

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: RETOS DE UN *IUS COMMUNE* PARA SUDAMÉRICA*

Flávia PIOVESAN**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La afirmación histórica de los derechos humanos y los derechos sociales.* III. *La protección de los derechos sociales en el sistema global.* IV. *La protección de los derechos sociales en el Sistema Regional Interamericano.* V. *La protección de los derechos sociales en el ámbito Sudamericano: desafíos del ius commune.*

I. INTRODUCCIÓN

¿Cómo comprender los derechos sociales bajo la perspectiva de la concepción contemporánea de derechos humanos? ¿En qué medida merecen el mismo grado de importancia que los derechos civiles y políticos? ¿Cuáles son los principios aplicables a los derechos sociales? ¿Pueden estos derechos ser demandados y enjuiciados? ¿Cuál es el alcance de su protección en los sistemas internacional y regional interamericano? ¿Cómo fortalecer la proyección y la incorporación de parámetros de protección global y regional en el ámbito sudamericano? ¿Cómo intensificar el diálogo vertical y horizontal de las jurisdicciones cuyo objetivo es la construcción de un *ius commune* en materia de derechos sociales en la región sudamericana?

* Agradezco especialmente a la Fundación Alexander von Humboldt por la beca que me permitió realizar este estudio en el Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law, en Heidelberg, lugar que brinda un ambiente académico de extraordinario rigor intelectual (traducción del portugués por Eduardo Ferrer Mac-Gregor).

** Profesora y doctora en Derecho constitucional y Derechos humanos en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Profesora de Derechos humanos en los programas de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, de la Pontificia Universidad Católica de Paraná y de la Universidad de Pablo de Olavide (Sevilla, España); investigadora visitante del Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg-2009-2011).

Son éstas las cuestiones centrales inspiradoras del presente estudio, cuyo objetivo principal es enfocar la protección de los derechos sociales bajo el prisma internacional y regional interamericano, destacando los desafíos de la implementación de los derechos sociales en el contexto sudamericano, objetivando la construcción de un constitucionalismo regional amparado en un *ius commune* social.

II. LA AFIRMACIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos humanos reflejan una construcción axiológica a partir de un espacio simbólico de lucha y acción social. Según Joaquín Herrera Flores,¹ los derechos humanos traducen procesos que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana. Invocan una plataforma de emancipación orientada hacia la protección de la dignidad y la prevención del sufrimiento humano. En el mismo sentido, Celso Lafer,² recordando a Danièle Lochak, resalta que los derechos humanos no presentan una historia lineal, no componen la historia de una marcha triunfal, ni la historia de una causa perdida de antemano, sino la historia de un combate.

Como reivindicaciones morales, los derechos humanos nacen cuando deben y pueden nacer. Según Norberto Bobbio, los derechos humanos no nacen todos de una sola vez y ni de una vez por todas.³ Para Hannah Arendt, los derechos humanos no son un dato, sino un hecho construido, una invención humana, en constante proceso de construcción y deconstrucción.⁴ Sim-

¹ Cfr. *Derechos Humanos, Interculturalidad y Racionalidad de Resistencia*, mimeo, p. 7.

² Cfr. Lafer, Celso, prefacio al libro Piovesan, Flávia, *Derechos humanos y justicia internacional*, 2a. ed. revisada, ampliada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 22.

³ Cfr. Bobbio, Norberto, *Era de los derechos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Río de Janeiro, Campus, 1988.

⁴ Cfr. Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Río de Janeiro, 1979. Al respecto, véase también Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos: un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, São Paulo, Cia das Letras, 1988, p.134. En el mismo sentido, afirma Ignacy Sachs: “Nunca se insistirá lo bastante sobre el hecho de que la ascensión de los derechos es fruto de luchas, que los derechos son conquistados, a veces, con barricadas, en un proceso histórico lleno de vicisitudes, mediante el cual las necesidades y las aspiraciones se articulan en reivindicaciones y en estandartes de lucha antes de ser reconocidos como derechos” (Sachs, Ignacy, “Desarrollo, derechos humanos y ciudadanía”, *Derechos humanos en el siglo XXI*, 1998, p. 156). Para Allan Rosas: “El concepto de derechos humanos es siempre progresivo. (...) El debate al respecto de lo que son los derechos humanos y cómo deben ser definidos es parte y parcela de nuestra historia, de nuestro pasado y de nuestro presente” (Rosas, Allan, “So-Called Rights of the Third Generation (Los así llamados dere-

bolizan los derechos humanos, parafraseando a Luigi Ferrajoli,⁵ la ley del más débil contra la ley del más fuerte, en la expresión de un contrapoder frente a los absolutismos, sean ellos provenientes del Estado, del sector privado o aun de la esfera doméstica.

Considerando la historicidad de los derechos humanos, se destaca la llamada concepción contemporánea de derechos humanos, introducida por la Declaración Universal de 1948 y reiterada por la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993.

Esta concepción es el fruto del movimiento de internacionalización de los derechos humanos, que surge en el periodo de posguerra como respuesta a las atrocidades y los horrores cometidos durante el nazismo. Es en este escenario que se percibe el esfuerzo de reconstrucción de los derechos humanos, como paradigma y referencial ético que orienta el orden internacional. La barbarie del totalitarismo significó la ruptura del paradigma de los derechos humanos, mediante la negación del valor de la persona humana como valor fuente del derecho. Si la Segunda Guerra significó el rompimiento con los derechos humanos, la posguerra debería significar su reconstrucción. En las palabras de Thomas Buergenthal: “El moderno derecho internacional de los derechos Humanos es un fenómeno del periodo de posguerra. Su desarrollo puede ser atribuido a las monstruosas violaciones de derechos humanos de la era Hitler y a la creencia de que parte de estas violaciones podrían ser prevenidas si existiera un efectivo sistema de protección internacional de derechos humanos”.⁶

Se fortalece la idea de que la protección de los derechos humanos no se debe reducir al dominio reservado del Estado, porque revela un tema de le-

chos de la tercera generación), en Eide, Asbjorn *et al.* (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston y Londres, 1995, p. 243.

⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p. 338.

⁶ Cfr. Buergenthal, Thomas, *International human rights, cit.*, p. 17. Para Henkin: “Por más de medio siglo, el sistema internacional ha demostrado su comprometimiento con valores que trascienden los valores puramente “estatales”, sobre todo los derechos humanos, y ha desarrollado un impresionante sistema normativo de protección de esos derechos” (*International law, op. cit.*, p. 2). Aún sobre el proceso de internacionalización de los derechos humanos, observa Celso Lafer: “Se configuró como la primera respuesta jurídica de la comunidad internacional, *ex parte populi que el derecho* de todo ser humano a la hospitalidad universal sólo comenzaría a ser viable si el “derecho a tener derechos”, para hablar con Hannah Arendt, tuviera una protección internacional, que lo homologara desde el punto de vista de la humanidad. Así fue que empezó efectivamente a ser delimitada la “razón de Estado” y corroída la competencia reservada de la soberanía de los gobernantes, en materia de derechos humanos, iniciándose su vinculación a los temas de la democracia y de la paz” (Prefacio al libro *Los derechos humanos como tema global, op. cit.*, p. XXVI).

gítimo interés internacional. De este modo se prenuncia el fin de la era en que el tratamiento dispensado por el Estado a sus nacionales era considerado un problema de jurisdicción doméstica, resultante de su soberanía. Para Andrew Hurrell:

El aumento significativo de las ambiciones normativas de la sociedad internacional es particularmente visible en el campo de los derechos humanos y de la democracia, basado en la idea de que las relaciones entre gobernantes y gobernados, Estados y ciudadanos, pasan a ser susceptibles de una legítima preocupación de la comunidad internacional; de que los malos tratos a ciudadanos y la inexistencia de regímenes democráticos deben demandar acción internacional; y que la legitimidad internacional de un Estado pasa a depender, cada vez más, del modo por el cual las sociedades domésticas son políticamente ordenadas.⁷

En este contexto, la Declaración de 1948 llega para innovar la gramática de los derechos humanos, al introducir la llamada concepción contemporánea de derechos humanos, signada por la universalidad e indivisibilidad de estos derechos. Universalidad, clamando por la extensión universal de los derechos humanos, por creer que la condición de persona es requisito único para la titularidad de derechos. Se considera que el ser humano es un ser esencialmente moral, dotado de unicidad existencial y dignidad, ésta como valor intrínseco a la condición humana. Indivisibilidad, porque la garantía de los derechos civiles y políticos es condición para la observancia de los derechos sociales, económicos y culturales y viceversa. Cuando uno de estos derechos es violado, los demás también lo son. Los derechos humanos componen así una unidad indivisible, interdependiente e interrelacionada, capaz de conjugar el catálogo de derechos civiles y políticos con el catálogo de derechos sociales, económicos y culturales. Bajo esta perspectiva integral se identifican dos impactos: a) la interrelación e interdependencia de las distintas categorías de derechos humanos; y b) la paridad en grado de relevancia de derechos sociales, económicos y culturales y de derechos civiles y políticos.

Para Asbjorn Eide el término “derechos sociales” a veces denominados “derechos socioeconómicos”, se refiere a derechos cuya función es proteger y proveer el acceso a las necesidades humanas básicas y asegurar las condiciones materiales para una vida digna. Los fundamentos de estos derechos en la

⁷ Cfr. Hurrell, Andrew, “Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World”, en Dunne, Tim y Wheeler, Nicholas J., *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 277.

ley de derechos humanos se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 22: “Cada persona, como un miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, a través del esfuerzo nacional y la cooperación internacional y según la organización y recursos de cada Estado, *los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”.⁸

Al examinar la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos, Héctor Gros Espiell enseña:

Solamente el reconocimiento integral de todos estos derechos puede garantizar la existencia real de cada uno de ellos, puesto que sin la seguridad de disponer de derechos económicos, sociales o culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Inversamente, sin derechos civiles y políticos reales, sin libertad efectiva, entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos, sociales y culturales carecen, a su vez, de un significado verdadero. Esta idea de la necesaria integralidad, interdependencia e indivisibilidad sobre el concepto y la realidad del contenido de los derechos humanos, de cierta forma implícita en la Carta de las Naciones Unidas, es compilada, ampliada y sistematizada en 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Fue definitivamente reafirmada en los Pactos Universales de Derechos Humanos, aprobados por la Asamblea General en 1966 y vigentes desde 1976 en la Proclamación de Teherán de 1968 y en la Resolución de la Asamblea General, adoptada el 16 de Diciembre de 1977, sobre

⁸ Cfr. Eide, Asbjorn, “Social Rights”, en Smith, Rhona K. M. y van den Anker, Christien, *The Essentials of Human Rights*, Londres, Hodder Arnold, 2005, p. 234. Para Asbjorn Eide: “Los derechos económicos, sociales y culturales constituyen tres componentes interrelacionados de un paquete más amplio. Los distintos componentes también tienen vínculos con derechos civiles y políticos. En el centro de los derechos sociales se encuentra el derecho a un nivel de vida adecuado. Para disfrutar de este derecho se requiere, como mínimo, que cada uno pueda disfrutar de los derechos necesarios de subsistencia —derechos de alimentación y nutrición adecuados, vestimenta, vivienda y condiciones necesarias para sus cuidados. Estrechamente relacionado está el derecho de las familias a la asistencia(...). Para gozar de estos derechos sociales, es también necesario disfrutar de ciertos derechos económicos. Estos son el derecho a la propiedad, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social(...). La noción de derechos culturales es más compleja.(...) derechos culturales contienen los siguientes elementos: el derecho a participar en la vida cultural, el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones, el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la producción científica, literaria o artística de la cual el beneficiario es el autor, y la libertad indispensable para la investigación científica y la actividad creativa” (Eide, Asbjorn, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en Eide, Asbjorn *et al.* (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook*, 2a. ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 17 y 18).

los criterios y medios para mejorar el disfrute efectivo de los derechos y de las libertades fundamentales (Resolución n. 32/130).⁹

A partir de la Declaración de 1948 empieza a desarrollarse el derecho internacional de los derechos humanos, mediante la adopción de distintos instrumentos internacionales de protección. La Declaración de 1948 confiere lastro axiológico y unidad valorativa a este campo del derecho, enfatizando la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

El proceso de universalización de los derechos humanos ha permitido la formación de un sistema internacional para su protección. Este sistema está integrado por tratados internacionales de protección que reflejan, sobre todo, la conciencia ética contemporánea compartida por los Estados, al paso que invocan el consenso internacional acerca de temas centrales a los derechos humanos, buscando salvaguardar parámetros mínimos de protección del “mínimo ético irreductible”. En este sentido, cabe destacar que hasta marzo de 2010, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos contaba con 165 Estados-partes; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales contaba con 160 Estados-partes; la Convención contra la Tortura, con 146 Estados-partes; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, con 173 Estados-partes; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con 186 Estados-partes y la Convención sobre los Derechos del Niño presentaba la más amplia adhesión, con 193 Estados-partes.¹⁰

Al lado del sistema normativo global, surgen los sistemas regionales de protección, que buscan internacionalizar los derechos humanos en los planos regionales, particularmente en Europa, América y África. Adicionalmente, existe un incipiente sistema árabe y la propuesta de creación de un sistema regional asiático. Se consolida así, la convivencia del sistema global de la ONU con instrumentos del sistema regional, a su vez integrado por el sistema americano, europeo y africano de protección a los derechos humanos.

Los sistemas global y regional no son dicotómicos, sino complementarios. Inspirados por los valores y principios de la Declaración Universal, componen el universo instrumental de protección de los derechos humanos en el plano internacional. Bajo esta visión, los distintos sistemas de protección de

⁹ Gros Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, San José, Libro Libre, 1986, pp. 16 y 17.

¹⁰ Al respecto, véase *Human Development Report*, UNDP, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 2010.

derechos humanos interactúan en beneficio de los individuos protegidos. El propósito de la coexistencia de instrumentos jurídicos diversos —garantizando los mismos derechos— tiene así el sentido de ampliar y fortalecer la protección de los derechos humanos. Lo importante es el grado de eficacia de la protección, y por eso se debe aplicar la norma que, en el caso concreto, proteja mejor a la víctima. Al adoptar el valor de la primacía de la persona, estos sistemas se complementan, interactuando con el sistema nacional de protección, para proporcionar la mayor efectividad posible en la protección y promoción de derechos fundamentales. Éstos son, inclusive, la lógica y los principios propios del derecho internacional de los derechos humanos, todo él fundado en el principio mayor de la dignidad humana.

La concepción contemporánea de derechos humanos se caracteriza por los procesos de universalización e internacionalización de estos derechos, comprendidos bajo el prisma de su indivisibilidad.¹¹ Destáquese que la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993, reitera la concepción de la Declaración de 1948, cuando, en su párrafo 5o. afirma: “Todos los derechos humanos son universales, interdependientes e interrelacionados. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos globalmente, de manera justa y equitativa, con la misma igualdad y con el mismo énfasis”.

Por tanto, la Declaración de Viena de 1993, suscrita por 171 Estados, endosa la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos, revigorizando el lastre de legitimidad de la llamada concepción contemporánea de derechos humanos introducida por la Declaración de 1948. Nótese que, como consenso del periodo de la posguerra, la Declaración de 1948 fue adoptada por 48 Estados, con 8 abstenciones. Así, la Declaración de Viena de 1993 extiende, renueva y amplía el consenso sobre la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos. La Declaración de Viena afirma también la interdependencia entre los valores de los derechos humanos, democracia y desarrollo.

No existen derechos humanos sin democracia y tampoco democracia sin derechos humanos. Vale decir, el régimen más compatible con la protección de los derechos humanos es el régimen democrático. Actualmente, 140

¹¹ Nótese que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Deficiencia y la Convención para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de los Miembros de sus Familias contemplan no sólo derechos civiles y políticos, sino también derechos sociales, económicos y culturales, lo que viene a establecer la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos.

Estados, entre los casi 200 que integran el orden internacional, realizan elecciones periódicas. Con todo, solamente 82 Estados (representando el 57% de la población mundial) son considerados plenamente democráticos. En 1985, este porcentual era de 38%, comprendiendo 44 Estados.¹² El pleno ejercicio de los derechos políticos puede implicar el “empoderamiento” de las poblaciones más vulnerables, el aumento de su capacidad de presión, articulación y movilización políticas. Para Amartya Sen, los derechos políticos (incluyendo la libertad de expresión y de liberación) no sólo son fundamentales para demandar respuestas políticas a las necesidades económicas, como también centrales para la propia formulación de estas necesidades económicas.¹³ Destaca también Amartya Sen: “El poder de protección de la libertad política revela que, en la historia mundial, nunca ocurrieron hambrunas en democracias actuantes”.¹⁴ De ahí la relación indisoluble entre el ejercicio de los derechos civiles y políticos y el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales.

Además, ante la indivisibilidad de los derechos humanos, deberemos apartarnos definitivamente de la noción equivocada de que una clase de derechos (civiles y políticos) merece entero reconocimiento y respeto, mientras que otra clase de derechos (sociales, económicos y culturales), al contrario, no merece ninguna observancia. Bajo la visión normativa internacional, está definitivamente superada la concepción de que los derechos sociales, económicos y culturales no son derechos legales. La idea de que los derechos sociales no pueden ser objeto de demandas es meramente ideológica y no científica. Son ellos auténticos y verdaderos derechos fundamentales, accionables, exigibles y piden una seria y responsable observancia. Por eso, deben ser reivindicados como derechos y no como actos de caridad, generosidad o compasión.

Tal como aluden Asbjorn Eide y Allan Rosas:

Crear en los derechos económicos, sociales y culturales incluye simultáneamente un compromiso con la integración social, la solidaridad, la igualdad y la distribución de renta. Los derechos sociales, económicos y culturales tienen como preocupación central la protección a grupos vulnerables. (...) Las nece-

¹² Consultar UNDP, *Human Development Report 2002: Deepening democracy in a fragmented world*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 2002.

¹³ Sen, Amartya, prólogo al libro de Paul Farmer, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003.

¹⁴ Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 343.

sidades fundamentales no deben permanecer condicionadas a la caridad de programas y políticas estatales, sino ser definidas como derechos.¹⁵

La comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales incluye también recurrir al derecho al desarrollo. Para develar el alcance del derecho al desarrollo, importante es enfatizar, como afirma Celso Lafer, que en el campo de valores en derechos humanos resultó un sistema internacional de polaridades definidas —Este/Oeste, Norte/Sur— que consistió en la batalla ideológica entre derechos civiles y políticos (herencia liberal patrocinada por los Estados Unidos de América) y derechos económicos, sociales y culturales (herencia social patrocinada por la Unión de Repúblicas Socialista Soviéticas de entonces). En este escenario surge el “empeño del Tercer Mundo en elaborar una identidad cultural propia, proponiendo derechos de identidad cultural colectiva, tal como el derecho al desarrollo”.¹⁶

Así, la ONU adopta la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, en 1986, suscrita por 146 Estados, con un voto contrario (Estados Unidos de América) y 8 abstenciones. Para Allan Rosas:

En cuanto al contenido del derecho al desarrollo, se deben mencionar tres aspectos. En primer lugar, la Declaración de 1986 respalda la importancia de la participación. (...) En segundo lugar, la Declaración debe ser concebida en el contexto de las necesidades básicas de justicia social. (...) En tercer lugar, la Declaración enfatiza tanto la necesidad de adopción de programas y políticas nacionales, como de la cooperación internacional.”¹⁷

El derecho al desarrollo contempla tres dimensiones centrales: a) justicia social; b) participación y responsabilidad, y c) cooperación internacional.¹⁸

¹⁵ Eide, Asbjorn y Rosas, A., “Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge (Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, en Eide, Asbjorn *et al.* (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston-Londres, 1995, pp. 17 y 18.

¹⁶ Lafer, Celso, *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

¹⁷ Rosas, Allan, “The Right to Development”, en Eide, Asbjorn *et al.* (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, *cit.*, pp. 254 y 255.

¹⁸ Para la UN High Level Task Force sobre la implementación del derecho al desarrollo: “El derecho al desarrollo es un derecho que tienen los individuos y las personas a un ambiente que permita el desarrollo, que es justo, sostenible, participante y de acuerdo con toda la gama de los derechos humanos y libertades fundamentales – un ambiente nacional y global libre de obstáculos estructurales e injustos para el desarrollo”. Véase el reporte de la UN High Level Task Force sobre la implementación del derecho al desarrollo para la sesión de

Según el artículo 28 de la Declaración de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un orden social e internacional, donde los derechos y libertades establecidos en la Declaración puedan ser plenamente realizados”. La justicia social es un componente central a la concepción del derecho al desarrollo. La realización del derecho al desarrollo, inspirado en el valor de la solidaridad, deberá proveer igualdad y oportunidad a todas las personas, en los temas de acceso a recursos básicos, educación, salud, alimentación, vivienda, trabajo y distribución de renta.

Para la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, éste comprende un proceso económico, social, cultural y político, con el objeto de asegurar la constante mejoría del bienestar de la población y de los individuos, con base en su activa, libre y significativa participación en ese proceso, orientada por la justa distribución de los beneficios de él resultantes. Reconoce el artículo 2o. de la Declaración que: “La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser participante activa y beneficiaria del derecho al desarrollo”.

Para la promoción del desarrollo se le debe conferir una consideración igual a la implementación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Deben también ser adoptadas medidas efectivas, con el fin de proporcionar a las mujeres un papel activo en el proceso de desarrollo.

Además del componente de justicia social, el componente democrático es esencial para el derecho al desarrollo. Es deber de los Estados incentivar la participación popular en todas las esferas, como un importante factor para el derecho al desarrollo y a la plena realización de los derechos humanos. Los Estados deben promover y asegurar la libre, significativa y activa participación de individuos y grupos en la elaboración, implementación y monitoreo de políticas de desarrollo. En este contexto, los principios de la participación y de *responsabilidad* son centrales al derecho al desarrollo.

El derecho al desarrollo comprende tanto una dimensión nacional como una dimensión internacional. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo prevé que los Estados deben adoptar medidas —individual y colectivamente— para crear un ambiente que permita, en los planos internacional y nacional, la plena realización del derecho al desarrollo. La Declaración destaca que los Estados deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos al desarrollo que resulten de la no observancia de derechos civiles y políticos, así como de la afrenta a derechos económicos, sociales y culturales. Aunque la Declaración reconozca que los Estados son los primeros responsables en la realización

del derecho al desarrollo, enfatiza la importancia de la cooperación internacional para su realización.

Agrega el artículo 4o. de la Declaración que los Estados tienen el deber de adoptar medidas individuales o colectivas, orientadas a la formulación de políticas de desarrollo internacional, con miras a facilitar la plena realización de derechos. Añade además que una cooperación internacional efectiva es esencial para proveer a los países en desarrollo los medios que incentiven el derecho a ese desarrollo.

El derecho al desarrollo requiere una globalización ética y solidaria. Según Mohammed Bedjaoui:

En realidad, la dimensión internacional del derecho al desarrollo no es sino el derecho a una repartición equitativa concerniente al bienestar social y económico mundial. Refleja una demanda crucial de nuestro tiempo, considerando que cuatro de cada cinco partes de la población mundial no aceptan ya el hecho de que una quinta parte de la población mundial siga construyendo riqueza con base en su pobreza.¹⁹

Las asimetrías globales revelan que la renta del 1% más rico supera la renta del 57% más pobre en la esfera mundial.²⁰

Como indica Joseph E. Stiglitz: “El número real de personas viviendo en pobreza ha aumentado en casi 100 millones. Esto ha ocurrido mientras que la renta mundial total ha crecido en un promedio del 2,5 por ciento al año”.²¹ Para la Organización Mundial de la Salud “la pobreza es el mayor asesino del mundo. La pobreza esgrime su influencia destructiva en cada etapa de la vida humana, desde el momento de la concepción hasta la tumba. Conspira con las más mortales y dolorosas enfermedades para la existencia desgraciada de todos aquellos que sufren de ella”.²² Un promedio del 80% de la población mundial vive en países en desarrollo, caracterizados por una elevada exclusión y desigualdad social.²³

¹⁹ Bedjaoui, Mohammed, “The Right to Development”, en Bedjaoui, M. (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, 1991, p. 1182.

²⁰ Al respecto, véase *Human Development Report 2002*, UNDP, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 19.

²¹ Stiglitz, Joseph E., *Globalization and its Discontents*, Nueva York-Londres, WW Norton Company, 2003, p. 6. Agrega el autor: “El desarrollo está a punto de transformar sociedades, mejorando las vidas de los pobres, permitiendo que cada uno tenga una oportunidad de éxito y el acceso a un plan de salud y educación”, *op. cit.* p. 252.

²² Farmer, Paul, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 50.

²³ Comenta Jeffrey Sachs: “Ocho millones de personas en el mundo mueren cada año por ser demasiado pobres para seguir viviendo” (Sachs, Jeffrey, *The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time*, Nueva York, The Penguin Press, 2005, p. 1). Agrega el mismo autor:

Uno de los más extraordinarios avances de la Declaración de 1986 es establecer el *human rights-based approach* al derecho al desarrollo.²⁴ El *human rights-based approach* “es una concepción estructural al proceso de desarrollo, amparada normativamente en los parámetros internacionales de derechos humanos y directamente orientada hacia la promoción y la protección de los derechos humanos”. El *human rights-based approach* ambiciona integrar normas, estándares y principios del sistema internacional de derechos humanos en los planes, políticas y procesos relativos al desarrollo. La perspectiva de derechos endosa el componente de la justicia social, destacando la protección de derechos de los grupos más vulnerables y excluidos, como un aspecto central del derecho al desarrollo. Según Mary Robinson:

El gran mérito del enfoque a los derechos humanos es llamar la atención sobre la discriminación y la exclusión. Permite que los legisladores y observadores identifiquen quiénes no se benefician con el desarrollo(...) tantos programas de desarrollo no han causado sino desgracias y empobrecimiento; los programadores buscaban únicamente beneficios en macroescala y no consideraron sus consecuencias para ciertas comunidades o grupos de personas.²⁵

El desarrollo deberá ser concebido como un proceso de expansión de las libertades reales del que las personas puedan disfrutar, para adoptar la concepción de Amartya Sen.²⁶ Agréguese aún que la Declaración de Viena de

“Una sexta parte del mundo permanece atrapada en la pobreza extrema, no se alivia con el crecimiento económico global y la trampa de la pobreza plantea dramáticas dificultades a los pobres y grandes riesgos para el resto del mundo (Sachs, Jeffrey, *Common Wealth: Economics for a Crowded Planet*, Londres, Penguin Books, 2008, p. 6).

²⁴ Sobre el tema, véase Robinson, Mary, “What Rights can add to good development practice”, en Alston, Philip y Robinson, Mary (eds.), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 37. Para Mary Robinson: “Los abogados no deben ser la única voz sobre derechos humanos y, del mismo modo, los economistas no deberían ser la única voz en el desarrollo (*op. cit.*)”.

²⁵ *Ibidem*, p. 36.

²⁶ Al concebir el desarrollo como libertad, sustenta Amartya Sen: “En este sentido, la expansión de las libertades es vista concomitantemente como 1) una finalidad en sí misma y 2) el principal significado del desarrollo. Tales finalidades pueden ser llamadas, respectivamente, como la función constitutiva y la función instrumental de la libertad en relación al desarrollo. La función constitutiva de la libertad se relaciona con la importancia de la libertad sustantiva para el engrandecimiento de la vida humana. Las libertades sustantivas incluyen las capacidades elementales, como la de evitar privaciones como el hambre, la subnutrición, la mortalidad evitable, la mortalidad prematura, así como las libertades asociadas con la educación, la participación política, la prohibición de la censura... En esta perspectiva constitutiva, el desarrollo envuelve la expansión de éstas y de otras libertades fundamentales.

1993 enfatiza que el derecho al desarrollo es un derecho universal e inalienable, parte integral de los derechos humanos fundamentales. Reitérese que la Declaración de Viena reconoce la relación de interdependencia entre la democracia, el desarrollo y los derechos humanos.

Luego de esas consideraciones sobre la concepción contemporánea de derechos humanos y el modo como se ha relacionado con los derechos sociales, pasamos al análisis de la protección de derechos sociales en el sistema global, con énfasis en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Protocolo al Pacto y en los principios aplicables a los derechos sociales.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SISTEMA GLOBAL

Preliminarmente, es necesario destacar que la Declaración Universal de 1948, al introducir la concepción contemporánea de derechos humanos, fue el marco de la creación del denominado “derecho internacional de los derechos humanos”, como sistema jurídico normativo de alcance internacional, cuyo objetivo es proteger los derechos humanos.

Luego de su adopción, en 1948, se instauró una larga discusión sobre cuál sería el modo más eficaz de asegurar la observancia universal de los derechos previstos en ella. Prevaleció el entendimiento de que la Declaración debería ser “juridizada” bajo la forma de tratado internacional, que fuera jurídicamente obligatorio y vinculante en el ámbito del derecho internacional.

Ese proceso de “juridización” de la Declaración se inició en 1949 y terminó solamente en 1966, con la elaboración de dos tratados internacionales distintos en el ámbito de las Naciones Unidas —el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— que pasaban a incorporar, con mayor precisión y detalle, los derechos previstos en la Declaración Universal, bajo la forma de preceptos jurídicamente obligatorios y vinculantes.

La elaboración de estos dos Pactos, por si sola, revela las ambivalencias y resistencias de los Estados en conferir igual protección a las distintas categorías de derechos.

Desarrollo, en esta visión, es el proceso de expansión de las libertades humanas.” (Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1999, pp. 35 y 36 y p. 297). Sobre el derecho al desarrollo, véase también Vasak, Karel, *For Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity*, International Institute of Human Rights, 1979.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que hasta 2010 contemplaba la adhesión de 160 Estados-partes, enuncia un extenso catálogo de derechos, incluyendo el derecho al trabajo y a la justa remuneración, el derecho a formar y afiliarse a sindicatos, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, a la previsión social, a la salud, etcétera. Como afirma David Trubek:

Los derechos sociales, como *social welfare rights*, implican la visión de que el Estado tiene la obligación de garantizar adecuadamente estas condiciones para todos los individuos. La idea de que el bienestar es una construcción social y de que las condiciones de bienestar son, en parte, una responsabilidad gubernamental, se encuentra en los derechos enumerados por los distintos instrumentos internacionales, especialmente por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Expresa también la universalidad en este campo, puesto que se trata de una idea acogida por casi todas las naciones del mundo, aunque exista una gran discordia sobre el alcance adecuado de la acción y responsabilidad gubernamental, y la forma según la cual el bienestar social puede ser alcanzado en sistemas económicos y políticos específicos.²⁷

Si los derechos civiles y políticos deben estar automáticamente asegurados por el Estado, sin excusas ni retrasos —cuentan con la llamada auto aplicabilidad—, los derechos sociales, económicos y culturales en cambio, y según los términos del Pacto, tienen realización progresiva. Vale decir, son derechos condicionados a la actuación del Estado, que debe adoptar todas las medidas, por su propio esfuerzo y a través de la asistencia y cooperación internacionales, principalmente en los niveles económicos y técnicos, hasta el máximo de sus recursos disponibles, con miras a acceder progresivamente a la realización total de esos derechos (artículo 2o., parágrafo 1 del Pacto).²⁸

²⁷ Cfr. Trubek, David, “Economic, social and cultural rights in the third world: human rights law and human needs programs”, en Meron, Theodor (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 207. Al respecto, afirma David Trubek: “Yo creo que el derecho internacional se está orientando en el sentido de crear obligaciones que exijan a los Estados la adopción de programas capaces de garantizar un nivel mínimo de bienestar económico, social y cultural a todos los ciudadanos del planeta, para mejorar progresivamente este bienestar...” (*op. cit.* p. 207). Sobre el tema, véase también Chapman, A. y Russell, S. (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Amberes, Intersentia, 2002, y Craven, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

²⁸ La expresión “aplicación progresiva” ha sido frecuentemente mal interpretada. En su “General Comment n. 03” (1990), relativa a la naturaleza de las obligaciones estatales con-

Sin embargo, cabe destacar que los derechos sociales, así como los derechos civiles y políticos, requieren del Estado prestaciones positivas y negativas, siendo equivocada y simplista la visión de que los derechos sociales sólo demandarían prestaciones positivas, mientras que los derechos civiles y políticos prestaciones negativas, o una mera abstención estatal. A manera de ejemplo, cabe indagar cuál es el coste del aparato de seguridad mediante el cual se aseguran derechos civiles clásicos, como los derechos a la libertad y a la propiedad, o cuál es el coste del aparato electoral, que viabiliza los derechos políticos, o del aparato de justicia, que garantiza el derecho al acceso al Poder Judicial. O sea, los derechos civiles y políticos no están limitados a demandar una simple omisión estatal, puesto que su implementación pide políticas públicas direccionadas, que contemplan también un coste.

Sobre el coste de los derechos y la justiciabilidad de los derechos sociales, se comparte la visión de David Bilchitz:

Mientras algunos autores aceptan la legitimidad de una revisión judicial para decisiones finales concernientes a derechos civiles y políticos, se oponen a ello cuando se trata de decisiones relativas a derechos sociales y económicos. Una de las más importantes objeciones sobre el involucramiento de jueces en decisiones relacionadas con derechos socioeconómicos es la inadecuación de los jueces para decidir sobre la asignación del presupuesto de una sociedad(...). Los jueces, tradicionalmente, no son expertos en política económica o en temas complejos de asignación de presupuestos. Por lo tanto, se aduce que los jueces no son los más indicados para determinar sobre la distribución global de recursos. Como respuesta, durante muchos años la revisión judicial en algunos países ha involucrado a jueces decidiendo sobre derechos civiles y políticos.

Para concretar muchos de esos derechos también se requieren gastos masivos, impactando la distribución total de recursos(...) Sin embargo los jueces, en general, han mantenido un buen desempeño interpretando y haciendo cumplir esos derechos, sin ser acusados de incompetencia para ese trabajo, pese a las implicaciones presupuestales de sus decisiones. (...) La justificativa para esta distinción parece encontrarse en el hecho de que los críticos consideran que los derechos socioeconómicos son, de algún modo, inferiores a los derechos civiles y políticos y no ofrecen iguales garantías de protección (...)

cernientes al artículo 2o., párrafo 1, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó que, si la expresión “realización progresiva” constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos sociales, económicos y culturales no puede ser alcanzada en un corto período, esta expresión debe ser interpretada a la luz de su objetivo central, que es establecer claras obligaciones a los Estados partes, en el sentido de que adopten medidas, tan rápido como sea posible, para la realización de estos derechos. *Cfr.* General Comment n. 3, UN doc. E/1991/23.

no existe una base normativa justificada para esta contienda y los mismos fundamentos normativos amparan ambas clases de derechos.²⁹

Agrega el mismo autor:

(...) si una sociedad está justificada para reconocer derechos fundamentales y para conceder a los jueces poderes de revisión judicial, está también justificada para permitir que esos jueces aseguren que los recursos sean asignados según los principios de los derechos fundamentales. (...) Se otorga a los jueces el poder de revisar tales decisiones en cuanto a su conformidad con el conjunto de prioridades mencionadas en la Constitución. Así, los jueces son competentes para aplicar los estándares de derechos humanos.³⁰

El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales presenta una sistemática peculiar de monitoreo e implementación de los derechos que contempla. Esa sistemática incluye el mecanismo de los informes a ser llevados por los Estados partes. Los informes deben consignar las medidas legislativas, administrativas y judiciales adoptadas por el Estado-parte en el sentido de conferir obediencia de los derechos reconocidos por el Pacto. Deben también expresar los factores y las dificultades en el proceso de implementación de las obligaciones resultantes del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De forma diferente al Pacto de los Derechos Civiles, el Pacto de los Derechos Sociales no establece el mecanismo de comunicación interestatal, mediante el cual un Estado-parte puede alegar que existe otro Estado parte que ha incurrido en violación de los derechos humanos enunciados en el tratado. Hasta 2008 tampoco estaba previsto el derecho de petición, instrumento que ha permitido la protección internacional de los derechos civiles y políticos desde 1966, mediante el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto al monitoreo de los derechos sociales y su impacto en la “justiciabilidad” de estos derechos, afirma Martín Scheinin: “La íntima relación entre la existencia de un sistema eficaz de denuncias internacionales, que propicia una práctica institucionalizada de interpretación y el desarrollo de justiciabilidad a nivel doméstico, ha sido muy cuidadosamente explicada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Siempre y cuando la mayoría de disposiciones del Pacto no estén sujetas a ningún tipo

²⁹ Bilchitz, David, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 128 y 129.

³⁰ *Ibidem*, p. 132.

de control especificado en la jurisprudencia a nivel internacional, es muy poco probable que sean objeto de dicho examen a nivel nacional”.³¹

Sólo el 10 de diciembre de 2008 fue finalmente adoptado el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, introduciendo la sistemática de las peticiones individuales, de las medidas de urgencia (*interim measures*), de las comunicaciones interestatales y de las investigaciones *in loco* en caso de graves y sistemáticas violaciones a derechos sociales por un Estado-parte. En 1996, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptaba ya un proyecto de Protocolo, contando con el apoyo de los países de América Latina, África y el este Europeo y la resistencia del Reino Unido, Estados Unidos de América, Canadá, Australia, entre otros. Hasta 2010, el Protocolo contaba con 3 Estados partes.³²

Reitérese que, desde 1966, los derechos civiles y políticos cuentan con el mecanismo de las peticiones individuales, mediante la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, lo que fortaleció la justiciabilidad de estos derechos en las esferas global, regional y local. A su vez, los derechos sociales solamente en el año 2008 pasan a contar con tal sistemática, que vendrá a impactar positivamente el grado de justiciabilidad de estos derechos. El Protocolo Facultativo es una relevante iniciativa para romper la protección desigual conferida a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales en la esfera internacional.

Además, para fortalecer la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la Declaración de Viena de 1993 también recomienda el examen de otros criterios, tal como la aplicación de un sistema de indicadores, para medir el progreso alcanzado en la realización de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para Katarina Tomasevski:

La creación de indicadores de derechos económicos y sociales ofrece, por tanto, la oportunidad de extender el imperio de la ley y las obligaciones internacionales de derechos humanos al ámbito de la economía, que hasta ahora permanece en gran medida inmune a las demandas de democratización, ren-

³¹ Scheinin, Martin, “Economic and Social Rights as Legal Rights Eide”, en Krause, A, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook*, 2a. ed. revisada, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 49. Véase también UN doc A/CONF.157/PC/62/Add.5/, p. 24.

³² Ecuador, Mongolia y España. Nótese que, para entrar en vigor, el Protocolo requiere la ratificación de 11 Estados partes.

dición de cuentas y plena aplicación de las normas de Derechos Humanos. Los indicadores pueden ser conceptualizados con base en los tratados internacionales de Derechos Humanos, puesto que estos establecen obligaciones para los gobiernos.³³

El sistema de indicadores contribuirá a incentivar informaciones por parte del Estado, permitiendo así, con mayor exactitud, la formulación y la evaluación de políticas públicas, propiciando sobre todo la incorporación de la perspectiva de derechos humanos en la formulación de esas políticas.

Recomienda la Declaración de Viena que sea emprendido un esfuerzo armonizado, con el fin de garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en los planos nacional, regional e internacional.

Bajo la perspectiva integral, se aplica a los derechos sociales el régimen jurídico de los derechos humanos, con su lógica y principios propios. Se extraen de la jurisprudencia internacional, producida especialmente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5 (cinco) relevantes principios específicos concernientes a los derechos sociales: a) el principio de la observancia del *minimum core obligation*; b) el principio de la aplicación progresiva; c) el principio de la inversión de la carga de la prueba; d) el principio de la participación, transparencia y *accountability*; y e) el principio de la cooperación internacional.

1. Principio de la observancia del *minimum core obligation* (*obligación mínima*)

La jurisprudencia internacional, incentivada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha respaldado el deber de los Estados de observar un *minimum core obligation* en lo concerniente a los derechos sociales. Para ese Comité, “*Obligaciones mínimas son aquellas que obedecen a los niveles esenciales mínimos de un derecho*”.

El deber de observancia del mínimo esencial concerniente a los derechos sociales tiene como fuente el principio mayor de la dignidad humana, que es el principio fundamental y nuclear de los derechos humanos, demandando absoluta urgencia y prioridad.

Con respecto a la implementación de los derechos sociales, el Comité adopta los siguientes criterios: accesibilidad; disponibilidad; adecuación; calidad y aceptabilidad cultural. El Comité también ha desarrollado el conte-

³³ Tomasevski, Katarina, “Indicators”, en Eide, Asbjorn *et al.* (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights, cit.*, pp. 531 y 532.

nido jurídico de los derechos sociales (vivienda —observación general n. 4—; alimentación adecuada —observación general n. 12—; salud —observación general n. 14—; y educación —observación general n. 13—.

2. *Principio de la aplicación progresiva de los derechos sociales, de la que derivan los principios de la prohibición del retroceso social y de la inacción estatal*

El *General Comment* n. 03 (Observación General n. 03) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma la obligación de los Estados de adoptar medidas mediante acciones concretas, deliberadas y enfocadas, del modo más efectivo posible, orientadas hacia la implementación de los derechos sociales. En consecuencia, corresponde a los Estados el deber de evitar medidas de retroceso social. Para el Comité: “Cualquier medida regresiva involucraría la más cuidadosa consideración y debería ser totalmente justificada en cuanto a la totalidad de los derechos suministrados en el Pacto, en el contexto del uso integral de los máximos recursos disponibles”.

Cabe reafirmar que el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación de los Estados en reconocer e implementar progresivamente los derechos allí enunciados, utilizando el máximo de recursos disponibles. De la aplicación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta la cláusula de prohibición de retroceso social en materia de derechos sociales, como también la prohibición de la inacción u omisión estatal. Para J. J. Gomes Canotilho:

El principio de la prohibición del retroceso social puede ser así formulado: el núcleo esencial de los derechos sociales, ya realizado y efectivo mediante acciones legislativas, debe considerarse constitucionalmente garantizado, siendo inconstitucional cualquier medida que, sin la creación de esquemas alternativos o compensatorios, se traduzca en la práctica en una anulación, revocación o aniquilación pura y simple de ese núcleo esencial. La libertad del legislador tiene como límite el núcleo esencial ya realizado.³⁴

Del mismo modo, en el *General Comment* n. 03 (Observación General n. 03), como indica David Bilchitz:

³⁴ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Derecho constitucional e teoria de la Constitución*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

El Comité de las Naciones Unidas suministró distintas categorías de obligaciones impuestas por los derechos socioeconómicos sobre los Estados partes. En la *Observación General 3*, reconoció la diferencia entre obligaciones de conducta y obligaciones de resultados. Las obligaciones de conducta requieren la toma de una acción “razonablemente calculada para darse cuenta de que se disfruta de un determinado derecho”. Las obligaciones de resultado requieren que “los Estados alcancen los objetivos específicos para satisfacer una norma sustantiva detallada (...) los derechos socioeconómicos, típicamente, imponen ambas obligaciones, las de conducta y de resultado.”³⁵

Obsérvese que existen medidas de aplicación inmediata con referencia a los derechos sociales, como es el caso de la cláusula de prohibición de la discriminación. Como destacan los principios de Limburg:

Algunas obligaciones bajo el Pacto requieren de una inmediata y total implementación por los Estados partes, tales como la prohibición de discriminar, en el artículo 2(2) del Pacto (...) Aunque la realización completa de los derechos reconocidos en el Pacto deba ser alcanzada progresivamente, la aplicación de algunos derechos puede ser justiciabilizada inmediatamente, mientras que otros derechos se vuelven justiciables con el tiempo.³⁶

Del principio de la aplicación progresiva de los derechos sociales, que requieren a los Estados la asignación de un máximo en recursos disponibles para la implementación de esos derechos, resulta la prohibición del retroceso social y la prohibición de la falta de acción estatal. La censura jurídica a la violación al principio de aplicación progresiva de los derechos sociales puede también fundamentarse en el principio de la proporcionalidad, desta-

³⁵ Bilchitz, David, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, cit., pp. 183 y 184.

³⁶ Los Principios de Limburg sobre la implementación del Pacto Internacional en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 22 (UN doc.E/CN.4/1987/17). Como observa Asborn Eide: “Las obligaciones del Estado hacia los derechos económicos y sociales fueron elaboradas por un grupo de especialistas reunidos por la Comisión Internacional de Juristas en Limburg (Países Bajos) en junio de 1986. El resultado del encuentro es el así llamado Principios de Limburg, que constituye la mayor guía disponible para obligaciones estatales bajo el CDESCR (...) Una década después, expertos en derechos económicos, sociales y culturales se reunieron en Maastricht para adoptar un conjunto de directrices sobre violaciones de derechos humanos (The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights)” (Eide, Asbjorn *et al.* (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, cit., p. 25.)

cándose el agravio a la proporcionalidad estricta, bajo el prisma de la prohibición de la insuficiencia.³⁷

3. Principio de la inversión de la carga de la prueba

En los términos del artículo 2 (1) del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias, utilizando los máximos recursos disponibles para la realización de los derechos sociales.

Con base en este deber, surge el principio de la inversión de la carga de la prueba. Como enseña Asbjorn Eide: “Un Estado que alega su incapacidad por motivos ajenos a su control tiene, por tanto, la obligación de demostrar que éste es su caso y que no ha logrado obtener el apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y la accesibilidad del derecho”.³⁸

4. Principio de la participación, transparencia y accountability

El componente democrático es esencial para la adopción de políticas públicas en materia de derechos sociales. Tales políticas deben inspirarse en los principios de la participación, transparencia y accountability (responsabilidad).

Como explica Amartya Sen: “*Las libertades políticas y derechos democráticos están entre los componentes que constituyen el desarrollo*”.³⁹ La democracia requiere de participación política, diálogo e interacción pública, confiriendo el derecho de voz a los grupos más vulnerables.

Según José Joaquim Gomes Canotilho, la idea de procedimiento-proceso sigue siendo valorada como dimensión indisociable de los derechos fundamentales, agregando que “la participación en y a través del procedimiento

³⁷ Nótese que el principio de la proporcionalidad comprende 3 (tres) dimensiones: a) adecuación; b) necesidad, y c) proporcionalidad estricta —de la cual resulta, por un lado, la prohibición del exceso y, por otro, la prohibición de la insuficiencia—.

³⁸ Eide, Asbjorn, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en Eide, A. et al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook, cit.*, p. 27.

³⁹ Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 347. “La democracia es evaluada en términos de razonamiento público, lo que nos lleva a comprenderla como un «gobierno mediante discusión». Pero la democracia también puede ser considerada más generalmente, en términos de la capacidad de mejorar la participación razonada a través del enriquecimiento de la disponibilidad de información y la viabilidad de debates interactivos. La democracia debe ser juzgada no sólo por las instituciones formalmente existentes, sino por el grado en que distintas voces formen distintas secciones de personas que puedan ser realmente escuchadas” (p. XIII).

no es ya un instrumento funcional y complementario de la democracia, sino una dimensión intrínseca de los derechos fundamentales”.⁴⁰

Considerando el principio de la participación,⁴¹ es fundamental promover el derecho a la participación, tanto en el ámbito local como en el ámbito internacional, particularmente en las instituciones financieras internacionales, para ampliar la participación de la sociedad civil internacional y fortalecer la participación de los países en desarrollo.⁴² Destáquese que las políticas adoptadas por las instituciones financieras internacionales son elaboradas por los mismos Estados que asumen obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos sociales, al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴³ En este contexto, constituye una emergencia la práctica de un nuevo multilateralismo mediante reformas de la arquitectura financiera global para alcanzar un balance más adecuado de poder en la esfera global, fortaleciendo la democratización, la transparencia y la *accountability* de las instituciones financieras internacionales.⁴⁴

⁴⁰ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Portugal, Coimbra editora, 2008.

⁴¹ El derecho a la participación está consagrado en distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, incluyendo el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el artículo 7o. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros.

⁴² Sobre esta materia, véase *Estudio analítico del Alto Comisionado para Derechos Humanos sobre el principio fundamental de participación y su aplicación en el contexto de globalización*, E/CN.4/2005/41, 23 de diciembre de 2004. Como observa Joseph E. Stiglitz: “(...) tenemos un sistema que podría llamarse gobierno global sin gobierno global, en el que algunas instituciones, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el WTO —y algunos actores—, las finanzas, el comercio y los Ministerios de Comercio, estrechamente vinculados a ciertos intereses financieros y comerciales dominan la escena, pero en ella muchos de los afectados por sus decisiones son dejados casi sin voz. Es tiempo de cambiar algunas reglas que gobiernan el orden económico mundial (...)”. (Stiglitz, Joseph E., *Globalization and its Discontents*, cit., pp. 21 y 22).

⁴³ El “Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights” considera una violación de derechos humanos basada en omisión estatal “*el fracaso de un Estado en tener en cuenta sus obligaciones legales internacionales en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, al celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales o corporaciones multinacionales*”.

⁴⁴ Para Joseph Stiglitz: “Tenemos un sistema caótico, descoordinado de gobierno global sin gobierno global” (Stiglitz, Joseph, *Making Globalization Work*, Londres, Penguin Books, 2007, p. 21). El autor defiende la adopción de las medidas siguientes: “1) cambios en la estructura de votación en el Fondo Monetario Internacional y en el Banco Mundial, dando más peso a los países en desarrollo; 2) cambios en representaciones (quién representa cada país); 3) adoptando principios de representación; 4) aumentar la transparencia (puesto que

5. Principio de la cooperación internacional

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su *General Comment* n. 12, destaca las obligaciones del Estado en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales: respetar, proteger e implementar.

En cuanto a la obligación de respetar, impide al Estado la violación de tales derechos. Sobre la obligación de proteger, corresponde al Estado evitar e impedir que terceras personas (actores no estatales) violen estos derechos. Finalmente, la obligación de implementar exige que el Estado adopte medidas dirigidas a la realización de estos derechos.⁴⁵

Según Katarina Tomasevski:

Cada una de las obligaciones de respetar, proteger y complementar contiene elementos de obligación de conducta y obligación de resultado. La obligación de conducta requiere de una acción razonablemente calculada para comprender el disfrute de un derecho en especial. La obligación de resultado requiere que los Estados alcancen los objetivos específicos para satisfacer una norma sustantiva detallada. (...) La obligación de proteger incluye la responsabilidad del Estado para asegurar que las entidades privadas o individuales, incluyendo corporaciones transnacionales sobre las cuales ejerce su jurisdicción, no priven a los individuos de sus derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados son responsables por las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales resultantes de su fracaso al ejercer la diligencia debida al controlar el comportamiento de tales actores no estatales.⁴⁶

En el campo de los derechos sociales, además de las clásicas obligaciones de respetar, proteger e implementar derechos, se destaca la obligación de cooperar. Esto porque, así como el derecho al desarrollo, los derechos sociales tienen, como valor básico, la solidaridad, que, en un orden cada vez más global, invoca el deber de cooperación internacional. La propia Declaración Universal de 1948, en su artículo XXII, consagra el derecho a la seguridad social y a la realización, mediante el esfuerzo nacional y la *cooperación internacional*, de los derechos económicos, sociales y culturales

no existe responsabilidad democrática directa para estas instituciones; 5) mejorando la responsabilidad; y 6) asegurando una mejor ejecución de la regla legal internacional” (p. 21).

⁴⁵ Obsérvese que “En algunos de los comentarios generales, el comité dividió la obligación de cumplir en dos partes: en obligación de facilitar y obligación de proveer” (Bilchitz, David, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, cit., p. 184).

⁴⁶ Tomasevski, Katarina, “Indicators”, en Eide, A. et al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook*, cit., pp. 729 y 732.

indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. El principio de la cooperación internacional viene también contemplado en el artículo 2o. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Cada Estado en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por su propio esfuerzo, como por la *asistencia y cooperación internacional*, principalmente a nivel económico y técnico, hasta el máximo de sus recursos disponibles, cuyo objetivo sea asegurar, progresivamente, por todos los medios adecuados, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en el presente Pacto (...). En la misma dirección, destaca el Protocolo de San Salvador sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en su artículo 1o., que los “Estados-partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias, tanto de orden interno como a través de la *cooperación entre los Estados*, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles (...), con el fin de conseguir, progresivamente (...), la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Protocolo”. La necesidad de cooperación internacional viene también destacada por la Convención Americana, en su artículo 26, cuando trata de la aplicación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales.

A este respecto, observan Philip Alston y Gerard Quinn:

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra tres previsiones que pueden ser interpretadas en el sentido de sostener una obligación, por parte de los Estados partes más ricos, de proveer asistencia a los Estados partes pobres, no dotados de recursos para satisfacer las obligaciones resultantes del Pacto. El artículo 2 (1) contempla la frase “individualmente o a través de asistencia internacional y cooperación, especialmente económica y técnica”. La segunda es la previsión del artículo 11 (1), según la cual los Estados partes acuerdan adoptar medidas apropiadas para asegurar la plena realización del derecho a la adecuada condición de vida, reconociendo para este efecto la importancia de la cooperación internacional basada en el libre consenso. Similarmente, en el artículo 11 (2) los Estados partes acuerdan en adoptar “individualmente, o por medio de cooperación internacional, medidas relevantes para asegurar el derecho a no sufrir hambre.”⁴⁷

⁴⁷ Alston, Philip y Quinn, Gerard, “The Nature and Scope of States Parties obligations under the ICESCR”, 9 *Human Rights Quarterly* 156, 1987, p. 186, y Steiner, Henry y Alston, Philip, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 1327.

Por tanto, en materia de derechos sociales, el principio de la cooperación internacional merece especial relevancia.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO

El sistema regional interamericano simboliza la consolidación de un “constitucionalismo regional”, cuyo objetivo es la salvaguardia de derechos humanos fundamentales en el contexto interamericano. La Convención Americana, como un verdadero “código interamericano de derechos humanos”, fue ratificada por 25 Estados, traduciendo la fuerza de un consenso en cuanto al piso mínimo de protección y no de una cobertura máxima de protección. Sirve a un doble propósito: a) promover e incentivar avances en el plano interno de los Estados; y b) prevenir retrocesos en el régimen de protección de derechos.

En el contexto sudamericano, el sistema regional interamericano se legitima como importante y eficaz instrumento para la protección de los derechos humanos cuando las instituciones nacionales fallan o son omisas. Con la actuación de la sociedad civil, a partir de articuladas y competentes estrategias de litigación, este sistema ha tenido la fuerza catalizadora de promover avances en el régimen de derechos humanos. Permitió la desestabilización de los regímenes dictatoriales; exigió justicia y el final de la impunidad en las transiciones democráticas; y ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas, con el necesario combate a las violaciones de derechos humanos y la protección a los grupos más vulnerables.

En lo que se refiere a la protección de los derechos sociales en el sistema interamericano, cabe mencionar el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigencia en noviembre de 1999. Una vez más, se constata la ambivalencia de los Estados en el tratamiento distinto conferido a los derechos civiles y políticos y a los derechos sociales. Mientras que los primeros fueron consagrados exhaustivamente por la Convención Americana de Derechos Humanos en 1969, contando, en 2010, con 25 Estados partes, los segundos sólo fueron consagrados por el Protocolo de San Salvador en 1988 —casi veinte años después—, contando solamente con 14 Estados partes. La misma ambivalencia existe en el sistema europeo, donde la Convención Europea de Derechos Humanos, que prevé exclusivamente derechos civiles y políticos, presenta 47 Estados partes en 2010, mientras que la Carta Social Europea presenta solamente 27 Estados partes.

Así como el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este tratado de la OEA refuerza los deberes jurídicos de los Estados partes con referencia a los derechos sociales, que deben ser aplicados progresivamente, sin marcha atrás ni retrocesos, para que sea alcanzada su plena efectividad. El Protocolo de San Salvador establece una amplia lista de derechos económicos, sociales y culturales, comprendiendo el derecho al trabajo, derechos sindicales, derecho a la salud, derecho a la previsión social, derecho a la educación, derecho a la cultura, entre otros.

Este Protocolo acoge —tal como el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales— la concepción de que corresponde a los Estados invertir lo máximo de recursos disponibles para alcanzar, progresivamente, mediante esfuerzos internos y de cooperación internacional, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Este Protocolo permite el recurso al derecho de petición a instancias internacionales para la protección de los derechos en él previstos —el derecho a la educación y a los derechos sindicales, de acuerdo con el artículo 19, párrafo 6—.

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de protección de derechos sociales, es posible crear una tipología de casos basada en decisiones que adoptan 3 (tres) distintas estrategias y argumentos:

1. *Dimensión positiva del derecho a la vida*

Este argumento fue desarrollado por la Corte en el caso Villagrán Morales y otros *versus* Guatemala (Caso de “Los niños de la calle”, 1999),⁴⁸ en el cual este Estado fue condenado por la Corte en virtud de la impunidad relacionada con la muerte de cinco menores de la calle, brutalmente torturados y asesinados por dos policías nacionales de Guatemala. Entre las medidas de reparación ordenadas por la Corte están: el pago de indemnización pecuniaria a los familiares de las víctimas; la reforma en el ordenamiento jurídico interno para una mayor protección de los derechos de los niños y adolescentes guatemaltecos, y la construcción de una escuela en memoria de las víctimas.

A la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, comprendiendo la Convención como un *living instrument* (instrumento viviente), la Corte afirma que el derecho a la vida no puede ser concebido restrictivamente. Introduce la visión de que el derecho a la vida comprende no sólo una dimensión ne-

⁴⁸ Villagrán Morales y otros *versus* Guatemala (Caso de “Los niños de la calle”), Corte IDH, 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63.

gativa —el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente—, sino una dimensión positiva, que demanda a los Estados medidas positivas adecuadas para proteger el derecho a la vida digna —el “derecho de crear y desarrollar un proyecto de vida”—. Esta interpretación abre un importante horizonte para la protección de los derechos sociales.

2. *Aplicación del principio de la aplicación progresiva de los derechos sociales, especialmente para la protección de grupos socialmente vulnerables*

En otras sentencias la Corte establece el deber jurídico de los Estados de conferir aplicación progresiva a los derechos sociales, con fundamento en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente tratándose de grupos socialmente vulnerables.

En el caso de la comunidad indígena Yakye Axa *versus* Paraguay (2005),⁴⁹ la Corte sostuvo que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que garanticen su acceso a los servicios de salud, que deben ser adecuados bajo la perspectiva cultural, incluyendo cuidados preventivos, prácticas curativas y medicinas tradicionales. Agregó que, para los pueblos indígenas, la salud presenta una dimensión colectiva, siendo que la ruptura de su relación simbiótica con la tierra ejerce un efecto perjudicial sobre la salud de estas poblaciones. La Corte afirmó el deber del Estado de adoptar medidas positivas apropiadas para asegurar el derecho de esta comunidad indígena a la existencia digna, con protección a sus vulnerabilidades específicas; el derecho a la identidad cultural; el derecho a la salud; el derecho al medio ambiente sano; el derecho a la alimentación (incluyendo el derecho al agua limpia); el derecho a la educación y a la cultura, con fundamento en el artículo 26 de la Convención Americana (aplicación progresiva de los derechos sociales) y en el Protocolo de San Salvador.

En el caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek *versus* Paraguay (2010),⁵⁰ la Corte Interamericana condenó al Estado del Paraguay por el agravio a los derechos a la vida, a la propiedad comunitaria y a la protec-

⁴⁹ Comunidad Yakye Axa *vs.* Paraguay, Corte IDH, 2005, Serie C, núm. 125.

⁵⁰ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214. Nótese que, en el sistema africano, merece mención un caso emblemático que, inéditamente, en nombre del derecho al desarrollo, aseguró la protección de pueblos indígenas a sus tierras. En 2010, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos consideró que el modo por el cual la comunidad Endorois en Kenia fue privada de sus tierras tradicionales, habiéndoles sido negado el acceso a recursos, constituye una violación a los derechos humanos, especialmente al derecho al desarrollo.

ción judicial (artículos 4o., 21 y 25 de la Convención Americana, respectivamente), entre otros derechos, frente a la no garantía del derecho de propiedad ancestral a la mencionada comunidad indígena, lo que afectaría su derecho a la identidad cultural. Al motivar la sentencia, destacó que los conceptos tradicionales de propiedad privada y de posesión no se aplican a las comunidades indígenas, por el significado colectivo de la tierra, ya que la relación de pertenencia no se centra en el individuo, sino en el grupo y en la comunidad; el derecho a la propiedad colectiva habría de merecer igual protección por el artículo 21 de la Convención. Afirmó el deber del Estado en asegurar especial protección a las comunidades indígenas, a la luz de sus particularidades propias, sus características económicas y sociales y sus especiales vulnerabilidades, considerando el derecho consuetudinario, los valores, los usos y las costumbres de los pueblos indígenas, para asegurarles el derecho a la vida digna, contemplando acceso al agua potable, alimentación, salud, educación, entre otros.

En el caso de las niñas Yean y Bosico *versus* República Dominicana (2005), la Corte enfatizó el deber de los Estados en cuanto a la aplicación progresiva de los derechos sociales, con el fin de asegurar el derecho a la educación, destacando la especial vulnerabilidad de las niñas. Sostuvo que: “con relación al deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”.⁵¹

En el caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Pensionistas de la Contraloría”) *versus* Perú (2009),⁵² la Corte condenó al Perú por la violación a los derechos a la protección judicial (artículo 25 de la Convención Americana) y a la propiedad privada (artículo 21 de la Convención), en un caso involucrando la denuncia de los autores en cuanto al no cumplimiento por el Estado de una decisión judicial que les concedía remuneración, gratificación y bonificación similar a los recibidos por los servidores activos en cargos idénticos. En su fundamentación, la Corte reconoció que los derechos humanos deben ser interpretados bajo la perspectiva de su integralidad e interdependencia, conjugando derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, sin jerarquía entre ellos y siendo todos derechos exigibles. Destacó que la aplicación progresiva de los derechos sociales (ar-

⁵¹ Caso de las niñas Yean y Bosico *vs.* Republica Dominicana, Inter-American Court, 8 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 130.

⁵² Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) *vs.* Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de julio de 2009, Serie C, núm. 198.

título 26 de la Convención) es susceptible de control y fiscalización por parte de las instancias competentes, enfatizando el deber de no regresividad de los Estados en materia de derechos sociales. Respaldó el entendimiento del Comité de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de que las medidas de carácter deliberadamente regresivo requieren un cuidadoso análisis, solamente siendo justificables cuando se considera la totalidad de los derechos no previstos en el Pacto, así como la máxima utilización de los recursos disponibles.

3. *Protección indirecta de los derechos sociales (mediante la protección de derechos civiles)*

Finalmente, existe un conjunto de decisiones que consagran la protección indirecta de derechos sociales, mediante la protección de derechos civiles, lo que confirma la idea de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos humanos.

En el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (2007),⁵³ con referencia a la supuesta negligencia médica en hospital privado —una mujer entró al hospital con cuadro de meningitis bacteriana y fue medicada, viniendo a fallecer al día siguiente probablemente como resultado del medicamento prescrito—, la Corte decidió el caso con fundamento en la protección al derecho a la integridad personal y no al derecho a la salud. En el mismo sentido, en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (2003),⁵⁴ concerniente a daños a la salud resultantes de condiciones de detención, una vez más la protección al derecho a la salud se dio bajo el argumento de la protección del derecho a la integridad física.

Otros casos de protección indirecta de derechos sociales se vinculan a la protección al derecho al trabajo, fundamentados en el derecho al debido proceso legal y la protección judicial. A este respecto, se destaca el caso *Baena, Ricardo y otros versus Panamá* (2001),⁵⁵ involucrando el despido arbitrario de 270 funcionarios públicos que habían participado en una manifestación (huelga). La Corte condenó el Estado de Panamá por la violación de la garantía del debido proceso legal y protección judicial, determinando el pago de indemnización y reintegración de los 270 trabajadores. En el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*

⁵³ *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, Corte IDH, 22 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 171.

⁵⁴ *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Corte IDH, 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101.

⁵⁵ *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, Corte IDH, 2 de febrero de 2001, Serie C, núm. 72.

(2006),⁵⁶ concerniente al despido arbitrario de 257 trabajadores, la Corte condenó al Estado de Perú también por la afrenta al debido proceso legal y protección judicial. En ambos casos, la condena de los Estados tuvo como argumento central la violación a la garantía del debido proceso legal y no a violación al derecho del trabajo.

Otro caso emblemático es el de “cinco pensionistas” *versus* Perú (2003),⁵⁷ involucrando la modificación del régimen de pensiones en Perú, en el cual la Corte condenó al Estado con fundamento en la violación al derecho de propiedad privada y no con fundamento en la afrenta al derecho de seguridad social, ante los daños sufridos por los 5 pensionistas. En un sentido similar, se destaca la jurisprudencia de la Corte Europea, al asegurar la protección de derechos sociales por vía indirecta, como obligaciones positivas resultantes de derechos civiles, especialmente del derecho a la vida privada y familiar.⁵⁸ Para Martin Scheinin: “Otros campos similares pueden ser identificados y elaborados a través de la interpretación de provisiones de tratados sobre el derecho a la vida o el derecho a la vida privada y familiar. El derecho a la habitación, o al menos algunas dimensiones de este derecho, parece especialmente adecuado para recibir protección bajo estas provisiones. En *López Ostra vs. España*, la Corte Europea de Derechos Humanos encontró un grave caso de daño ambiental seguido de problemas de salud

⁵⁶ Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, Corte IDH, 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.

⁵⁷ Caso “cinco pensionistas” *vs.* Perú, Corte IDH, 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98.

⁵⁸ Como enseñan Luke Clements y Alan Simmons: “Aunque el artículo 8o. no garantice el derecho a tener el problema habitacional resuelto por las autoridades, si éstas se niegan a dar su asistencia a alguien que sufre una grave enfermedad. Sin embargo, en algunas circunstancias esta situación podría plantear un cuestionamiento, según el artículo 8o. de la Convención, debido al impacto de tal negación sobre la vida privada de la persona” (Clements, Luke y Simmons, Alan, “European Court of Human Rights: Sympathetic Unease”, en Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 415). En la misma dirección, afirma Dinah L. Shelton, “En el caso *Taskin y otros vs. Turquía* (Appl. N.46117/99, Eur. Ct. H. R., ambiental, que puede afectar el bienestar de las personas e impedirles disfrutar de su hogar de modo a afectar severamente su vida privada y familiar, sin embargo sin poner en grave peligro su salud. (véase también *López Ostra vs. España*, sentencia del 9 de diciembre de 1994, Series A, núm. 303-C, parágrafo 51). “(...) Tal como lo indica el caso *Taskin*, pese a que la Convención Europea no contempla el derecho a la salud ni al medio ambiente, han surgido casos de daños debidos a la contaminación, invocándose el derecho a la vida (artículo 2o.) y el derecho a la información (artículo 10), así como al derecho a la privacidad y a la vida familiar (artículo 8o.). (...) Las decisiones indican que el daño ambiental debido a la acción o inacción del Estado y que tenga efectos perjudiciales sobre la habitación o la vida privada y familiar de una persona constituye una violación del artículo 8o. (1)”. (Shelton, Dinah L., *Regional Protection of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 203).

que constituía una violación al artículo 8o. sobre protección de la vida privada y familiar”.⁵⁹

La Corte Interamericana, mediante una interpretación dinámica y evolutiva, inspirada en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, ha permitido avances en la protección de los derechos sociales. Ha desarrollado su propio marco para la protección de estos derechos, al consagrar la dimensión positiva del derecho a la vida, el principio de la progresividad de los derechos sociales (en especial para la protección de grupos socialmente vulnerables) y la protección indirecta de derechos sociales.

V. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ÁMBITO SUDAMERICANO: DESAFÍOS DEL *IUS COMMUNE*

Considerando los derechos sociales bajo la perspectiva de la concepción contemporánea de derechos humanos, los principios aplicables a los derechos sociales y los parámetros de protección del sistema global y regional interamericano, se pasa en este tópico al examen de la protección de los derechos sociales en el ámbito sudamericano. El foco central de este análisis es identificar estrategias para fortalecer el diálogo global, regional y local en la defensa de los derechos sociales, con miras a la pavimentación de un “*ius commune*” sudamericano en materia de derechos sociales.

El análisis de la experiencia sudamericana de protección de los derechos sociales demanda que sean consideradas las peculiaridades de la región. América Latina es la región con el más alto grado de desigualdad en el mundo, en términos de distribución de renta.⁶⁰ A este alto grado de exclusión y desigualdad social se suman democracias en etapa de consolidación.

⁵⁹ Scheinin, Martin, “Economic and Social Rights as legal rights”, en Eide, Asbjorn *et al.*, *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 41.

⁶⁰ Para el ECLAC: “La elevada desigualdad y la inflexible distribución de renta de Latinoamérica han sido históricamente uno de sus trazos más destacados. La desigualdad latinoamericana no sólo es la más alta que la observada en otras regiones del mundo, sino que también permaneció sin cambios en los años 90, luego empeoró al comienzo de la década actual” (ECLAC, *Social Panorama of Latin America - 2006*, chapter I, page 84. <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt> (consultado el 30 de julio de 2010). En el mismo sentido, advierten Cesar P. Bouillon y Mayra Buvinic: “(...) En términos de renta, los países en la región se encuentran entre los más desiguales del mundo. Al final de los años 90, los 20 por ciento más ricos de la población recibían cerca del 60 por ciento de la renta, mientras que los 20 por ciento más pobres recibían solamente cerca del 3 por ciento. La desigualdad aumentó un poco en 1990. (...) Subyacentes a la desigualdad de la renta, hay grandes desigualdades en la distribución de activos, incluyendo educación, tierras y crédito. De acuerdo con estudios re-

La región aún convive con las reminiscencias del legado de los regímenes autoritarios dictatoriales, con una cultura de violencia y de impunidad, con baja densidad de Estados de derecho y con una precaria tradición de respeto a los derechos humanos en el ámbito doméstico.

Dos periodos destacan en el contexto latinoamericano: el periodo de los regímenes dictatoriales; y el periodo iniciado en la transición política hasta los regímenes democráticos, marcado por el fin de las dictaduras militares en la década de los ochenta, en Argentina, en Chile, en Uruguay y en Brasil.

En el caso latinoamericano, el proceso de democratización en la región, deflagrado en la década de los ochenta, propició la incorporación de importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos por los Estados latinoamericanos. A título de ejemplo, nótese que la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en 1969, fue ratificada por Argentina en 1984, por Uruguay en 1985, por Paraguay en 1989 y por Brasil en 1992. El reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se dio en Argentina en 1984, en Uruguay en 1985, en Paraguay en 1993 y en Brasil en 1998. Actualmente se constata que los países latinoamericanos suscribieron los principales tratados de derechos humanos adoptados por la ONU y por la OEA.

En cuanto a la incorporación de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, se observa que, en general, las Constituciones latinoamericanas confieren a estos instrumentos una jerarquía especial y privilegiada, distinguiéndolos de los tratados tradicionales. En este sentido, merecen destacarse el artículo 75, 22 de la Constitución argentina, que expresamente atribuye una jerarquía constitucional a los más relevantes tratados de protección de derechos humanos y el artículo 5o., parágrafos 2 e 3 de la Constitución brasileña que incorpora estos tratados al universo de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

Las Constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas, que permiten la integración entre el orden constitucional y el orden internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos, ampliando y expandiendo el bloque de constitucionalidad. Al proceso de constitucionalidad del Derecho Internacional se conjuga el proceso de internacionalización del Derecho Constitucional.

cientes, el promedio de la etapa escolar para los 20 por ciento más pobres es de sólo cuatro años, mientras que para los 20 por ciento más ricos es de 10 años” (Cesar P. Bouillon y Mayra Buvinic, *Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development*, Background document for EC/IADB “Seminar on Social Cohesion in Latin America”, Bruselas, junio 5-6, 2003, pp. 3 y 4, par. 2.8). Disponible en <http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf>, consultado el 26 de julio de 2010.

A la luz de este contexto, se resaltarán 10 (diez) desafíos dirigidos al fortalecimiento del diálogo de los sistemas global y regional con el orden local, mediante la incorporación, por este último de los parámetros internacionales de protección, con el fin de contribuir a la pavimentación de un *ius commune* en materia de derechos sociales en el ámbito sudamericano:

1. *Promover amplia ratificación de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos de la ONU y de la OEA*

Con la democratización en la región sudamericana, los Estados pasaron a ratificar los principales tratados de derechos humanos. A lo largo de los regímenes autoritarios dictatoriales, los derechos humanos eran concebidos como una agenda contra el Estado; sólo con la democratización fueron incorporados a la agenda estatal, siendo creada una institucionalidad inspirada en los derechos humanos (comprendiendo la adopción de Programas Nacionales de Derechos Humanos, Secretarías especiales, Ministerios y Comisiones en Casas del poder Legislativo en distintos Estados latinoamericanos). Surge el concepto de que los derechos humanos son un componente esencial para el fortalecimiento de la democracia y del Estado de Derecho en la región.

Sin embargo, aunque los Estados sudamericanos se hayan adherido a un universo significativo de instrumentos internacionales de protección, todavía existe el desafío de ampliar la base consensual de ratificación del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales —que hasta 2010 contaba únicamente con 15 Estados partes— y del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —que hasta 2010 contaba solamente con 3 Estados partes—.

Compartiendo esta base de consenso, los Estados sudamericanos estarían aceptando el mismo piso mínimo de protección en el campo del amparo de derechos sociales, volviéndose así un punto de partida para la composición de un “*ius commune*”.

2. *Fortalecer la incorporación en el orden jurídico doméstico de los tratados de derechos humanos con estatus privilegiado*

El constitucionalismo sudamericano se ha caracterizado por contemplar cláusulas constitucionales abiertas al incentivo del diálogo constitucional-internacional, así como la recepción privilegiada de tratados de derechos humanos en el orden doméstico.

A título de ejemplo, la Constitución de Argentina, luego de la reforma constitucional de 1994, dispone en el artículo 75, inciso 22, que mientras los tratados en general poseen jerarquía infraconstitucional, pero supralegal, los tratados de protección de los derechos humanos tienen jerarquía constitucional, complementando los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos. La Constitución brasileña de 1988, en el artículo 5o., parágrafo 2, consagra que los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen los derechos resultantes de los principios y del régimen aplicable a la misma y los derechos enunciados en tratados internacionales ratificados por Brasil, permitiendo así la expansión del bloque de constitucionalidad. La Constitución de Perú de 1979, en el mismo sentido, determinaba en el artículo 105 que los preceptos contenidos en tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y sólo pueden ser modificados por el procedimiento que rige la reforma de la propia Constitución. La actual Constitución de Perú de 1993 consagra que los derechos constitucionalmente reconocidos deben ser interpretados de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados de derechos humanos ratificados por Perú. Una decisión emitida en 2005 por el Tribunal Constitucional de Perú respaldó la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, agregando que los derechos humanos enunciados en los tratados conforman el orden jurídico y vinculan los poderes públicos. La Constitución de Colombia de 1991, reformada en 1997, confiere, en el artículo 93, una jerarquía especial a los tratados de derechos humanos, determinando que éstos prevalecen en el orden interno y que los derechos humanos constitucionalmente consagrados serán interpretados con acuerdo a los tratados de derechos humanos ratificados por el país. También la Constitución de Chile de 1980, como resultado de la reforma constitucional de 1989, pasó a consagrar el deber de los organismos del Estado de respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por aquel país.

Por tanto, es en este contexto — subrayado por la tendencia de las Constituciones latinoamericanas a asegurar un tratamiento especial y diferenciado a los derechos y garantías internacionalmente consagrados — que se inserta el desafío de incentivar en todos los textos constitucionales latinoamericanos la inclusión de cláusulas abiertas, con el objeto de conferir a los tratados de derechos humanos un estatus jerárquico constitucional.

3. *Incentivar una cultura jurídica orientada por el control de la convencionalidad de las leyes*

Además de la ratificación de tratados de derechos humanos, a ser recibidos de manera privilegiada por el orden jurídico local, es fundamental transformar la cultura jurídica tradicional, algunas veces refractaria y resistente al Derecho Internacional, para que ejecute el control de convencionalidad. Sobre el tema, un interesante estudio de Néstor P. Sagüés, sobre la “Situación (en los Tribunales nacionales) de la doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano”,⁶¹ propone una clasificación fundamentada en 4 categorías de control de convencionalidad: a) admisión expresa (Argentina); b) admisión tácita (Costa Rica, Perú, Chile, El Salvador y Bolivia); c) silencio (Ecuador, Brasil, México y Colombia); y d) negación tácita (grave caso venezolano, en el cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró inexecutable una sentencia de la Corte Interamericana, solicitando al poder Ejecutivo a retirarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 18 de diciembre de 2008 (caso “Apitez Barbera”).

El presupuesto básico para la existencia del control de convencionalidad es la jerarquía diferenciada de los instrumentos internacionales de derechos humanos con relación a la legalidad ordinaria. A esto se suma el argumento de que, cuando un Estado ratifica un tratado, todos los órganos del poder estatal se vinculan al mismo, comprometiéndose a cumplirlo de buena fe.

Como enfatiza la Corte Interamericana: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del

⁶¹ Véase “Situación (en los Tribunales nacionales) de la doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano”, encuesta realizada por Néstor P. Sagüés, noviembre de 2010. Este estudio fue presentado en el simposio “Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius commune* latinoamericano”, en el Max Planck Institute, en Heidelberg, 25 de noviembre de 2010.

mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.⁶²

El control de convencionalidad de las leyes contribuirá para implementar en el ámbito doméstico los estándares, principios y jurisprudencia internacional en materia de derechos sociales. Es también esencial asegurarse de que las sentencias internacionales condenatorias de Estados sean obligatorias y directamente ejecutables, optimizando la justiciabilidad de derechos sociales.

4. *Fomentar programas de capacitación para que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial apliquen los parámetros internacionales de protección en materia de derechos sociales*

La transformación de la cultura jurídica requiere la realización de programas de capacitación dirigidos a los agentes públicos de los distintos poderes, con el fin de que los instrumentos internacionales de protección a los derechos sociales, los principios específicos aplicables a estos derechos y la jurisprudencia internacional de protección se conviertan en referencias y parámetros para guiar la conducta de tales agentes.

La elaboración de normas, la formulación de políticas públicas y la formulación de decisiones judiciales deben acatar el principio de la buena fe en el ámbito internacional, buscando siempre armonizar el orden doméstico a la luz de los parámetros mínimos de protección, asegurados en el orden internacional en el campo de los derechos sociales.

⁶² Véase caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006. A manera ilustrativa, el 24 de noviembre de 2010, en el caso *Gomes Lund y otros versus Brasil*, la Corte IDH entendió que la decisión del Supremo Tribunal Federal en la Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) núm. 153, del 29 de abril de 2010 —manteniendo la interpretación de que la ley de amnistía de 1979 habría asegurado amnistía amplia, general e irrestricta, alcanzando tanto a las víctimas como a los verdugos— afecta el deber internacional del Estado de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos, afrentando el deber de armonizar el orden interno a la luz de los parámetros de la Convención Americana. Concluyó la Corte que “no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado brasileño”, considerando que el Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la ley de la amnistía, sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del Derecho Internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 1o., 2o., 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. *Asegurar el reconocimiento de los derechos sociales como derechos humanos fundamentales en el orden constitucional, con la previsión de instrumentos y recursos constitucionales que garanticen su justiciabilidad*

Para fortalecer el diálogo entre el orden internacional, regional y local en materia de derechos sociales, es fundamental que el marco jurídico constitucional acepte la concepción contemporánea de derechos humanos. O sea, que respalde la visión integral de los derechos humanos, basada en la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, económicos y culturales. Es también fundamental enfatizar la paridad jerárquica de estos derechos.

Como resultado de la visión integral de los derechos humanos, el debido reconocimiento constitucional a los derechos sociales surge como medida imperativa, así como la previsión de recursos que aseguren su protección en casos de violación. La protección de los derechos sociales requiere la existencia de recursos efectivos para garantizarlos, enfatizando la fórmula “*there is no right without remedies*” (no existe derecho sin recursos). En este sentido, el papel de las Cortes no es formular políticas públicas en materia de derechos sociales, sino fiscalizar, supervisar y monitorear tales políticas, considerando los parámetros constitucionales e internacionales.⁶³

Obsérvese que la propia jurisprudencia del Comité de la ONU de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su interpretación del artículo 2o. del Pacto, advierte que los Estados deben adoptar medidas para asegu-

⁶³ Al respecto, merece destacarse una sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil que consagra el derecho a la salud como prerrogativa constitucional indisponible, garantizado mediante la implementación de políticas públicas, imponiendo al Estado la obligación de crear condiciones objetivas que posibiliten el efectivo acceso a tal servicio. Agrega la decisión que “el Poder Judicial puede determinar su implementación por parte del Estado, cuando éste no cumpla con las políticas públicas constitucionalmente previstas, sin que haya injerencia en cuestión que involucre el poder discrecional del Poder Ejecutivo” (AI 734487, Rel. Min. Ellen Gracie, sentencia del 3 de agosto de 2010, DJe-154, publicado el 20 de agosto de 2010). También merece mención la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Brasil con respecto a la posibilidad del control judicial de políticas públicas, en un caso que involucra la obligación del poder público en el suministro de medicamentos, con la conclusión de que la reserva de lo posible no puede oponerse al mínimo existencial. Según la sentencia: “No pueden los derechos sociales quedar condicionados a la buena voluntad del Administrador, siendo de fundamental importancia que el Poder Judicial actúe como un órgano controlador de la actividad administrativa. Sería una distorsión que el principio de la separación de los poderes, originalmente concebido con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, pudiera ser utilizado precisamente como obstáculo a la realización de los derechos sociales, igualmente fundamentales” (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segundo Grupo, sentencia del 8 de junio de 2010, DJe 21/06/2010).

rar progresivamente, por todos los medios apropiados, el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto, lo que incluiría medidas legislativas, administrativas y también judiciales.⁶⁴

Hay que fortalecer la perspectiva integral de los derechos humanos, que tiene en los derechos sociales una dimensión vital e inalienable, perfeccionando los mecanismos de su protección y justiciabilidad, dignificando, así, la racionalidad emancipadora de los derechos sociales como derechos humanos, nacional e internacionalmente garantizados.

6. *Garantizar una prioridad presupuestal para la implementación de los derechos sociales*

El principio de la utilización del máximo en recursos disponibles para la implementación de los derechos sociales demanda que se determine una dotación presupuestal específica para la implementación de esos derechos.

A manera ilustrativa, la Constitución de Brasil establece un porcentual de la renta proveniente de impuestos para la educación y para la salud, incluso bajo pena de intervención federal, en los términos del artículo 34, inciso VII, “e”. En la Constitución de Colombia también se establece la prioridad para gastos en educación y salud en materia presupuestaria, en los términos de los artículos 347 y 356 a 357. En la misma línea, la Constitución de Ecuador prevé, en el área de las finanzas públicas, que los recursos para la salud, educación y justicia son prioritarios, en los términos del artículo 286.

Es imperativo incentivar, en los textos constitucionales latinoamericanos, previsiones que aseguren dotaciones presupuestarias específicas para los derechos sociales, sobre todo para educación y salud, respetando el principio de la utilización de lo máximo en recursos disponibles para la implementación de los derechos sociales consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —ratificado por 28 Estados de la región—. ⁶⁵ A este principio se suma también el principio de la observancia del *minimum core obligation* (*obligación mínima*), puesto que es deber de los Estados proveer al menos un núcleo esencial mínimo concerniente a los derechos sociales, en defensa de la prevalencia de la dignidad humana.

⁶⁴ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que la expresión “por todos los medios apropiados” debe ser interpretada de la forma más amplia posible, de modo que abarque recursos judiciales (General Comment núm. 3, UN doc. E/1991/23).

⁶⁵ Nótese que de los 160 Estados partes del referido Pacto, 28 son Estados miembros de la OEA.

7. *Aplicar indicadores para evaluar la progresividad en la aplicación de derechos sociales*

Los indicadores técnico-científicos para medir la progresividad en la aplicación de los derechos sociales surgen como una medida de especial relevancia dirigida a la plena implementación de estos derechos.⁶⁶

Además de conferir mayor rigor metodológico, la utilización de indicadores permite realizar el *human rights impact assessment* (evaluación del impacto de los derechos humanos) con relación a las políticas, programas y medidas adoptadas por el Estado, y así la *accountability* (responsabilidad) en las obligaciones contraídas por el Estado en el ámbito internacional y doméstico. Incentiva también la generación de datos, estadísticas e informaciones, para formar una base sólida en la composición de un diagnóstico preciso sobre la progresividad de los derechos sociales. Fundamental, en este sentido, es generar datos desagregados, que incluyan los criterios de género, raza, etnia, edad, orientación sexual, entre otros, lo que permitirá aliar políticas especiales a políticas universalistas.

Mediante la utilización de indicadores es posible identificar avances, retrocesos y falta de acción de los poderes públicos en materia de derechos sociales. Es una condición para componer un diagnóstico preciso del encuadramiento de las acciones e inacciones públicas en el marco de los derechos sociales, permitiendo un balance crítico de programas y medidas implementadas. A partir de un diagnóstico preciso, también es posible identificar prioridades y estrategias, con el fin de perfeccionar la realización de derechos sociales, lo que podrá incluir una mejor y más eficaz interlocución de los Poderes Públicos, mediante arreglos interinstitucionales orientados hacia la plena implementación de los derechos sociales.⁶⁷

⁶⁶ Al respecto, consultar el documento “Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSSI/doc.2/11, 11 de marzo de 2011. Véase, también, reporte del UN High Level Task Force sobre la implementación del derecho al desarrollo para la sesión de abril de 2010 del Grupo de Trabajo, incluyendo los atributos del derecho al desarrollo y la lista de criterios, subcriterios e indicadores - A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.

⁶⁷ Sobre el tema, se destaca, a título ilustrativo, una audiencia pública en el Supremo Tribunal Federal de Brasil para debatir las cuestiones relativas a las demandas judiciales sobre prestaciones de salud, contando con 49 especialistas, en abril de 2009. Posteriormente, el Consejo Nacional de Justicia adoptó la resolución núm. 107, el 6 de abril de 2010, instituyendo el Foro Nacional del Poder Judicial, para el monitoreo y resolución de las demandas de asistencia a la salud, con la atribución de elaborar estudios y proponer medidas concretas y normativas para el perfeccionamiento, el refuerzo a la efectividad de los procesos judiciales y a la prevención de nuevos conflictos. Se destaca también la sistemática de reenvío, median-

8. *Impulsar el componente democrático en el proceso de implementación de los derechos sociales*

En el tema de derechos sociales no solo bastan los resultados, pues también es importante el proceso de su realización. En el campo de los principios de derechos sociales, merecen especial relevancia los principios de participación, transparencia y *accountability*.

El componente democrático es esencial para la adopción de acciones, políticas y programas en derechos sociales. El componente participativo es elemento estructural para los derechos sociales, de forma a propiciar especialmente la participación de los grupos más vulnerables en la formulación, implementación y monitoreo de estos derechos.

En este sentido, la Constitución de Brasil asegura la participación de la comunidad en las acciones y servicios públicos de salud, en los términos del artículo 198. La Constitución de Bolivia, en el artículo 18, afirma que el sistema único de salud será universal, gratuito, equitativo, intercultural, participativo y con control social, resaltando que los pueblos indígenas y campesinos tienen derecho a un sistema de salud que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales. A su vez, la Constitución de Ecuador enuncia que la prestación de servicios de salud será regida por principios de universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. Prevé también la Constitución de Colombia que los servicios de salud serán organizados con la participación de la comunidad, en los términos del artículo 49. Al respecto, resalta también la emblemática decisión proferida por la Corte Constitucional colombiana (T-760-2008), al recalcar, en un caso que involucraba una amplia revisión del sistema general de seguridad social, que la progresividad de los derechos sociales demanda la existencia de programas, acciones y políticas públicas orientadas a la realización gradual de estos derechos (siendo inaceptable la inacción continuada del Estado), con la necesaria observancia de la participación democrática, en el proceso de elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas.

te la cual, en las demandas de alta complejidad y litigios estructurales, corresponde al poder Judicial identificar los parámetros jurídicos a ser observados, dejando al poder Ejecutivo la evaluación, bajo el prisma técnico, de la solución concreta a ser dictada lo que expresa el diálogo entre los poderes públicos en la implementación de los derechos sociales.

9. *Fortalecer el principio de la cooperación internacional en el tema de los derechos sociales*

Defiende este artículo que, tal como el derecho al desarrollo, los derechos sociales también demandan no sólo acciones, programas y políticas nacionales, como también asistencia y cooperación internacional. El principio de la cooperación internacional encuentra respaldo jurídico en la Declaración Universal, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador, como ya hemos visto.

De ahí la importancia de avanzar en la arena de la cooperación internacional, dirigida hacia la protección de los derechos sociales, a partir de una agenda de prioridades regionales en estos derechos.

10. *Avanzar en el diálogo vertical y horizontal de jurisdicciones*

Dictar órdenes locales para el diálogo horizontal con otras jurisdicciones y dialogar verticalmente con jurisdicciones supranacionales son condiciones, requisito y presupuesto para la formación de un *ius commune* en materia de derechos sociales.

Por un lado, es esencial que los sistemas sudamericanos puedan enriquecerse mutuamente, mediante préstamos constitucionales e intercambio de experiencias, argumentos, conceptos y principios dirigidos hacia la protección de los derechos sociales. Relevante también sería identificar las *best practices* (mejores prácticas) en derechos sociales estimulando su adopción, con los ajustes necesarios, considerando las especificidades y particularidades de cada país.

Por otro lado, ordenar localmente unos parámetros mínimos de protección fijados por el orden global y regional, mediante la incorporación de principios, jurisprudencia y estándares internacionales de protección, constituye un factor para dinamizar la pavimentación de un *ius commune* en derechos sociales en la región.

Para la creación de un *ius commune*, es fundamental avanzar en el diálogo entre las esferas global, regional y local, potencializando el impacto entre ellas, para asegurar la mayor efectividad posible a los derechos sociales, bajo la perspectiva de emancipación de los derechos humanos.

Por fin, si los derechos humanos no son un dato, sino una construcción, las violaciones a estos derechos también lo son. Las violaciones, las exclusiones, las injusticias son construcciones históricas que deben ser deconstrui-

das. Es urgente asumir el riesgo de romper con una cultura que trivializa, naturaliza y banaliza la desigualdad y la exclusión social, especialmente en un contexto regional que ostenta la mayor desigualdad del mundo.

Hannah Arendt afirma que es posible modificar pacientemente el desierto con las facultades de la pasión y de la acción. Pues “*if all human must die; each is born to begin*”.⁶⁸

⁶⁸ Arendt, Hannah, *The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998. Para la autora: “Fluyendo hacia la muerte, la vida humana arrastraría con ella, inevitablemente, todas las cosas humanas hacia la ruina y la destrucción, si no fuera por la facultad humana de interrumpirlas e iniciar algo nuevo, facultad inherente a la acción, como perece advertencia de que los hombres, aunque deban morir, no nacen para morir, sino para empezar” (trad. Roberto Raposo, 10a ed., Río de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 258).