *vs.* Perú”¹³², de gran significación porque, por un lado, ratifica la competencia de la Corte IDH para examinar violaciones del art. 26 de la CADH y, paralelamente, afronta de modo directo el *derecho a la seguridad social*, como autónomo y justiciable precisamente por medio de aquel multicitado artículo de la Convención, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes dado que la víctima es *un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor*

¹²⁸ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros *vs.* Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2017, Serie C, N° 344.

¹²⁹ Corte IDH, “Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de febrero de 2018, Serie C, N° 348.

¹³⁰ Corte IDH, “Caso Poblete Vilches y otros *vs.* Chile”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de marzo de 2018, Serie C, N° 349.

¹³¹ Corte IDH, “Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de agosto de 2018, Serie C, N° 359.

¹³² Corte IDH, “Caso Muelle Flores *vs.* Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de marzo de 2019, Serie C, N° 375.

con discapacidad. Por lo demás, la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, incluyen aspectos que tienen una *exigibilidad inmediata*, y otros que ostentan un *carácter progresivo*. Respecto de las primeras (*obligaciones de exigibilidad inmediata*), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social y asegurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros. En torno a las segundas (*obligaciones de carácter progresivo*), la realización gradual significa que los Estados Parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Del mismo modo, se impone la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos comprendidos. En suma, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (arts. 1.1 y 2 de la CADH), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad¹³³.

C) UN ASUNTO RECIENTE E IMPORTANTE QUE ABRE SENDEROS DE DIRECTA JUSTICIABILIDAD

Habíamos anticipado que el Estado argentino fue recientemente condenado por la Corte IDH en un asunto emblemático: el “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” (Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 6 de febrero de 2020, Serie C, N° 400).

¿Por qué es tan relevante? Entre otras cosas, porque la Corte IDH por primera vez en ejercicio de su competencia contenciosa y con mayor o menor solidez y ortodoxia argumental, analizó los hechos partiendo de los *derechos al ambiente sano*, además de los *derechos a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural*, todos los cuales fueron catalogados como “*autónomos y justiciables*” en el contexto del art. 26 de la CADH.

¹³³ La parte final del párrafo, pertenece al voto razonado del juez Eduardo Ferrer-Mac Gregor al citado “Caso Muelle Flores vs. Perú”.

Un muy importante logro que, ojalá, no sea víctima de una interpretación regresiva que derrumbe o desnaturalice los adelantos que el caso en cuestión trajo consigo en el ámbito temático que abordamos.

Indudablemente, aunque con bemoles, es un avance en el desarrollo jurisprudencial de los DESCA, un refuerzo en cuanto al reconocimiento de su justiciabilidad y efectividad, y una contribución tuitiva a derechos que antes eran mediatizados y hoy pasaron a ser directamente exigibles en la ruta jurisdiccional del sistema interamericano.

Es un justo logro pues tales derechos son fundamentales, varios de ellos son precondiciones para el goce de importantes derechos civiles y políticos y, en definitiva, enaltecen la dignidad de la persona, sobre todo de los individuos y grupos hiposuficientes y marginados, como de hecho lo son por ejemplo las comunidades indígenas.

Por supuesto, y antes de pasar a las valoraciones que clausurarán este trabajo, es preciso señalar que nuestros jueces y demás autoridades públicas deben seguir de muy cerca, y sobre todo aplicar, *control de convencionalidad mediante*, los adelantos protectorios que en el área de los DESCA vienen gestándose pretorianamente en el seno de la Corte IDH.

Así como también, en la dimensión medioambiental, las consideraciones contenidas en la aludida OC-23/17, complementándolas con los postulados que en la materia existen en el derecho interno, para procurar asegurar siempre la mejor solución posible desde la vertiente operativa del *principio de humanidad* y la encumbrada premisa *pro persona*.

XI - APRECIACIONES DE CIERRE

1. Partiendo del carácter unitario de la dignidad humana, puede afirmarse que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (también ambientales) existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación. Nunca disociación antinómica.

Ello deriva por ejemplo de la lectura de uno de los logros principales surgentes de la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993): la promoción y movilización de la doctrina de la *universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos y su interrelación*. Es igualmente digno de destacar que dicha Conferencia Mundial fungió como instrumento axial para

que se conociera y divulgara la legítima preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en particular, de sus *segmentos más vulnerables*¹³⁴.

2. Los DESC(A) *no padecen una minusvalía jurídica, tampoco axiológica, respecto de los derechos civiles y políticos, ni son meros “derechos de papel”*. Contrariamente, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos llevan a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles, según sus peculiaridades, ante las correspondientes autoridades estatales que resulten competentes.

Sucede que, a partir del *carácter integral de los derechos*, corresponde asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, con independencia de si se trata de DCP o de DESC. Así, la garantía de los derechos fundamentales legitimaría y justificaría sin ambages tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio interamericano e incluso a otros esquemas tuitivos en el plano universal.

3. En el ámbito latinoamericano no puede válidamente ponerse en duda la fundamentalidad de los derechos sociales. Es que varios de estos operan como *precondiciones* para el ejercicio de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos.

4. Sobre el alcance y el grado de operatividad de los DESC(A), la búsqueda debe encaminarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “*equidad social*”¹³⁵.

La *progresividad* debe ser *concreta y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, coherente con el eminente principio *pro persona*.

¹³⁴ Ver, en ese sentido, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I, 2. ed., S.A. Fabris Ed., Porto Alegre, 2003, *inter alia*, p. 39; cit. en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte IDH en el aludido caso “Ximenes Lopes vs. Brasil” (párr. 42).

¹³⁵ Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “*equidad social*” que debe caracterizar a esa progresividad, ver el ap. 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98.

Tal mandato de *desenvolvimiento progresivo* se debe combinar con la *prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado*.

Sea como fuera, si igualmente se adoptaran medidas *a priori* incausadamente regresivas o si *prima facie* no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquéllas serían *revisables judicialmente*, posándose la *carga de la prueba* sobre el Estado, el que como hipótesis de mínima debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas básicas y sustentables.

5. Otra senda fiscalizatoria del nivel de cumplimiento de los DESCAs se localiza en el *control social y democrático* sobre la base de los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, que permitiría mensurar el ritmo, el alcance y la matriz de prioridades que el Estado maneja en el marco de las políticas públicas encaminadas (al menos discursivamente) hacia la protección y la realización de tales derechos.

6. Entre los derechos sociales, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana existe un nexo muy intenso. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho social (hablando en general) no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

Y en semejante contexto, la tarea jurisdiccional deberá – en particular – orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como – solo por citar un ejemplo – el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreducible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

7. Las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el área de los DESCAs *no son derogables*. Además, en épocas de crisis financieras y/o económicas es cuando deviene más nítida e imperiosa la necesidad de incrementar la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*. Las medidas que se adopten para paliar aquella situación crítica deberán tener siempre como límites infranqueables al *contenido esencial* de cada uno de los derechos sociales en juego (y en riesgo) y, por supuesto, la *dignidad de la persona*, eje alrededor del cual gira todo modelo tuitivo de derechos y garantías.

8. Logro sumamente importante reside en la posibilidad de viabilizar a través del art. 26 de la CADH derechos de gran calado como el relativo *al ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua, a la identidad cultural*; además de otros como *el derecho a la protección de las personas en ámbitos laborales, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social*. Todos ellos han sido catalogados por la Corte IDH (en su vertiente mayoritaria) como “autónomos y justiciables”, lo que constituye un muy relevante paso en el marco del reconocimiento de la justiciabilidad y efectividad de tales derechos que han pasado a ser directamente exigibles en la ruta jurisdiccional del sistema interamericano.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1. ed., 2. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001.

BAZÁN, Víctor. “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2014, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México D.F., 2014.

_____. “*Amicus curiae*, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos”, *Federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato, Focus - América Latina*, N° 2, Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed europeo, Italia, 19 de diciembre de 2014. Fuente: http://federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=41&focus=sudamerica.

_____. “*Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*”, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2017.

_____. “*Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*”, Colección Cuadernos democráticos, N° 1, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Nacional Ecuador, Quito, 2009.

_____. (Director). “*La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado*”, en *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, Astrea, Buenos Aires, 2020.

_____. “*La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales*”, Víctor Bazán (Director), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, Lima, 2009.

Comisión IDH. Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras *vs.* Perú”, 27 de marzo de 2009.

Comité de DESC. ‘Carta abierta a los Estados Partes’ [del PIDESC], 48° período de sesiones, 16 de mayo de 2012, CESCR/48th/SP/MAB/SW.

Comité de DESC. O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29° período de sesiones (2002), párr. 11, E/C.12/2002/11.

Comité de DESC. O.G. N° 17, “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) [ap. ‘c’, párr. 1, art. 15, PIDESC]”, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/17.

Comité de DESC. O.G. N° 18, ‘Derecho al trabajo (art. 6, PIDESC)’, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/18.

Comité de DESC. O.G. N° 19, ‘El derecho a la seguridad social (art. 9, PIDESC)’, 39° período de sesiones (2007), E/C.12/GC/19.

Comité de DESC. O.G. N° 21, “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1. ‘a’, PIDESC)”, 43° período de sesiones (2009), E/C.12/GC/21/Rev.1.

Comité de DESC. O.G. N° 4, ‘El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1, art. 11, PIDESC)’, 6° período de sesiones (1991), párr. 7, E/1991/23.

Comité de DESC. O.G. N° 8, ‘Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales’, 17° período de sesiones (1997), párr. 7, E/C.12/1997/8.

Comité de DESC. O.G. N° 13, ‘El derecho a la educación (art. 13, PIDESC)’, 21° período de sesiones (1999), E/C.12/1999/10.

Comité de DESC. O.G. N° 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12, PIDESC)’, 22° período de sesiones (2000), E/C.12/2000/4.

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

Corte IDH. “Caso Baldeón García *vs.* Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de abril de 2006, Serie C, N° 147.

Corte IDH. “Caso Cinco Pensionistas *vs.* Perú”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98, párr. 147, nota 158.

_____. “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

_____. “Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, Tº 2007-D, Buenos Aires.

BECERRA, Manuel Terol y QUESADA, Luis Jimena [dirs.]. *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BITTNER, Claudia. “Casenote. Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, en *German Law Journal*, v. 12, N° 11, pp. 1941-1942; Fuente: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*, ed. de Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2005.

BOVERO, Michelangelo. “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008.

_____. “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008.

CARA, Juan C. Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

CAVALLARO, James L. Cavallaro y BREWER, Stephanie E. “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* (edición en español), Año 5, N° 8, junio de 2008, Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos, Prol Editora Gráfica Ltda., São Paulo, pp. 84-99; y Oswaldo R. Ruiz-Chiriboga, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31, N° 2, 2013.

COMANDUCCI, Paolo. “Democracia y derechos fundamentales”, en su obra *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, CEPC, Madrid, 2010.

COMISARIO para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. “La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica”, *CommDH/IssuePaper* (2013) 2, p. 22; Fuente: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2430934&SecMode=1&DocId=2088902&Usage=2>.

Corte IDH. “Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, párr. 86.

Corte IDH. “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125.

Corte IDH. “Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de agosto de 2018, serie C, n° 359.

Corte IDH. “Caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134.

Corte IDH. “Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140.

Corte IDH. “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párr. 71.

Corte IDH. “Caso Furlan y Familiares *vs.* Argentina”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, N° 246.

Corte IDH. “Caso Lagos del Campo *vs.* Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2017, Serie C, N° 340.

Corte IDH. “Caso Muelle Flores *vs.* Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de marzo de 2019, Serie C, N° 375.

Corte IDH. “Caso Poblete Vilches y otros *vs.* Chile”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de marzo de 2018, Serie C, n° 349.

Corte IDH. “Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111, párr. 96.

Corte IDH. “Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de febrero de 2018, Serie C, N° 348.

Corte IDH. “Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, N° 261.

Corte IDH. “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros *vs.* Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2017, Serie C, N° 344.

Corte IDH. “Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párr. 103.

COURTIS, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La*

prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, CEDAL – CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

CRAVEN, Matthew. *The Internacional Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998.

CUENCA, Encarna Carmona. “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2012.

ESTAPÁ, Jaume Saura. “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, 2011, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010. Fuente: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf.

FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2008.

_____. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, Alicante, 2006.

GIALDINO, Rolando. “Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La Ley*, T° 2013-E, Buenos Aires, pp. 924-925.

GIL, Rubén Sánchez. *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 2007.

GOYTISOLO, Juan. *Coto vedado*, 1. ed., Seix Barral, Biblioteca Breve, Barcelona, 1985; publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

GUASTINI, Riccardo. “Derechos: una contribución analítica”, trad. de Andrea Greppi, en *Estudios de teoría constitucional*, 1. ed., 1ª reimp., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, D.F., 2003.

HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública – Marcial Pons, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, 1996.

HIERRO, Liborio L. “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, Universidad de Alicante, Alicante, p. 252, nota 5.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, 2011.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, Alicante, 2008.

MELISH, Tara J. “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, D.F., 2005.

NINO, Carlos S. *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

ONU. Consejo Económico y Social, E/C.12/ESP/CO/5, Distr. General 6 de junio de 2012. Original: español, Comité de DESC, 48° período de sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – España”.

ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capacitación Profesional N° 12, Nueva York y Ginebra, 2004, Anexo 6.

PARCERO, Juan A. Cruz. “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, N° 4, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca [Argentina], 2004.

PATIÑO, Néstor Osuna. “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado Social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

PISARELLO, Gerardo y DE CABO, Antonio. “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, en Raúl Morodo y Pedro De Vega (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, T° III, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2. ed., CEPC, Madrid, 2005.

QUESADA, Luis Jimena. “La inclusión y la cohesión sociales: una visión en clave de efectividad de derechos humanos”, *Los derechos sociales en tiempos de crisis*, II Jornadas del Ararteko sobre Políticas Públicas, Ararteko, Vitoria – Gasteiz, 2012, p. 149; disponible en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_2879_3.pdf.

RESOLUCIÓN del Consejo de Derechos Humanos S-10/1. "The impact of the global economic and financial crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights".

ROA ROA, Jorge E.. "El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales", *Serie Documentos de Trabajo*, N° 46, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, Bogotá, 2015, p. 2; disponible en http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales.

ROIG, Francisco J. Ansuátegui. "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (eds.).

ROSSETTI, Andrés. "Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales", en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti [eds.], *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Colección Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, N° 13, Dykinson, Madrid, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2. ed., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I, 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

URQUILLA, Carlos. *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2009.

VALDÉS, Ernesto Garzón. "¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?", *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011.

WELLMAN, Carl. *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3. ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999.

Submissão em: 04.07.2021

Avaliado em: 21.08.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 15.07.2021 (Avaliador C)

Aceito em: 01.09.2021

