

Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Joaquín A. Mejía R.*

1. La indivisibilidad práctica de los derechos humanos: un desafío impostergable

A pesar del avance en la reducción de la pobreza, en la disminución del desempleo y en la distribución del ingreso, América Latina y el Caribe continúa siendo la región de mayor desigualdad en el mundo¹, lo cual constituye una situación sin precedentes en tanto el triángulo de la democracia, la pobreza y la desigualdad sigue presentando un escenario en el que cohabitan las libertades políticas junto con las severas privaciones materiales de más de 200 millones de personas en Latinoamérica. En otras palabras, la democracia en nuestro Continente convive con niveles extensamente difundidos de pobreza y de desigualdad extremas, generando el binomio democracia/pobreza con graves consecuencias para la gobernabilidad democrática², dado que la pobreza extrema, al constituir una violación generalizada de todos los derechos humanos (DDHH), desnaturaliza

* Abogado hondureño, Doctor y Maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid) y candidato a Doctor y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Universidad Complutense de Madrid). Investigador del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación de la Compañía de Jesús en Honduras.

1 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Panorama Social de América Latina 2006*. Naciones Unidas, Santiago de Chile, febrero de 2007, págs. 19-30.

2 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2ª ed. Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, Argentina, diciembre de 2004, págs. 39-40.

la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo de tales derechos³.

Frente a este escenario, es importante reafirmar el carácter interdependiente de la libertad y de la igualdad, pues la primera sin la segunda “no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos”; mientras que la segunda sin la primera “no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder”⁴. Indudablemente, esta situación tiene graves consecuencias para el Estado de Derecho pues la igualdad formal (ante la ley) por sí sola no es suficiente “para crear en la misma medida la voluntad o capacidad de participar en los procesos políticos, ni una capacidad igual en todos de influir en los resultados; [por tanto, los] desequilibrios en los recursos y el poder político socavan a menudo el principio ‘una persona, un voto’, y la finalidad de las instituciones democráticas”⁵.

Por ello es que en nuestra región las grandes desigualdades de ingresos y la pobreza van unidas directamente a una escasa confianza de las personas en las instituciones políticas y a una mayor disposición a aceptar un régimen autoritario, lo cual ha quedado evidenciado con el hecho de que la proporción de latinoamericanas y latinoamericanos que estarían dispuestos a sacrificar un gobierno democrático en aras de un progreso real socioeconómico supera el 50 por ciento⁶. En este sentido, la democracia exige que todos podamos experimentar en nuestra vida cotidiana la indivisibilidad de los DDHH, pues es claro que en ausencia de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), los derechos civiles y políticos (DCP) corren el riesgo de ser

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, Capítulo V. A. Washington, D.C., 9 de marzo de 2001, párr. 17.

⁴ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 1995, ambas citas textuales corresponden a la pág. 215.

⁵ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*. Ediciones Mundi-Prensa, Nueva York, 2002, pág. 4.

⁶ PNUD, *La democracia en América Latina...* págs. 13, 132, 222.

puramente formales; y en ausencia de los DCP, los DESC difícilmente podrían ser garantizados por mucho tiempo⁷.

En democracia se debe reconocer (a) que no es posible establecer compartimientos separados entre los derechos; (b) que todos los derechos derivan de la misma esencia y por ello deben ser considerados en pie de igualdad; (c) que los derechos son interdependientes, por lo que la afectación de uno implica la afectación de todos; (d) que cualquier categorización de los derechos sólo puede tener un valor pedagógico pero nunca jurídico, y (e) que ningún derecho puede ser sometido a un trato diferenciado en detrimento de su efectividad, y en consecuencia, “no pueden existir derechos judicialmente exigibles y derechos que, formando parte del elenco de los [DDHH], no puedan ser exigibles”⁸.

Por tanto, resulta injustificable la supuesta superioridad de unos derechos sobre otros, tal y como lo ratificaron medio siglo atrás los redactores de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), al incluir en su texto tanto DCP (arts. I-X, XVII-XXI, XXIV-XXVII) como DESC (arts. XI-XVI, XXIII), sin realizar ninguna distinción y sin establecer algún tipo de jerarquía entre ellos, pues los valoraron como un cuerpo único e indisoluble que sólo en su conjunto pueden liberar al ser humano del temor y la miseria.

No obstante, es bien sabido que este tipo de instrumentos sólo cuenta con una fuerza política persuasiva al representar el consenso y la aceptación de la comunidad internacional, pero no posee los atributos jurídicos de las normas convencionales que aseguren su cumplimiento. Aunque esta declaración enumera y define los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, no insta un sistema que permita a las personas

⁷ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, 1ª ed. Civitas, IIDH, Madrid, 1987, pág. 45.

⁸ Urquilla, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en: *Revista IIDH*, vol. 30-31. IIDH, San José, Costa Rica, 2000, pág. 262.

reclamar su cumplimiento ante instancias internacionales ni instituye ningún otro mecanismo jurídico de control; por tal razón, desde una perspectiva formal y positivista, y en cuanto plasmada en una resolución de la Asamblea General de la OEA, en principio dicha declaración no es *per se* obligatoria para los Estados miembros, aunque “su peso político-jurídico y su significación moral son grandes”⁹.

Por eso, en un primer momento en el Continente americano se contempló la posibilidad de que el texto de la Declaración Americana fuese un convenio o que al menos fuera un anexo a la propia Carta de la OEA¹⁰; sin embargo, finalmente dicha declaración fue adoptada bajo la forma de una simple resolución en el seno de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia. Ante la ausencia de un carácter vinculante de la Declaración Americana, fue preciso adoptar otro instrumento que respondiera a la necesidad de establecer un sistema de protección efectivo de los derechos consagrados en ella; en este sentido, durante los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se dio un debate similar al proceso seguido en el ámbito de la ONU en relación con la elaboración de un instrumento único y que finalmente derivó en la adopción de dos pactos distintos – el Pacto Internacional

⁹ Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 9ª ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 198. Sobre el valor jurídico actual de la Declaración Americana puede verse, entre otros, Buergenthal, Thomas, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual internacional de derechos humanos*. IIDH, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990; Buergenthal, Thomas, Robert E. Norris y Dina Shelton, *La protección de los derechos humanos en las Américas*. IIDH, Civitas, Madrid, 1990; Hauser, Denise, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre”, en: Courtis, Cristian, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*. Porrúa-ITAM, México, 2005, págs. 123-146, y Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-10/1989 del 14 de julio de 1989.

¹⁰ LeBlanc, Lawrence J., *The OAS and the promotion and protection of human rights*. Martinus Nijhoff, The Hague, 1977, pág. 14. Traducción libre. En lo sucesivo, entiéndase que todas las citas de documentos en inglés han sido traducidas libremente por el autor.

de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

A pesar de que en 1959 el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y en 1965 Chile y Uruguay, presentaron sus propuestas que incorporaban a los DESC junto con los DCP en el proyecto de la CADH, se adoptó la solución predominante en la época, tanto en la ONU como en el Sistema Europeo, en el sentido de elaborar dos instrumentos desiguales pero con la diferencia de que la CADH incluyó en su texto una remisión a las normas económicas, sociales y culturales, contenidas en la Carta enmendada de la OEA (art. 26)¹¹. De este modo, la CADH se consolidó como un instrumento regional enfocado especialmente en la protección de los DCP, con 23 artículos referidos a los mismos (Capítulo II, arts. 3-25) y sólo uno relativo a los DESC (Capítulo III, art. 26).

Posteriormente, y para tratar de superar esta deficiencia normativa, el 17 de noviembre de 1988 se aprobó en San Salvador el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PSS); no obstante, además de que hasta la fecha sólo ha sido ratificado por 14 Estados, –a diferencia de los 25 que han ratificado la CADH– este instrumento únicamente reconoce la posibilidad de presentar peticiones individuales por la violación de dos de los derechos reconocidos en él (art. 19.6): la libertad sindical (art. 8.1.a) y el derecho a la educación (art. 13). Por tanto, el resto de derechos quedan desprotegidos del procedimiento jurisdiccional y tan sólo son objeto de vigilancia a través de los informes que los Estados están obligados a presentar a la Asamblea General de la OEA (art. 19.1 del PSS y art. 42 de la CADH).

Bajo estos parámetros, el PSS representa (a) un avance normativo respecto de la CADH dado que reconoce explícitamente un catálogo importante de DESC; (b) un avance parcialmente operativo pues sólo reconoce la justiciabilidad de dos de esos derechos, y (c) un estancamiento en relación con el resto de derechos en tanto que

¹¹ Cançado Trindade, Antonio, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, prólogo de Máximo Pacheco Gómez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, abril de 2001, pág. 96.

los priva del control cuasi-judicial y judicial de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos (CIDH y Corte IDH, respectivamente). Es importante destacar que el reconocimiento de la justiciabilidad de dos DESC (libertad sindical y educación) en el PSS fortalece el argumento de que no hay razón técnica-jurídica para negar la justiciabilidad del resto de derechos; y además, al reconocer únicamente la justiciabilidad de tales derechos, el PSS establece una nueva jerarquía inadmisibles entre los derechos en él consagrados, ya que en términos de protección, le otorga mayor importancia a la libertad sindical y a la educación en detrimento del resto.

Todo lo anterior revela una profunda contradicción teórica y normativa, puesto que en teoría se reconoce y se reafirma unánimemente el carácter indivisible de todos los DDHH, pero en la práctica, a la mayoría de los DESC se les trata como derechos de segunda clase, mientras que a los DCP se les considera derechos perfectos, ya que sólo ellos generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, y por tanto, pueden ser exigibles judicialmente. De esta manera, aunque la OEA ha afirmado en repetidas ocasiones la importancia del concepto de indivisibilidad e interdependencia de los DDHH, sigue habiendo una tendencia por parte de algunos gobiernos, organismos internacionales y otros agentes a conceder prioridad a los DCP sobre los DESC¹², y a permitir que estos últimos permanezcan en gran parte ignorados.

Es pertinente preguntarse, ¿por qué si se reconoce que todos los DDHH son indivisibles, interdependientes y sin jerarquía entre ellos, los Estados han adoptado dos instrumentos tan diferentes –tanto en el Sistema Universal como en el Interamericano– en relación con el grado de protección dependiendo de si se trata de DCP o de DESC? Sencillamente se puede responder que, por un lado, fue determinante la pugna ideológica entre el bloque de países con influencia occidental y el bloque de países con influencia soviética, los primeros abogando por los llamados “derechos de libertad”, y los segundos privilegiando a los denominados “derechos de igualdad”; y por otro lado, que la voluntad

¹² Alston, Philip, “International law and human right to food”, en: Alston, Philip y Katrina Tomaševski (eds.), *The right to food*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1984, pág. 19.

de los Estados, en virtud del principio de soberanía, les faculta para determinar libremente el tipo de instrumento internacional que quieran o no adoptar.

Aunque éstas son dos razones de mucho peso, detrás de ellas también existen otra serie de razones históricas, conceptuales y filosóficas, a veces no tan ahondadas por los internacionalistas, que condicionan la concepción que los Estados tienen de los DDHH, y que son determinantes a la hora en que los mismos deciden prestar su consentimiento y asumir obligaciones internacionales en materia de DDHH. Si tomamos como parámetro el principio jurídico que estipula que “la causa de la causa es la causa del mal causado”, se podría precisar que en varios aspectos de los DESC, es necesario profundizar aún más en algunas de las “causas de la causa” que nos darían elementos importantes para identificar y rebatir las razones últimas y primarias por las que son considerados de menor categoría que los DCP, y de esta forma, poder buscar respuestas más adecuadas en aras de una protección más efectiva.

24 años atrás la propia Corte IDH reconocía la existencia de dichas razones por las que en ese momento histórico consideraba que se podía justificar una diferenciación en la protección de unos y otros derechos; así, el Tribunal interamericano señalaba que

11. El límite entre los [DESC] que pueden llegar a ser objeto de una protección internacional de tipo regional en la que es posible la intervención de la Corte Interamericana y los restantes, que no pueden tener **hoy** un régimen de protección de tipo jurisdiccional que se integre con la competencia contenciosa de la Corte, **no es un límite invariable y fijo, resultado de una condición ontológica, sino que, en gran parte, deriva de circunstancias históricas vinculadas al desarrollo y la evolución del Derecho...**¹³

Pasadas más de dos décadas y gracias al avance en el “desarrollo y la evolución del Derecho” mediante la doctrina y la jurisprudencia en

¹³ Corte I.D.H., *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986*, 29 de agosto de 1986, pág. 44; *Ibidem*, “Opinión de la Corte sobre el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: *Revista IIDH*, vol. 3, IIDH, San José, Costa Rica, enero-junio 1986, puntos 10 y 11, págs. 117-118. El resaltado es nuestro.

materia de DESC, se ha podido impugnar y/o matizar sus supuestas diferencias insalvables respecto de los DCP, con lo cual ya no es posible mantener la división entre los derechos sobre la base de circunstancias y argumentos insostenibles en la actualidad; en consecuencia, es imperativo superar esta visión fragmentada si se pretende mantener el discurso de la indivisibilidad e interdependencia de los DDHH que es negado sistemáticamente en la práctica, ya que se generan expectativas que no pueden ser cumplidas y se limita el impulso emancipatorio de los DDHH, lo cual sin duda tiene implicaciones negativas para la democracia y el Estado de Derecho.

Aunque son varias las razones y circunstancias históricas, conceptuales y filosóficas que han hecho que los DESC cuenten con un sistema de protección debilitado, en el presente trabajo me enfocaré en una de ellas relacionada con la noción de justiciabilidad con el objetivo de enfatizar que el argumento que niega la posibilidad de que tales derechos puedan ser objeto de control judicial o cuasi-judicial descansa sobre bases teóricas difícilmente sostenibles actualmente, y por tanto, dicha objeción va más allá de las cuestiones sobre su estructura, su “condición ontológica” o su naturaleza aparentemente diferente a la de los DCP, sino que son un asunto con un fuerte componente de opción política y legislativa.

Tomando como ejemplo la sentencia del caso Cinco pensionistas vs. Perú intentaré extraer dos elementos que a mi entender reflejan cómo las razones y circunstancias mencionadas se han enraizado en la conciencia jurídica de nuestros días a tal punto de que no es extraño que un número considerable de personas, incluyendo eminentes e influyentes abogados y jueces internacionalistas, aún mantengan la concepción que le atribuye a los DESC un estatuto de segunda clase, que en su forma extrema puede resumirse de la siguiente manera: o bien se niega expresamente el carácter jurídicamente vinculante de estos derechos, o se alega que difieren de los DCP en aspectos tan fundamentales que es imposible escapar a la conclusión de que son inferiores desde un punto de vista jurídico¹⁴.

¹⁴ Hoof, Godfried van, “The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views”, en: Alston, Philip y Katrina Tomaševski (eds.), *The right to food...* pág. 97.

El primer elemento a analizar es la utilización de la figura de la propiedad para judicializar el derecho a la seguridad social, con lo que a mi juicio se afianza la confusión histórica que ha permitido que cuando se pretende agenciar la justiciabilidad a los DDHH en general, y a los DESC en particular, se hace desde un modelo patrimonialista que ha girado fundamentalmente sobre las ideas de propiedad, de contrato y de responsabilidad civil, y por tanto, desde un prototipo moldeado a partir de un sujeto que es propietario, y que tiene determinadas relaciones con otros propietarios. El segundo elemento está relacionado con la idoneidad de la figura clásica del derecho subjetivo para exigir la plena implementación de los DESC, especialmente cuando la resolución de un caso podría lindar con cuestiones de política pública, lo que hace que en muchas ocasiones los tribunales eviten pronunciarse al respecto, dado que existe una concepción muy extendida sobre su falta de legitimidad democrática y de capacidad técnica para conocer dichos asuntos.

Tomando en consideración tales premisas, primero haré un breve análisis del camino tomado por la Corte IDH para proteger el derecho a las pensiones, en el sentido de que a pesar de haber podido abordar directamente la violación de ese DESC en los términos del artículo 26 de la CADH, optó por hacerlo mediante su conexión con el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21. En mi opinión, esta toma de postura tiene que ver con que el Tribunal interamericano sabe que una construcción amplia del derecho de propiedad es una buena estrategia para proteger indirectamente los DESC, evitando así entrar en el complejo terreno de la justiciabilidad de tales derechos y pronunciarse sobre posibles cuestiones relativas a las políticas públicas de los Estados.

No hay duda de la validez e incluso de la necesidad de hacer uso de este enfoque indirecto de protección de tales derechos en ciertos contextos; sin embargo, no se puede ignorar que en el fondo esta solución responde a que equívocamente la justiciabilidad de los DDHH en general se ha venido determinando a partir de un modelo patrimonialista del derecho subjetivo que, al entenderlo en un sentido estricto, implica que los DESC no pueden ser considerados verdaderos

derechos, y en consecuencia, que su justiciabilidad esté constantemente puesta en duda.

Analizaré dos concepciones de la noción de justiciabilidad que permitirán explicar las razones por las que se niega el carácter justiciable de los DESC, y que nos darán elementos teóricos importantes de cara a exigir a los poderes públicos “establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos”¹⁵. Finalmente, a partir del análisis que la Corte IDH hace sobre el artículo 26 de la CADH en el caso mencionado, examinaré las facetas “conservadora” y “emancipadora” de los DESC en relación con la dimensión –mínima o máxima– de su implementación para determinar la idoneidad de la figura del derecho subjetivo con vistas a lograr su protección efectiva.

2. El caso Cinco pensionistas vs. Perú: La protección de las pensiones en el marco de la propiedad privada

Son pocos los casos en materia de DESC que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han conocido a fondo, lo cual ha limitado la producción de jurisprudencia suficiente para determinar el contenido de tales derechos y el alcance de las obligaciones estatales correspondientes. Si bien las posibilidades normativas no son tan amplias como en el caso de los DCP, al menos el artículo 26 de la CADH y los artículos 8 y 13 del PSS son los puentes existentes en el Sistema para acceder directamente al mundo de la justiciabilidad de los DESC.

Por eso, la importancia del caso Cinco pensionistas radica en que es el primero que se le presentó a la Corte IDH para que decidiera sobre la violación de un DESC en virtud del artículo 26 de la CADH. Sin embargo, los resultados de la decisión del Tribunal han tenido una doble cara, pues por un lado representó una victoria individual para cada uno

¹⁵ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003*. Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 36.

de los peticionarios, pero por otro, constituyó una derrota colectiva para toda la población del Perú, y en un obstáculo para avanzar en la protección judicial de los DESC en nuestro Continente.

En dicho caso se alegó que los peticionarios se habían desempeñado como funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú (SBS) y, después de más de 20 años de servicio en la Administración Pública, se retiraron en el marco del régimen del Decreto Ley No. 20530, mediante el cual el Estado les reconoció su derecho a una pensión de cesantía nivelable progresivamente, de conformidad con la remuneración de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, que ocuparan el mismo puesto o función análoga al que desempeñaban los pensionistas al momento en que cesaron de trabajar para la SBS. En abril de 1992 la SBS redujo y suspendió el pago de tales pensiones sin previo aviso ni explicación alguna, y posteriormente se promulgó el Decreto-Ley No. 25792, mediante el cual se autorizó a dicha instancia a establecer un programa de incentivos para la renuncia voluntaria de sus trabajadores y, de conformidad con el artículo 5 de dicho decreto, se transfirió al presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas la recaudación de las aportaciones y la atención de las pensiones, remuneraciones o similares que correspondería pagar a la SBS a sus pensionistas, jubilados y cesantes comprendidos en el régimen del Decreto Ley No. 20530. Bajo este nuevo marco legal, se modificó la forma de calcular las pensiones a los ex empleados de la SBS, con el fin de justificar o legalizar las reducciones que habían iniciado a partir de 1992¹⁶.

a. Del derecho a la seguridad social al derecho a la propiedad

La Corte IDH no tuvo mayores problemas en determinar que las víctimas eran titulares del derecho a una pensión, ya que todas las partes estaban de acuerdo en que una vez que los cinco pensionistas dejaron de trabajar en la SBS, obtuvieron el derecho a la pensión de cesantía bajo el régimen establecido en el Decreto-Ley No. 20530. La controversia radicaba en establecer el alcance de la violación

¹⁶ Corte I.D.H., *Caso Cinco pensionistas vs. Perú, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 88.

de dicho derecho por parte del Estado mediante la reducción y el recálculo de los montos de las pensiones, lo cual le abría al Tribunal interamericano dos vías normativas para realizar su análisis; así, podía abordar la violación alegada del derecho a la seguridad social en los términos del artículo 26 o en los términos del artículo 21, pues ambas disposiciones le ofrecían una base convencional sólida para la protección de este derecho. La Corte IDH optó por la segunda vía, es decir, por la de determinar si los parámetros utilizados por el Estado para reducir o recalcular los montos de las pensiones configuraban una violación del derecho de propiedad, para lo cual consideró necesario analizar principalmente si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido, las implicaciones de ello, los parámetros que debían tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión y si se podían poner límites a éste¹⁷.

En cuanto a la pensión como derecho adquirido, la Corte IDH concluyó que tal controversia había sido resuelta por la Constitución Política del Perú y por el propio Tribunal Constitucional peruano, ya que la primera establece que: “Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias” (Primera Disposición Final y Transitoria); por su parte, el Tribunal Constitucional ha indicado reiteradamente que: “Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530, entendiéndose por derechos adquiridos ‘aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos’”¹⁸. Es decir, tanto para la norma suprema como para su intérprete, las pensiones niveladas de los cinco pensionistas constituían un derecho adquirido que se había incorporado a sus patrimonios¹⁹.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 94-95.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 98.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 99-100.

Además, en virtud de lo señalado en el artículo 29.b) de la CADH en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes”, el artículo 21 de este mismo instrumento relativo al derecho a la propiedad “protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley No. 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas”. Por tanto, para la Corte IDH, desde el momento en que los cinco pensionistas pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley No. 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se ampararon al régimen de jubilaciones previsto en el decreto-ley mencionado, conquistaron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en él, lo cual fue amparado por las respectivas sentencias de garantías, que al ser incumplidas por los órganos estatales pertinentes, generó una afectación al patrimonio de las víctimas, y en consecuencia, hizo que el Estado incurriera en una violación del artículo 21 de la CADH²⁰.

Dilucidado el hecho de que los cinco pensionistas tenían un derecho adquirido al pago de una pensión nivelada, el Tribunal interamericano pasó a determinar si el Estado podía restringir, modificar o limitar ese derecho. De conformidad con el artículo 21 de la CADH, la Corte IDH señaló que en cuanto a las pensiones, los Estados pueden reducir las únicamente por la vía legal adecuada y mediando razones de utilidad pública o interés social. A su vez, el artículo 5 del PSS sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los DESC, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. Aunado a ello, si tal restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos

²⁰ *Ibidem*, párr. 101-103 y 115.

en el artículo 21 de la CADH²¹. Esta cuestión nos plantea una gran paradoja, en el sentido de que si las pensiones son consideradas como parte del haber patrimonial de las personas, el Estado puede limitar el uso y goce de dicha propiedad por razones de interés social. Así, al no reconocer la Corte IDH el carácter social de las pensiones, abre las puertas para que éstas –que son créditos sociales– sean limitadas o restringidas apelando a criterios de interés social. Parece que, en el análisis del Tribunal puede presentarse la posibilidad de que un Estado limite un bien social en nombre de otro bien social²².

Asimismo, pareciera que no hay claridad por parte de la Corte IDH respecto de la naturaleza del derecho a las pensiones, puesto que por un lado sugiere que tiene ante sí un DCP cuando analiza las pensiones en términos de propiedad, y en consecuencia sujeta su limitación a la existencia de fines de utilidad pública o interés social, y al empleo de la “vía legal adecuada”, pero por el otro, parece que está tratando con un DESC cuando analiza las pensiones en términos de prestación social, dado que recurre al PSS para señalar los requisitos de su posible limitación²³. En virtud de lo anterior se puede concluir que, o la Corte IDH entiende que el derecho de propiedad tiene una naturaleza híbrida cuyas manifestaciones se proyectan como un DCP y como un DESC dependiendo de las circunstancias, o simplemente confunde los parámetros de su análisis.

b. La influencia de la tradición civilista en la construcción del derecho subjetivo como modelo de protección de los DDHH

Se debe reconocer que la amplitud de la construcción que hace la Corte IDH del derecho de propiedad es un buen ejemplo de cómo es posible incrementar cada vez más la protección de los DESC a través de una interpretación extensiva de los tradicionales DCP. Evidentemente,

²¹ Ibidem, párr. 116.

²² Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista Mexicana de Derecho Público*, No. 6. ITAM, Departamento de Derecho, México, 2004, pág. 50.

²³ Ibidem, pág. 51.

esta opción puede responder a una cuestión estratégica ante la falta de garantías de los DESC; sin embargo, a mi juicio, en el caso Cinco pensionistas vs. Perú el Tribunal interamericano contaba también con una base convencional sólida para proteger el derecho a la seguridad social de una manera directa en virtud del artículo 26²⁴.

Es evidente que para la Corte IDH resultaba más fácil trasladar su análisis al campo de los DCP, dado que su protección judicial se ha construido a partir de la noción de derecho subjetivo, que tiene una mayor tradición jurídica en nuestro Continente y consecuentemente, tanto jueces como abogados litigantes y demás actores del sector jurisdiccional, se sienten más cómodos en el manejo de dicha herramienta. No obstante, a veces nos olvidamos que la figura del derecho subjetivo nació como un modelo jurídico para dar solución a determinadas relaciones surgidas en el intercambio económico, por lo que su construcción dogmática se realizó tomando como molde el derecho de propiedad –lo cual refleja claramente las exigencias del sistema liberal burgués del siglo XIX–, y como consecuencia, su protección jurisdiccional siempre ha girado en torno a la tutela de los derechos de contenido patrimonial.

Ello refleja cómo el protagonismo de la burguesía pasó del terreno económico y político al ámbito jurídico, ya que logró que la propiedad adquiriera la necesaria relevancia (a) para considerarla un DDHH fundamental bajo la justificación teórica de Locke y los fisiócratas

²⁴ Para un análisis del artículo 26 véase, Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Courtis, Cristian, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos...* págs. 1-66; Abramovich, Victor y Julieta Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: Martin, Claudia, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana/American University/Fontamara, México, 2004, págs. 457-478; y Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: manual para la presentación de casos*. Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, Ecuador, 2003, págs. 379-392.

en los siglos XVII y XVIII, respectivamente²⁵; (b) para sistematizar dogmáticamente la categoría moderna de derecho subjetivo alrededor de ella, y (c) para que la ciencia jurídica decimonónica injertara en dicha categoría una segunda operación: “la calificación de los derechos fundamentales dentro de la categoría más amplia de los ‘derechos públicos subjetivos’, ya no fundantes sino fundados por el Estado”²⁶. Con todo esto, se puede observar que otros bienes no patrimoniales como la vida y la libertad, consagrados en las primeras declaraciones de derechos, hayan quedado identificados con esta construcción histórica²⁷.

Y evidentemente, cuando se pretende agenciar la justiciabilidad de los DESC se hace pensando sobre todo desde un modelo patrimonialista que ha girado fundamentalmente sobre las ideas de propiedad, de contrato y de responsabilidad civil, y por tanto, es un prototipo moldeado a partir de un sujeto que es propietario, y que tiene determinadas relaciones con otros propietarios. De allí que se pueda sostener que el paradigma de los DESC es incompleto, y aunque están reconocidos en las constituciones nacionales o en los instrumentos internacionales de DDHH, “todavía no se ha generado un paradigma completo sobre cómo dar contenido a estas categorías – por lo menos no en una medida comparable a la que sí ha desarrollado el modelo del derecho privado”²⁸.

No es de extrañar entonces que la construcción jurídica de estos derechos esté relacionada con el origen de la idea de derecho social que tiene lugar centralmente a partir de la crítica del empleo de las nociones jurídicas típicas del modelo liberal a las relaciones

²⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio y Eusebio Fernández (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II, volumen III. Dykinson, Madrid, 2001, págs. 122-123.

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio (1995), 6ª ed. Trotta, Madrid, 2004, págs. 863 y 912.

²⁷ Añón Roig, María José, y José García Añón (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 58.

²⁸ Courtis, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en: Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, págs. 185-186.

entre capital y trabajo, de acuerdo con el cual esta relación (capital-trabajo) debía interpretarse a partir de las nociones contractuales y de responsabilidad del derecho civil. Esto implica que “las relaciones laborales constituían un contrato como cualquier otro, en el que dos sujetos en igualdad legal de condiciones pactaban libremente el intercambio de bienes: por un lado, la puesta a disposición del patrón de la fuerza de trabajo por parte del trabajador; por otro lado, el pago de un precio –el salario– por parte del empresario”²⁹.

Sin negar la importancia estratégica del análisis hecho por la Corte IDH en cuanto a considerar el derecho a las pensiones como un derecho a la propiedad, esta consideración no escapa de la confusión histórica que gira alrededor de la noción de derecho subjetivo, en tanto que la misma se ha utilizado para designar dos realidades jurídicas diversas y opuestas entre sí con ascendencias teóricas distintas. Por un lado, la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII de los DDHH, y por el otro, la tradición civilista y romanista de los derechos patrimoniales. Así, con la incorporación de la propiedad como derecho sagrado e inviolable en las primeras declaraciones de DDHH, ésta se valorizó como un derecho o un principio del mismo tipo que la libertad y la igualdad³⁰, y a pesar de las diferencias estructurales entre DDHH y derechos patrimoniales, la protección de los primeros se ajustó al modelo civilista de protección de los segundos³¹.

Desde entonces, la propiedad privada y su modelo de protección se han hecho omnipresentes en todos los documentos de DDHH,

²⁹ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, 1ª ed. Bommarzo, Madrid, abril de 2006, págs. 12-13.

³⁰ Así, el artículo 2 de la Declaración francesa de 1789 consagra como derechos naturales e imprescriptibles de la persona, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Por su parte, Locke –uno de los pensadores liberales más importantes e influyentes del siglo XVII–, a la pregunta de cuáles son los derechos naturales, responde que la vida, la libertad y la propiedad. Véase al respecto, Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990, págs. 38, 55-75.

³¹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en: Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.* Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, págs. 25, 30-35.

desde la Declaración de 1789 hasta la Declaración Universal y la Declaración Americana de 1948, así como en la totalidad de las constituciones políticas de las sociedades contemporáneas, y se le ha considerado incluso más fundamental que otros contenidos e intereses verdaderamente vitales para la dignidad humana.

En ese orden de ideas, si comparamos la propiedad privada con la mayoría de los DESC, y con la misma dignidad humana, su protección y garantía se ha positivizado de tal forma que se ha convertido en un derecho más consistente a la hora de acudir ante las instancias judiciales o cuasi-judiciales. Mientras tanto, a pesar de que el valor de la dignidad se presenta como una de las finalidades del Estado moderno y de la comunidad internacional, cuando se intenta determinar las condiciones necesarias para su garantía, el debate no pasa de ser filosófico y político, ya que es un bien que todavía se encuentra difuso en el derecho positivo. Si bien es cierto que derechos como la vida están normativamente reconocidos, también es indudable que, a pesar de los avances, existe una gran resistencia ante la posibilidad de determinar un derecho a la vida digna, que implicaría la promoción y protección de los DESC en igualdad de condiciones que los DCP³².

Influenciada por la mencionada tradición civilista y romanista, una de las construcciones teóricas contemporáneas más importantes sobre el concepto de derecho subjetivo fue realizada por el jurista y filósofo austriaco Hans Kelsen, para quien un derecho subjetivo en sentido técnico consiste en el poder jurídico que tiene un sujeto de accionar ante un órgano determinado para demandar la sanción de otro sujeto que, estando jurídicamente obligado, no ha cumplido con su deber. Básicamente, este autor identifica el derecho subjetivo con la facultad procesal del titular de recurrir a los órganos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de una obligación correlativa³³, lo cual refleja

³² Bartolomé Ruiz, Castor M., *El Movimiento de los Sin Tierra en Brasil. Propiedad o alteridad, dilema de los derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, págs. 75-76.

³³ Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 11ª ed. Porrúa, México, 2000, págs. 146-147; Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, 15ª ed. Editora Nacional, México, imp. 1983, pág. 79.

que la construcción kelseniana tomó como parámetro la figura del derecho a la propiedad, que como ya hemos visto, tiene una tradición milenaria en materia civilista que siempre ha relacionado rígidamente los derechos patrimoniales con el derecho de acción (exigibilidad judicial) como técnica de garantía.

No obstante, identificar el derecho subjetivo con la capacidad para su imposición en virtud del cumplimiento de un deber, en primer lugar no da cuenta de que los DDHH contienen un haz de posiciones iusfundamentales que pueden ser tanto una libertad jurídica como un derecho a acciones negativas o positivas por parte del Estado³⁴; y en segundo lugar, reduce el derecho subjetivo (a) al deber jurídico de un sujeto en la relación jurídica con el titular del derecho, y (b) al deber que atañe al juez de aplicar una sanción en caso de transgresión³⁵.

Si tomamos en cuenta que el modelo kelseniano de derecho subjetivo es el más generalizado y el que más ha influido en la concepción de justiciabilidad de los DDHH, no es de extrañar que ante la pregunta de si los DESC son auténticos derechos en su sentido técnico, la respuesta sería que muy pocos, es decir, solamente aquellos que pueden ser exigidos judicialmente en caso de violación; y por lo tanto, la noción de DESC sería una contradicción en los términos porque no reuniría los requerimientos necesarios para hablar de un derecho subjetivo en sentido estricto³⁶. Aún más, bajo estos parámetros, todos aquellos derechos –incluso los

³⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. al cast. de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 181-183 y 241-242; Hohfeld también señala que el término “derecho subjetivo” se utiliza sin advertir que a veces se trata de cuestiones distintas tales como privilegio, inmunidad, potestad o poder, en Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió, 1ª ed. Fontamara, México, 1991, págs. 46-50. Por su parte, Ferrajoli sostiene que se da un uso indiscriminado de la palabra “derecho subjetivo” referida a un similar cúmulo de figuras heterogéneas, viendo en ese uso el vehículo de una secular operación de mistificación a la que han contribuido tanto la tradición liberal como la socialista, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...* pág. 909.

³⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...* pág. 47.

³⁶ Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en: *Discusiones*, Doxa, No. 4. Alicante, 2004, pág. 15.

DCP– consagrados en convenciones internacionales que no puedan exigirse en sede jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, no podrían ser considerados verdaderos derechos.

Como hemos visto, en este apartado mi objetivo no ha sido analizar a profundidad el caso *Cinco pensionistas vs. Perú* ni la idoneidad estratégica del enfoque indirecto para la protección de los DESC, sino sólo ejemplificar cómo la noción de derecho subjetivo que hoy utilizamos para proteger los DDHH proviene de una tradición civilista y romanista, pese a que éstos derivan de una ascendencia teórica distinta, es decir, de la filosofía iusnaturalista y contractualista; y en este sentido, se ha construido la justiciabilidad de los mismos bajo el modelo de los derechos patrimoniales, lo cual ha tenido implicaciones negativas para los DESC, a tal punto de considerarlos derechos que por naturaleza no pueden ser exigidos judicialmente.

3. Dos aproximaciones a la justiciabilidad de los DDHH

Para los efectos de este artículo, considero que hay dos grandes aproximaciones a través de las cuales se puede hacer un acercamiento al tema de la justiciabilidad de los DDHH, la imperativista y la normativista. Ambas coinciden en que adscribir un derecho a un sujeto (S1) implica imponer un deber a otro sujeto (S2), precisamente el deber de satisfacer la pretensión o expectativa en la que consiste el derecho; sin embargo, discrepan en que para una (aproximación imperativista), cuando no existe jurídicamente el deber, no existe tampoco el derecho; y para la otra (aproximación normativista), un derecho existe en cuanto conferido a S1 por una norma –constitucional o internacional–, aún cuando no exista la garantía respectiva, por no haber sido dispuesta o predispuesta por otra norma que imponga a S2 el deber correspondiente. En otras palabras, desde la aproximación imperativista se niega la calidad de derechos a aquellos que están privados de las debidas garantías, mientras que desde la aproximación normativista se sostiene que tanto los derechos como las garantías necesitan ser normativamente establecidas, por lo que es posible que se den los primeros y que estén ausentes las segundas, con lo cual no estaríamos ante un no-derecho, sino ante una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar.

a. La aproximación imperativista

Bajo el parámetro del modelo kelseniano, cuando una norma atribuye un derecho a S1, implica imponer un deber a S2, el cual radica en satisfacer la pretensión o expectativa en la que consiste el derecho. En otros términos, un derecho subjetivo no es más que una pretensión atribuida a S1 frente a S2, al que se le impone un deber o una obligación correlativa. Por tanto, tener un derecho subjetivo frente a alguien significa que es posible exigirle un determinado comportamiento que constituye el contenido del derecho (el comportamiento que S1 puede exigir a S2). No obstante, para garantizar este derecho no es suficiente proclamarlo en una Constitución o en un tratado internacional, sino que es necesario disponer de los mecanismos adecuados para su protección³⁷. Por tanto, sólo pueden ser considerados verdaderos derechos aquellos cuyo cumplimiento puede ser exigido ante un órgano judicial o cuasi-judicial y éste exigir al sujeto que lo vulnera que cambie su conducta e indemnice al titular del derecho por los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

Así, la garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere, sino que tiene que ser instaurada por otra norma secundaria que instituya mecanismos idóneos para prevenir la violación de la primera, y prevea remedios en caso de que ésta sea inevitablemente infringida. Como bien es sabido, en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales actuales, los derechos están garantizados mayormente por mecanismos judiciales o cuasi-judiciales, aunque es posible también que sean garantizados a través de otras técnicas. En ese sentido, para que un derecho pueda ser exigido judicialmente se requiere que (a) tenga un contenido preciso, y (b) que pueda ser ejercitado frente a un sujeto determinado también de forma precisa. En otras palabras, el derecho de una persona es justiciable sí y sólo sí, a ese derecho le corresponde un deber (comportamiento claramente definido) de otro sujeto debidamente determinado³⁸.

³⁷ Guastini, Riccardo, "Derechos: una contribución analítica (draft)", en: Saucá Cano, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, págs. 128-132.

³⁸ *Ibidem*, págs. 133-134.

En consecuencia, que S1 tenga un derecho no solamente implica que se beneficia de la obligación ajena, a cargo de S2, sino también que S1 pueda exigir ante los tribunales el cumplimiento de dicha obligación; en otros términos, para que S1 tenga un derecho subjetivo no basta con que S2 tenga deberes u obligaciones a su respecto; además es preciso que las instituciones estén obligadas por normas jurídicas a imponer el cumplimiento de las obligaciones³⁹. Por tanto, uno de los rasgos fundamentales del derecho subjetivo es la posibilidad de que S1 pueda dirigir un reclamo ante una autoridad independiente para que haga cumplir a S2 con su obligación respecto de S1 o imponga reparaciones o sanciones por su incumplimiento. Esta posibilidad de exigir judicial o cuasi-judicialmente supone una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho en cuestión⁴⁰.

Sobre la base anterior, Guastini señala que se pueden distinguir dos clases de derechos: los “derechos verdaderos” y los “derechos de papel” o “derechos ficticios”. Los primeros serían aquellos (a) que son susceptibles de tutela jurisdiccional; (b) que pueden ser ejercitados frente a un sujeto determinado, y (c) cuyo contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, del mismo modo que lo es el sujeto que es su titular. Los segundos serían aquellos derechos que no cumplen con una de estas tres condiciones. Por tanto, cuando no existe jurídicamente el deber, no existe tampoco propiamente el derecho. Y así, un derecho conferido a S1 por una norma pero que no está garantizado por otra norma que imponga a S2 el deber correspondiente —mediante la previsión de sanciones— no es un verdadero derecho⁴¹.

Si bajo estos parámetros analizamos las disposiciones de DESC consagradas en muchas constituciones contemporáneas y en tratados internacionales de DDHH, como el PSS, concluiríamos que

³⁹ Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*. Trotta, Madrid, 1999, págs. 101-102.

⁴⁰ Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático...* pág. 6.

⁴¹ Guastini, Riccardo, “Derechos”, en: Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. De Jordi Ferrer i Beltrán. Gedisa Editorial, Barcelona, 1999, págs. 185-186.

aunque han sido formuladas como normas atributivas de derechos, en realidad no confieren ningún derecho verdadero, sino que son normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, a quien le recomiendan realizar un cierto programa o política económico-social para alcanzar determinados objetivos o fines sociales, pero que no son susceptibles de justiciabilidad, ya que aunque el legislador tiene la obligación de promover unos fines determinados, no tiene sin embargo ninguna obligación precisa por lo que respecta a los medios – a un medio determinado, entre los muchos que podrían ser usados para alcanzar dichos fines; e incluso, aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco podrían ser exigidos mediante garantías judiciales porque un juez no puede obligar al legislador a dictar leyes. Si bien un juez sí puede anular una ley que viole un DESC, no puede decir nada respecto a la inexistencia de una ley que lo desarrolle, dado que la omisión del legislador carece de cualquier clase de sanción⁴².

Todo lo anterior refleja la influencia de la visión kelseniana en relación con el derecho subjetivo, que a pesar de su aceptación casi generalizada, no toma en consideración la distinción existente entre los derechos y sus garantías, ya que identifica los DDHH con estas últimas, especialmente con su accionabilidad en juicio; bajo este modelo, los DESC reconocidos constitucional e internacionalmente no serían verdaderos derechos porque en la mayoría de los casos están desprovistos de garantías para su protección. Por tanto, como lo denuncia Angulo Sánchez, bajo esta concepción tales derechos “no pasarían de constituir meras aspiraciones, eso sí legítimas, objetivos a lograr, cuya insatisfacción sería, como mucho, denunciante ante la opinión pública a través de los medios de comunicación, por ejemplo, o poco más”⁴³.

En línea con la argumentación anterior, tomemos el ejemplo de una norma jurídica del tipo “S1 tiene un derecho frente a S2” y preguntémosnos, ¿dicha norma implica el enunciado “S1 tiene una

⁴² Guastini, Riccardo, “Derechos: una contribución analítica (draft)”... pág. 137.

⁴³ Angulo Sánchez, Nicolás, *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado. Conceptos, contenido, objetivos y sujetos*. IEPALA Editorial, Madrid, 2005, pág. 89.

obligación frente a S2”?, o por el contrario, ¿necesita ser producida expresamente para cobrar existencia? Evidentemente, la respuesta correcta es que el enunciado “S1 tiene un derecho frente a S2” implica que “S2 tiene una obligación frente a S1”; en otros términos, la norma que dicta la obligación de S2 existe en el ordenamiento jurídico en virtud de la existencia de la norma que atribuye el derecho a S1⁴⁴.

No obstante, también es posible encontrarnos con enunciados normativos del tipo “S1 tiene un derecho” sin especificar la identidad del sujeto que está obligado a satisfacerlo (S2). Tal es el caso de muchos DDHH, no sólo DESC, que únicamente enuncian que “S1 tiene derecho al trabajo (a la salud, a la vivienda, etc.)”, frente a lo cual, para que se pueda afirmar la existencia de las obligaciones correlativas a esos derechos, es necesario que el sujeto a quien incumbe dichas obligaciones (S2), quede también establecido o determinado en cualquier forma por las pertinentes normas de competencia⁴⁵.

Ante este último enunciado tenemos dos salidas, (a) aceptar que la falta de dichas normas de competencia comporta la inexistencia del derecho aunque éste venga adscrito por otra norma, o (b) admitir que en virtud de su sola emanación, la norma que adscribe el derecho existe, junto al derecho mismo, pero que en ausencia de la norma que instituye la obligación correlativa, resulta no actuada y nos encontramos en presencia de una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar. Desde una aproximación imperativista adoptaríamos la primera salida, lo cual implicaría admitir que un

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho”, en: Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales...* pág. 184.

⁴⁵ Ibidem, pág. 185. Valga aclarar que los tipos de enunciados que especifican claramente la identidad de los sujetos (el titular del derecho y el obligado) no es muy común en el lenguaje legislativo, y se da sobre todo en el lenguaje contractual, especialmente en el relacionado con la atribución de derechos patrimoniales, como es el caso de los derechos personales de crédito. En este caso, “no hay siquiera necesidad de hablar de normas implícitas: los derechos y las correlativas obligaciones son producidos, simultánea y contextualmente, como efectos del propio negocio, sobre la base de las normas hipotéticas que lo regulan. No es casual que Kelsen ejemplifique precisamente con este tipo de derechos, cuando sostiene que el derecho subjetivo no es más que ‘el reflejo’ de la obligación correspondiente”.

DDHH, sólo sería propiamente o plenamente un “derecho verdadero” si se puede hacer valer (ante órganos nacionales e internacionales judiciales o cuasi-judiciales) a través de sanciones, y en última instancia, recurriendo al uso de la fuerza, por ejemplo, para imponer el cumplimiento de la obligación de satisfacer dicho derecho. Esto provocaría la descalificación en el plano jurídico de las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los DDHH y la constitucionalización de los DESC, que se verían reducidos “a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes”⁴⁶.

b. La aproximación normativista

Desde esta aproximación un derecho existe en cuanto conferido a S1 por una norma jurídica aún cuando no exista la garantía respectiva (que debería existir) por no haber sido dispuesta por otra norma jurídica que imponga a S2 el deber o la obligación correspondiente. De este modo, (a) una cosa es el DDHH (subjetivo), que son las expectativas positivas (de prestación) o negativas (de no lesión) atribuidas a una persona por una norma jurídica, y (b) otra cosa muy distinta son los deberes correspondientes que constituyen las garantías, también dictadas por normas jurídicas, y que pueden ser obligaciones o prohibiciones (garantías primarias) u obligaciones de sanción o de declaración de nulidad cuando se violan las primeras (garantías secundarias)⁴⁷.

En otros términos, un DDHH es un “verdadero derecho” si la norma que lo atribuye ha sido adoptada legítimamente respetando las reglas de producción jurídica de un determinado ordenamiento o si se encuentra contenida en, o se deriva de, una disposición reconocida como fuente del derecho⁴⁸, que puede ser una Constitución o un tratado internacional. Desde esta concepción, se reconoce el carácter normativo de los DESC, dado que “concibe la relación entre el derecho

⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”... pág. 45.

⁴⁷ *Ibidem*, págs. 45-52.

⁴⁸ Bovero, Michelangelo, “Derechos, deberes, garantías”, en: Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trotta, Madrid, 2005, pág. 234.

y la garantía como implicación normativa y no mera descripción o constatación de un hecho jurídico (que podría no darse)". Se entiende así que "las garantías pertenecen al deber ser del ordenamiento: el derecho subjetivo se origina con la norma que lo estatuye y, a partir del acto de producción de ésta, existirá ya, normativamente, como tal. De tal existencia normativa se deriva para el legislador la obligación –jurídica y de coherencia– de disponer, con nuevos actos normativos, los instrumentos adecuados para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por aquél"⁴⁹.

En ese sentido, si los DDHH consisten en expectativas negativas a las que corresponden prohibiciones de lesión, y en expectativas positivas a las que corresponden obligaciones de prestación, estas prohibiciones y obligaciones se constituyen en sus garantías primarias, y cuando las mismas son vulneradas, la obligación de sancionar judicialmente y reparar sus violaciones, se constituye en la garantía secundaria⁵⁰. No obstante, es posible que un derecho exista en el sentido de que se encuentra adscrito a un sujeto por una norma jurídica, pero no exista la doble obligación de satisfacer el derecho (garantías primaria y secundaria), en el sentido de que no se halla impuesta a otros sujetos por alguna norma jurídica concreta, o no es fácilmente deducible de las normas existentes. Por ejemplo, el derecho a la salud puede ser adscrito por una norma a todas las personas pero simultáneamente pueden faltar (o tener demasiadas lagunas o contradicciones) las normas que instituyan las obligaciones correspondientes de los sujetos de las estructuras sanitarias encargados de aportar la debida asistencia médica o farmacológica a tales personas⁵¹, o las que faculden a los titulares del derecho exigir en sede judicial la reparación en caso de violación de dicho derecho.

Tal es el caso de los enunciados legislativos del tipo "S1 tiene un derecho", ya que no especifica la identidad del sujeto obligado (S2)

⁴⁹ Ibáñez, Perfecto Andrés, "Prólogo", en: Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Trotta, Madrid, 1999, ambas citas textuales corresponden a la pág. 12.

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales"... págs. 43 y 59-65.

⁵¹ Bovero, Michelangelo, "Derechos, deberes, garantías"... págs. 236-7, 243, nota 10.

ni en qué consiste su obligación (que es el contenido del derecho). Evidentemente, desde la aproximación normativista no diremos que estamos ante un “derecho de papel” o un “derecho ficticio”, sino ante una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar. Y en este caso, la laguna podría ser superada, en el ámbito nacional, si el parlamento adoptara una ley que especificara el sujeto obligado –S2– y el contenido preciso del derecho –la obligación o la prohibición que recae sobre S2– (garantía primaria), lo cual posibilitaría la exigencia en sede judicial de su cumplimiento y/o su reparación en caso de transgresión (garantía secundaria).

O en el plano internacional, si los Estados, por ejemplo, determinaran el contenido de los derechos y el alcance de sus obligaciones mediante una práctica general, constante, uniforme y duradera, si efectuaran declaraciones paraconvencionales, o si sus poderes legislativo o judicial realizaran actos que reconozcan la fuerza vinculante de las definiciones y delimitaciones hechas por otros órganos de la ONU en materia de DESC (garantía primaria), como la Organización Mundial de la Salud, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, etc. (OMS, OIT y UNESCO, respectivamente); o por órganos de la OEA como la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral, que engloba un Departamento de Educación y Cultura, y un Departamento de Desarrollo Social y Empleo, etc.⁵²; y finalmente, si los Estados ratificaran universalmente el Protocolo Facultativo del PIDESC para que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) reciba comunicaciones individuales⁵³ o si los

⁵² Sobre la costumbre como fuente de producción normativa, véase Remiro Brotons, Antonio, et al, *Derecho Internacional*. McGraw Hill, Madrid, 1997, págs. 317-329.

⁵³ Para un análisis del nuevo Protocolo Facultativo al PIDESC y del sistema de comunicaciones individuales establecido en él, me permito remitir a mis trabajos, “Avances y desafíos del derecho internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en: Fernando García, Luis (coord.), *Estudios en homenaje al 60 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-2008)*. FUNDap, México, 2008, págs. 83-102, y “Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en: *Revista CEJIL. Debates*

Estados americanos enmendaran el PSS con el objetivo de permitir que la CIDH y la Corte IDH puedan conocer peticiones individuales sobre todos los derechos contenidos en dicho instrumento (garantía secundaria).

Para ejemplificar todo lo anterior, digamos que en ausencia de la norma penal que prohíbe quitar la vida arbitrariamente (homicidio, asesinato) o privar la libertad sin autorización judicial, no existiría la garantía primaria del derecho a la vida ni la del derecho a la libertad personal; si faltara la norma que obliga al Estado a instaurar un sistema gratuito de defensores públicos y de traductores, no existiría la garantía primaria del derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado y por un intérprete si la persona inculpada no comprende o no habla el idioma del tribunal correspondiente. Evidentemente, si faltaran las normas relativas a la jurisdicción en general (penal, civil, laboral o administrativa) para exigir el cumplimiento, la sanción o la reparación en caso de vulneración de estos derechos, tampoco existirían las garantías secundarias para ninguno de ellos. A pesar de esto, las ausencias señaladas no autorizan a negar la propia existencia de tales derechos, sino solamente la de sus garantías.

Del mismo modo, en ausencia de una norma que prohíba la comercialización de medicamentos caducados y/o la contaminación de las aguas destinadas para el uso humano, no existiría la garantía primaria del derecho a la salud ni la del derecho a un medio ambiente sano; si faltara la norma que obliga al Estado a asegurar la educación primaria gratuita y la atención sanitaria básica, no existiría la garantía primaria del derecho a la educación pública ni la del derecho a la salud. También aquí es innegable que si faltaran las normas referentes al acceso a la jurisdicción para exigir el cumplimiento de tal prohibición u obligación, no existirían las garantías secundarias respectivas.

Es importante resaltar que cuando un derecho asume la forma de expectativas negativas e impone deberes de no hacer o de abstenerse,

sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Año III, No. 4, San José, Costa Rica, diciembre de 2008, págs. 119-130. Consúltense también la edición especial de la *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 27, No. 1, 2009 (Perspectives on a New Complaint and Inquiry Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights).

generalmente su violación se manifiesta a través de antinomias y su consecuente falta de validez de los actos –legislativos, administrativos o judiciales– que pueden ser anulados por vía jurisdiccional; y cuando un derecho asume la forma de expectativas positivas e impone deberes de hacer o dar, su violación se manifiesta mediante lagunas normativas y/o insuficiencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas más difíciles de accionar. De esta forma, es posible que junto al derecho de libertad de expresión (permiso) existan también los delitos de injuria y difamación (prohibición), sin que se niegue la existencia de ambas normas; y también es posible que no exista la obligación o la prohibición correlativa de un derecho subjetivo (lagunas primarias por la falta de garantías primarias) e incluso que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de la obligación o la prohibición (lagunas secundarias por la falta de garantías secundarias), sin que tampoco se niegue la existencia del derecho por carecer de las debidas garantías que el legislador tiene el deber de satisfacer⁵⁴.

En este sentido, a un DDHH que consista en una expectativa negativa –sea un DCP o un DESC– le corresponde la garantía primaria consistente en la prohibición para los poderes públicos de violarlos y la garantía secundaria consistente en la obligación de los tribunales de anular las normas que los violen; en el caso de un DDHH que consista en una expectativa positiva, le concierne la garantía primaria consistente en la obligación de los poderes públicos de disponer su satisfacción mediante leyes que introduzcan las obligaciones de las instituciones específicamente encargadas de ella, es decir, la obligación de colmar las lagunas que supone su ausencia, con lo cual podría ser objeto de control jurisdiccional. En otras palabras, a un derecho como la libertad de expresión le puede corresponder la prohibición del legislador de suprimir o limitar por ley dicha libertad (obligación de prohibir), cuya violación introduce una norma inválida –antinomia– por estar en contradicción con la Constitución; y a otro derecho como

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en: Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...* pág. 109; y Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”... pág. 48.

la salud es posible que le corresponda la obligación del legislador de introducir obligaciones correlativas, como la obligación de asistencia sanitaria (obligación de obligar), cuya violación introduce una laguna que también está en contradicción con la Constitución⁵⁵.

De esta forma, cuando se reconoce un derecho mediante una norma del tipo “S1 tiene un derecho”, que no especifica al sujeto obligado ni la obligación o prohibición que le incumbe (laguna), dicha norma contiene una obligación dirigida al legislador para que introduzca las garantías primarias y secundarias que faltan, es decir, para que imponga a alguien, mediante la previsión de sanciones, la satisfacción de aquel derecho; o sea, de instituir específicas garantías para el mismo, ya que la introducción de un derecho en un ordenamiento jurídico no puede tener otro sentido sino el de que el propio ordenamiento asume la obligación –imponiéndola a los poderes públicos– de velar por la satisfacción de la expectativa o pretensión en la que consiste ese derecho. Por tanto, es posible sostener que una norma que atribuye a S1 un DDHH se dirige implícita o explícitamente a los poderes públicos, no solamente prohibiéndole producir normas que contradigan ese derecho, sino también obligándole a garantizarlo, mediante la creación de las garantías (primarias y/o secundarias) adecuadas.

Haciendo uso de un pequeño esquema elaborado por Bovero podríamos decir que un derecho (D) contiene los siguientes deberes correspondientes: el deber (d1) del legislador de establecer normativamente el conjunto de deberes específicos cuya inobservancia coincide con la satisfacción de ese derecho – y este deber (d1) es siempre existente, está puesto implícitamente por la misma norma atributiva del derecho (D); el deber (d2) que engloba el conjunto de obligaciones específicas de observar los comportamientos indicados para satisfacer la expectativa o pretensión en la que consiste el derecho (D) – y este deber (d2) puede existir o no existir jurídicamente (no existiría si, por ejemplo, fuera imposible determinar el sujeto al cual atribuirlo). Por tanto, al derecho (D) corresponden tanto un deber (d1) siempre existente, como un deber (d2) eventualmente inexistente⁵⁶.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”... págs. 188-189.

⁵⁶ Para Bovero, “la obligación cuya existencia, como norma implícita, está implicada por la existencia de un derecho, como norma explícita (por ejemplo

Si retomamos el ejemplo del derecho a la salud, se puede decir que su garantía consiste en la obligación de satisfacerlo, la cual supone e incluye a su vez, la obligación de producir una legislación social que introduzca los órganos obligados a ofrecer las respectivas prestaciones, del mismo modo en que la garantía del derecho a la vida o del derecho a la integridad personal consiste en la prohibición de violarlos, que a su vez implica e incluye, a cargo del legislador –además de la prohibición de prohibir, o sea, de producir leyes que los contradigan– la obligación de producir una legislación penal que sancione como delitos o faltas las correspondientes lesiones a tales derechos. Si la asistencia sanitaria es la expectativa generada por una Constitución o el PSS que reconocen el derecho a la salud, pero la obligación correlativa a ella, es decir, el mecanismo para hacerla valer o la identidad del sujeto obligado no ha sido instituida normativamente, entonces estamos ante una laguna que debe ser superada mediante la introducción de otra norma que reconozca la garantía ausente. La introducción de esta otra norma que colme la ausencia de las garantías no es una cuestión discrecional de los poderes públicos sino una obligación implícita en el derecho mismo⁵⁷.

Pese a que en el ámbito internacional no existe ni un poder constituyente ni ningún modo de producción normativa, “cuyo funcionamiento no repose en el consentimiento común o consenso del conjunto de los Estados”⁵⁸, es posible deducir que aunque un tratado

constitucional), no es inmediatamente la obligación en la que consiste la garantía (primaria) de la satisfacción del derecho, ya que dicha garantía puede ser inexistente –es decir, no es la obligación de sostener cierto comportamiento (por ejemplo, una cierta prestación sanitaria) cuya ejecución satisfaga la expectativa-derecho (por ejemplo, el derecho a la salud de un cierto sujeto), ya que puede no existir, o no ser identificable claramente, en lo individual, ni siquiera el sujeto a quien imputarle la obligación–, sino que es la obligación, para los poderes públicos, de introducir aquella misma garantía, es decir de crear las normas dirigidas a asegurar jurídicamente la satisfacción del derecho en cuestión: una obligación que, como todas las obligaciones, puede (de hecho) desobedecerse”, Bovero, Michelangelo, “Derechos, deberes, garantías”... págs. 237-239.

⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”... págs. 190-191.

⁵⁸ Mariño Menéndez, Fernando M., “Los límites de la noción formal de orden público internacional”, en: Salinas de Frías, Ana y Marina Vargas Gómez-Urrutia

internacional no contenga expresamente la obligación de los Estados de garantizar que toda persona cuyos DESC hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo, la provisión de recursos judiciales es una de las medidas apropiadas que deben adoptar para implementar estos derechos, y para promover su disfrute sin discriminación; por tanto, cuando uno de los derechos consagrados en el PSS no se pueda ejercer plenamente sin la intervención de los tribunales, es preciso instituir los recursos judiciales necesarios⁵⁹.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado que el derecho a ser oído con las debidas garantías tiene un alcance amplio pues no se limita sólo a la materia penal, sino también a otros ámbitos como el administrativo y el laboral, ya que obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas es un DDHH que debe respetarse en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas⁶⁰, incluidos, evidentemente, los DESC. Por tanto,

...las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos cuando se dé una violación de tales derechos. Sin embargo, cuando un Estado pretenda justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los [DESC] tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados”... o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios⁶¹.

Hay que resaltar que el derecho a un recurso efectivo no implica necesariamente la existencia de un recurso judicial, ya que los recursos administrativos también pueden ser adecuados en muchos casos, siempre y cuando sean accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces.

(coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II. Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pág. 831.

⁵⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), Observación General No. 9 (1998), *La aplicación interna del Pacto*, párr. 7-10.

⁶⁰ Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 125-127.

⁶¹ CDESC, Observación General No. 9... Las citas textuales corresponden, en su orden, a los párrafos 2 y 3.

De cualquier manera, en diversas ocasiones siempre será necesario “establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos.... Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación, respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones de [la CADH]. En otras palabras, cuando un [DESC] no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales”⁶².

El literal i) del artículo 45 de la Carta de la OEA establece que los Estados miembros han convenido en dedicar sus máximos esfuerzos a la adopción de disposiciones “adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos”, lo cual sin duda viene a complementar lo estipulado en los artículos 8.1 y 25 de la CADH en relación con las garantías judiciales y la protección judicial, respectivamente. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Carta de la OEA es un instrumento vinculante y por tanto, fuente de obligaciones jurídicas para los Estados Partes, y que el artículo 45 se encuentra bajo el capítulo VII sobre “Desarrollo integral” correspondiente a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura a las que remite el artículo 26 de la CADH, parece claro apuntar que se reconoce un derecho de acceso a la asistencia legal.

El reconocimiento de este derecho implica que debe aplicarse a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA; y que los Estados tienen la obligación (positiva) de garantizar la defensa jurídica de los derechos de las personas que por sus propios medios no pueden acceder a los servicios de abogacía. Por tanto, “debido al escaso desarrollo que existe en la Carta de la OEA de los [DCP], su base de aplicación más directa son las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultural que ella misma establece”⁶³.

⁶² Ibidem, párr. 9.

⁶³ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... Las citas corresponden a la pág. 39.

Bajo estos parámetros, es posible sostener que la debilidad técnica de muchos DESC en el sentido de la dificultad para exigirlos judicialmente o cuasi-judicialmente, no se debe a un defecto genético o natural, sino que responde sobre todo a decisiones de política legislativa, pues cuando faltan sus garantías primarias (obligaciones y prohibiciones en las que consiste el derecho) y sus garantías secundarias (obligaciones que incumben a los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la anulación en presencia de actos inválidos o ilícitos que violen las garantías primarias), estamos ante una violación del deber o la obligación que tienen los poderes públicos de producir las normas necesarias para garantizar efectivamente estos derechos (d1), en virtud de que cuando se reconoce un DDHH en un ordenamiento jurídico, se crea una expectativa normativa en el sentido de que el propio ordenamiento asume la obligación (imponiéndola a dichos poderes públicos) de asegurar la satisfacción de la expectativa en la que consiste ese derecho⁶⁴.

4. La decisión de la Corte IDH en relación con el art. 26 de la CADH: jurisdicción y políticas públicas

En sus alegatos, la CIDH y los representantes de las víctimas sostuvieron que el Estado peruano había violado el artículo 26 de la CADH al aprobar el Decreto-Ley No. 25792, pues éste constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme al Decreto Ley No. 20530 y sus normas conexas. En este sentido, el Estado tenía la obligación de orientarse progresivamente hacia la plena efectividad del derecho a la seguridad social, lo que implicaba la correlativa prohibición de regresividad. Los representantes de las víctimas también sostuvieron que la disminución de los montos jubilatorios era una medida que vulneraba el principio de progresividad consagrado en el artículo 26, el cual no podía ser socavado bajo el pretexto de la falta de recursos económicos, mucho menos cuando se trata de grupos vulnerables de la población como los jubilados y pensionados⁶⁵.

⁶⁴ Bovero, Michelangelo, “Derechos, deberes, garantías”... págs. 236-237.

⁶⁵ Corte I.D.H., Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú... párrs. 142-143.

De lo anterior se desprende que la CIDH y los peticionarios consideraban (a) que el derecho a la seguridad social es uno de los derechos derivados de las normas pertinentes de la Carta de la OEA; (b) que el derecho a la seguridad social incluye el derecho a percibir pensiones de jubilación o retiro, y (c) que el Estado no puede empeorar injustificadamente el nivel de goce de ese derecho. Por tanto, su demanda representaba una gran oportunidad para que la Corte IDH diera el primer paso jurisprudencial para avanzar en la determinación del alcance y contenido del artículo 26 de la CADH en conexión con la Carta de la OEA y la Declaración Americana⁶⁶. Así, de manera escueta pero con implicaciones profundas para la protección de los DESC en el Sistema Interamericano, la Corte IDH sostuvo que

Los [DESC] tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el [CDESC] de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los [DESC] en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los [DESC] en el Perú, en el marco de este caso⁶⁷.

De esta afirmación es necesario destacar varias cosas. En primer lugar, la Corte IDH reconoce que los DESC tienen una doble dimensión, la individual y la colectiva; en virtud de la primera, se admite la justiciabilidad del derecho a la seguridad social en su conexión con el derecho de propiedad aunque utilizando los principios de interpretación del artículo 5 del PSS, que son propios de los DESC. Evidentemente, esta aseveración se contradice con la dimensión colectiva que el Tribunal interamericano le atribuye al derecho a la seguridad social, en el sentido de sugerir que la única forma de

⁶⁶ Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... pág. 58.

⁶⁷ Corte I.D.H., Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú... párrs. 147-148.

examinar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de DESC es en relación con el conjunto de la población, lo cual limita su justiciabilidad pues sólo podría ser objeto de revisión por una entidad técnico-política. Parece que con esta posición, la Corte IDH no toma en cuenta que una parte importante del litigio de DESC se refiere a la situación de grupos o colectivos de personas, es decir, ni a individuos aislados, ni al total de la población⁶⁸.

En segundo lugar, si bien el Tribunal interamericano se fundamenta en la doctrina del CDESC para analizar la cuestión del desarrollo progresivo, la utilización que hace de ella y las conclusiones a las que llega son contrarias a la interpretación dada por el órgano de la ONU, en el sentido de que para éste la noción de progresividad establecida en el PIDESC no está reñida con la justiciabilidad de los derechos en él contenida. Así, el CDESC ha reconocido que el PIDESC contempla una realización paulatina de tales derechos y tiene en consideración las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, pero también ha señalado que este instrumento impone varias obligaciones con efecto inmediato, como la de adoptar medidas, entre las que destaca la de ofrecer recursos judiciales, puesto que todos los DESC poseen en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones de justiciabilidad⁶⁹. La reflexión del CDESC también podría aplicarse a la CADH, y por tanto, no se explica por qué la Corte IDH llegó a una conclusión tan diferente⁷⁰.

⁶⁸ Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... págs. 58-59 y 62. En su voto concurrente razonado, el Juez García Ramírez entiende “que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste... La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada ‘justiciabilidad’ de aquéllos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional”.

⁶⁹ CDESC, Observación General No. 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párr. 1; CDESC, Observación General No. 9 (1998), *La aplicación interna del Pacto*... párr. 10.

⁷⁰ Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... pág. 59.

En tercer lugar, la Corte IDH señala en su sentencia que el desarrollo progresivo de los DESC se debe medir en función de su creciente cobertura sobre el conjunto de la población “y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”. Pareciera que el Tribunal interamericano considera que podría analizar la noción de desarrollo progresivo, siempre y cuando se trate de casos que involucren al conjunto de la población o a un sector que sea representativo de la situación general, y por tanto, la aplicación del artículo 26 estaría limitada a estos dos supuestos⁷¹. Si éste es el razonamiento de la Corte IDH, hay que preguntarse, ¿cuál es la norma convencional que la faculta para examinar la situación general de los DDHH en un país?, pues en virtud del artículo 62 de la CADH sólo tiene competencia para conocer sobre casos de individuos o de grupos de individuos. En virtud del artículo 41 de la CADH, el único órgano facultado para conocer sobre la situación general de los DDHH es la CIDH, por lo tanto, en este caso, los peticionarios son cinco individuos concretos que en virtud del artículo 44 del mismo instrumento, pueden presentar una denuncia ante los órganos del Sistema Interamericano. Tal como lo señala Courtis, esta interpretación de la Corte IDH “podría entenderse como una lápida a las posibilidades de justiciabilidad del artículo 26 de la Convención”⁷².

En el mismo sentido se manifestó el Juez de Roux Rengifo en su voto razonado a la sentencia, pues para él

...el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al *test* del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer –a diferencia

⁷¹ Señalan Abramovich y Rossi que el pronunciamiento de la Corte IDH no es claro. “Los términos ‘representativos de la situación prevaleciente’ son por demás ambiguos y no dan pautas suficientes para delimitar el ámbito de aplicación de la norma”, en Abramovich, Víctor y Julieta Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... pág. 468.

⁷² Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... pág. 61.

de lo que ocurre con la Comisión— una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los [DCP], ya sean los [DESC]. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de [DDHH] de personas determinadas, sin que la Convención exija a éstas que tengan que alcanzar determinado número.

Además, es importante recordar que los supuestos de violaciones de DESC pueden darse en el plano individual, en el colectivo en términos de ciertos sectores o grupos, y en el marco de toda la población. Por lo tanto, el cumplimiento de la no regresividad debe medirse precisamente en cualquiera de esas situaciones, caso contrario, la aplicación del artículo 26 se vería considerablemente limitada, lo que iría en contra de su letra y espíritu, y dejaría a los Estados una amplia discrecionalidad para adoptar disposiciones que afecten a grupos específicos o a víctimas individuales. Bajo estos parámetros, la interpretación realizada por la Corte IDH no es congruente con los estándares desarrollados por el CDESC “y parece obligarla a realizar en el marco de un caso individual la supervisión de situaciones generales, lo que no está dentro de su limitada competencia”⁷³.

Del breve análisis realizado por la Corte IDH respecto del artículo 26 pareciera no haber duda acerca de su intención de limitar el alcance de este artículo como base para la protección de los DESC; incluso, si tomamos en cuenta los otros casos en los que se le ha planteado examinar violaciones del artículo 26 y en los cuales el Tribunal interamericano ha evitado pronunciarse⁷⁴, da la sensación de haber impedido el examen de dicho artículo en cualquier caso contencioso⁷⁵.

⁷³ Abramovich, Víctor y Julieta Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... pág. 469.

⁷⁴ Por ejemplo, en el Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay, párr. 255, la Corte IDH concluye en su sentencia que “ya ha realizado un análisis respecto de las condiciones referentes a la vida digna, salud, educación y recreación en las consideraciones respecto de los artículos 4 y 5 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma y con el artículo 13 del Protocolo de San Salvador. Por ello, este Tribunal considera que no es necesario pronunciarse respecto del artículo 26 de la Convención”.

⁷⁵ Cavallaro, James L., y Emily J. Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en: *Hastings Law Journal*, No. 56. 2004-2005, págs. 263-264.

También parece que detrás del análisis que hace la Corte IDH sobre el artículo 26, se entrevé su reticencia a tratar en un caso judicial temas relacionados con el diseño e implementación de políticas públicas y con la disposición de recursos, posiblemente por temor de decidir sin información suficiente.

Evidentemente, detrás de esta reticencia se encuentra la concepción muy extendida de que los tribunales no cuentan con la legitimidad democrática para conocer sobre tales asuntos en el sentido de que con la intervención judicial se implantaría en los sistemas representativos un inaceptable componente contra-mayoritario y, en consecuencia, anti-democrático, ya que los representantes del pueblo elegidos democráticamente serían suplantados por un pequeño grupo de jueces en el diseño de las políticas sociales y en la conducción de la economía, y peor aún, al invalidar u objetar ciertas políticas públicas, los tribunales estarían constitucionalizando, de manera indirecta, un modelo económico y de desarrollo determinado. Aunado a ello, se arguye que los tribunales (a) no tienen la capacidad técnica para conocer asuntos en materia económica y social; (b) que sus decisiones pueden tener consecuencias financieras negativas debido a que no conocen ni manejan las estrategias de recaudación de impuestos y de obtención de recursos para financiar las políticas sociales, y (c) que aunque fueran cautelosos en ello, no contarían con las herramientas procesales apropiadas para ejercer la función de tutela que los DESC requieren⁷⁶.

En relación con el argumento de la incompetencia técnica de los jueces para conocer asuntos complejos en materia económica y social, parece que se elude la otra cara de la realidad de la función judicial, en el sentido de que con frecuencia los tribunales resuelven casos que involucran cuestiones económicas importantes en áreas como la laboral, penal, económica, sucesorias, contractuales, mercantiles, etc., que “suelen encerrar tasaciones y gestión de bienes, estipulación de daños y perjuicios, cálculos de intereses y de lucro cesante, y otras cuestiones de indudable complejidad”⁷⁷. En muchos de estos

⁷⁶ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta, Madrid, 2007, págs. 89-90.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 95.

casos, los jueces se apoyan en informes técnicos y en la opinión de peritos especializados, de la misma manera que los parlamentos se apoyan en estas figuras para decidir sobre leyes o políticas que tengan consecuencias financieras, e incluso forman comisiones y/o subcomisiones legislativas en ámbitos como la industria y comercio, finanzas, obras públicas y transporte, presupuestos, desarrollo, recursos, etc. que cuentan con asesores, técnicos y especialistas en cada materia⁷⁸.

En el caso “Cinco pensionistas”, el procedimiento contencioso le permitía a la Corte IDH solicitar a las partes toda la información necesaria, pues en virtud del artículo 47 de su actual Reglamento podía (a) hacer uso de la opinión de peritos especializados en la materia; (b) solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtuviera información, que expresara una opinión o que hiciera un informe o dictamen al respecto, o (c) comisionar a uno o varios de sus miembros para que realizaran cualquier medida de instrucción. A su vez, por un lado la CIDH podía aportar la información que había recabado mediante sus informes anuales, especiales, por país, etc.⁷⁹; y por el otro, el Estado tendría sobre sus espaldas la carga de la prueba para demostrar y justificar que las medidas regresivas adoptadas están dentro de los límites impuestos por la CADH y por el PSS. Todo esto nos permite concluir que desde un punto de vista conceptual, “los estándares para evaluar la acción u omisión estatal en esta materia no difieren mayormente de los estándares aplicables en el litigio en materia de [DCP]”⁸⁰.

⁷⁸ En muchos casos, los propios miembros del parlamento no tienen competencia técnica en asuntos de políticas públicas en general, incluso, en muchos países no es difícil encontrarnos con parlamentarios que no tienen ningún tipo de formación; por ello, los asesores técnicos, consultores independientes, peritos, comisiones y subcomisiones especiales, etc. (no elegidos democráticamente) son indispensables para el trabajo parlamentario.

⁷⁹ La Corte IDH también puede recabar información de los informes periódicos respecto de las medidas progresivas que los Estados hayan adoptado para garantizar el respeto de los DESC; estos informes deben ser presentados al Secretario General de la OEA quien los transmitirá a los órganos pertinentes de la OEA, en virtud de la obligación estatal contenida en el art. 19.1 y 19.2 del PSS.

⁸⁰ Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... págs. 62-63.

De esta manera, ante la tesis de que las cuestiones que implican una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales, el propio CDESC ha sostenido que

Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los [DESC] que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad⁸¹.

Dicho todo esto, es claro que, por un lado, el argumento de la falta de capacidad técnica de los jueces es superable y, por otro, que el uso de este tipo de recursos por su parte, es un asunto que hasta el momento tiene la aceptación inequívoca de la comunidad jurídica y política. Así, la experiencia nos muestra que la intervención judicial en casos relativos a DESC no ha implicado ninguna vulneración del principio democrático y de separación de poderes, sino más bien lo ha reforzado y ha promovido la garantía de la igual dignidad de las personas⁸². En este punto es necesario recordar que con la superación de los dogmas liberal-positivistas de la infalibilidad del legislador y de la inatacabilidad de sus decisiones, y la consiguiente creación de mecanismos de vigilancia de las normas legales para garantizar la supremacía constitucional, los tribunales ya no se limitan a ser la *buche de la loi*, según la metáfora de Montesquieu, sino que están llamados a contrastar críticamente las actuaciones de todos los poderes públicos con la Constitución y con los pactos internacionales ratificados por los Estados.

⁸¹ CDESC, Observación General No. 9 (1998)... párr. 10.

⁸² En ese sentido, los tribunales constitucionales han ido desarrollando mecanismos que muestran ser útiles para controlar la falta de aplicación de políticas públicas reconocidas constitucionalmente, tales como las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, las sentencias con efectos aditivos, tanto de prestación como de principio, e incluso las sentencias de inconstitucionalidad por omisión; por todos véase, Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*, 1ª ed. Icaria, Barcelona, noviembre 2003, págs. 166-173.

De esta manera, el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las leyes está justificado al menos por tres razones importantes: (a) que existe una posibilidad real de desviación práctica legislativa; (b) que todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución y a los instrumentos internacionales de DDHH ratificados por el Estado en cuestión, y (c) que en las democracias contemporáneas la tutela de los DDHH no puede dejarse exclusivamente en manos del poder legislativo, que por lo general muestra poca sensibilidad hacia las demandas sociales que no se traducen en beneficios electorales inmediatos⁸³.

Finalmente, además de la reticencia de la Corte IDH para analizar un asunto que podría lindar con cuestiones de política pública, quisiera traer a colación que para Melish, el Tribunal interamericano cometió dos errores analíticos respecto del artículo 26: uno relativo a la naturaleza de los DESC y otro relacionado con la naturaleza de las obligaciones que generan tales derechos en contextos judiciales. Estos dos errores pueden encontrarse esbozados en los argumentos de los propios litigantes del caso (tanto de la CIDH como de los representantes de las víctimas) y en los dos *amicus curiae* que presentaron dos organizaciones de la sociedad civil, quienes basaron sus alegatos en torno al concepto de “desarrollo progresivo” y en la correlativa “prohibición de regresividad” en relación con el derecho a la seguridad social en general, y el derecho a una pensión en particular. Para esta autora, estas dos nociones, que miden los logros basados en resultados sobre la totalidad de la población, son inapropiadas como estándares jurídicos en procesos contenciosos individuales, particularmente en el ámbito supranacional, en donde son clave los requisitos de la justiciabilidad, tales como la causalidad y el daño verificable a personas debidamente identificadas⁸⁴.

⁸³ Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, prólogo de Tomás-Ramón Fernández Rodríguez. Trotta, Madrid, 1997, págs. 211-213; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...* pág. 93.

⁸⁴ Melish, Tara, “A pyrrhic victory for Peru’s pensioners: Pensions, property, and the perversion of progressivity”, en: *Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año I, No. 1. San José, Costa Rica, diciembre de 2005, pág. 52.

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo asumido por el CDESC se puede constatar que éste ha planteado dos caminos para vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de DESC. Por un lado, la tipología tripartita de obligaciones de respetar, proteger y realizar; y por otro, la del concepto de realización progresiva. Sobre esta base, Melish señala que la primera puede ser perfectamente llevada al ámbito de un procedimiento contencioso de un sistema de peticiones individuales, y en este sentido, es aplicable a la dimensión individual de los DESC; y la segunda se desarrolla en el ámbito de los sistemas de informes periódicos, de monitoreo y de promoción de los derechos sin hacer referencias a casos específicos o individuales, y por tanto, es aplicable a la dimensión social de tales derechos. Para esta autora, el error de los peticionarios fue tratar de aplicar en la dimensión individual del derecho a la seguridad social, los desarrollos teóricos del CDESC en relación con las nociones de progresividad y no regresividad, las cuales no están destinadas a medir los perjuicios causados por la conducta de un Estado en un caso concreto, sino en un ámbito más general⁸⁵.

Sin duda alguna la tesis anterior desvela elementos importantes que deben tomarse en cuenta en futuras alegaciones de violaciones a los DESC contenidos en el artículo 26; no obstante, al delimitar y caracterizar de manera absoluta la tipología tripartita de obligaciones como justiciables, y la noción de progresividad/regresividad como no justiciables y sólo objeto de supervisión técnica-política, no se toma en cuenta que las obligaciones de respetar, proteger y cumplir también incluyen elementos de una obligación de conducta y de una obligación de resultado, y que la noción de progresividad y la prohibición de regresividad resultan ser una herramienta fundamental para someter a control judicial o cuasi-judicial su cumplimiento por parte de los Estados. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud la obligación de conducta puede implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna, mientras que la obligación de resultado demanda que los Estados cumplan

⁸⁵ *Ibidem*, págs. 57-64.

objetivos concretos que satisfagan una norma jurídica específica⁸⁶. Del mismo modo, en el caso del derecho a no ser torturado el Estado tiene la obligación de conducta de abstenerse de aplicar la tortura y la obligación de resultado de prevenirla y erradicarla en su territorio.

Sin embargo, es importante resaltar que aunque la tipología de las obligaciones de respetar, proteger y cumplir sigue siendo útil en otros ámbitos, debe entenderse que no fue desarrollada en o para el contexto de la aplicación judicial o cuasi-judicial de los DESC, sino más bien como un esfuerzo por explicar, utilizando términos legales, su aplicación en otras instancias que no eran las judiciales⁸⁷. Por ello, existen un par de dificultades potenciales asociadas con la utilización de esta triple tipología en el sentido de que, en primer lugar, la misma tiende a asumir una clara relación entre el contenido de las obligaciones del Estado, por un lado, y los derechos por el otro. De este modo, da la impresión de que las obligaciones estatales agotan el contenido del derecho en cuestión, y viceversa; y por tanto, cuando no hay una obligación no hay un derecho, y cuando no hay un derecho no hay una obligación, tal como lo analizamos en los apartados sobre la aproximación imperativista y normativista. En segundo lugar, el establecimiento de la tipología tripartita a menudo induce a enmarcar de cualquier manera toda transgresión de los DESC en el ámbito de las obligaciones de respetar, de proteger o de cumplir, pero sin detenerse más profundamente en el análisis de las causas y procesos que las provocan, que tiene que ver más con la forma en que la sociedad está estructurada y en que la riqueza está distribuida⁸⁸.

⁸⁶ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, Países Bajos, 22-26 de enero de 1997, No. 7. Este documento, adoptado por un grupo de expertos, constituye una fuente interpretativa importante a la que acude con frecuencia el CDESC.

⁸⁷ Scheinin, Martin, "Justiciability and the indivisibility of human rights", en: Squires, John, et al, (ed.), *The road to a remedy. Current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Australian Human Rights Centre/The University of New South Wales/Centre on Housing Rights and Evictions, Australia, 2005, págs. 19-20.

⁸⁸ Craven, Matthew, "Assessment of the Progress on Adjudication of Economic, Social and Cultural Rights", en: Squires, John, et al, (ed.), *The road to a remedy...* págs. 32-36.

Por otra parte, aunque la noción de progresividad está más relacionada con la dimensión social de un derecho –sea DCP o DESC–, ello no obsta para que no pueda ser objeto de control judicial o cuasi-judicial, como es el caso, por ejemplo, de la regresividad normativa en el sentido de que se adopte una nueva norma que al compararla con la norma que es derogada por ella, suprime, limita o restringe derechos existentes con anterioridad⁸⁹. Además, si se cuenta con un sistema de indicadores que permita establecer los avances logrados desde el momento en que un Estado asumió el compromiso de avanzar hacia adelante en la realización de ciertos derechos, y por lo tanto, asumiendo que la regresividad está prohibida, no hay razones técnicas ni teóricas que imposibiliten denunciar judicialmente aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido, sea de un individuo o de un colectivo.

Por todo lo anterior, Courtis sostiene que en términos prácticos la sentencia de la Corte IDH nos plantea la necesidad de actuar con cautela al momento de activar su competencia contenciosa en relación con el artículo 26 de la CADH, en el sentido de que quizá sea necesario que la CIDH y los peticionarios asuman la carga argumentativa adicional de demostrar no sólo la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas –en este caso a los cinco pensionistas–, sino también la de demostrar que la transgresión tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho aislado sino de una política pública con repercusiones globales relevantes. Evidentemente es difícil articular una acción colectiva de estas características, por eso, el número reducido de víctimas que denuncien tales hechos ante la CIDH o la Corte IDH deben demostrar que constituyen una “muestra” de quienes sufren las consecuencias de las violaciones alegadas en función de un contexto general. Si bien en términos prácticos esta estrategia podría lograr sus frutos, en términos normativos sería una “carga” adicional para las víctimas que no está contemplada en la

⁸⁹ Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en: Courtis, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, págs. 3-4.

CADH “aunque podría entenderse como salvaguarda formal que permita a la Corte medir la relevancia de los planteos en un campo novedoso en el que aún no se han generado estándares judiciales en el sistema”⁹⁰.

Aunque el argumento anterior pueda servir como estrategia práctica para avanzar en la protección jurisdiccional de los DESC en el Sistema Interamericano, se debe resaltar que el requisito de la “representatividad” que crea la Corte IDH encubre los prejuicios filosóficos en torno a los DESC que aún se mantienen vivos en el análisis de los jueces, y que hacen considerar a estos derechos cualitativamente diferentes de los DCP, en el sentido de que estos últimos pertenecen al ámbito del individuo aislado, mientras que los primeros al ámbito de los grupos, de los colectivos, sobre todo de los pobres y los desaventajados. El Tribunal interamericano concretó en la práctica esta visión al determinar que a los cinco pensionistas –no representativos de la situación general– se les había violado un DCP –el derecho de propiedad–, pero determinó que no tenían legitimidad para demandar el respeto de un DESC –el derecho a la seguridad social– en tanto no representaban al conjunto de la sociedad. Considerando que las denuncias de violación del derecho de propiedad y del derecho a la seguridad social eran sólo dos lados de la misma moneda, el estándar ladeado de la Corte IDH carece de una base normativa que no tiene asidero en la CADH y que debería ser objetado jurídicamente. Por lo tanto, bajo este parámetro debe rechazarse la posibilidad de que las víctimas tengan que aceptar la carga adicional de probar la “representatividad” de su caso cuando se alegue la violación del artículo 26 de la CADH⁹¹.

⁹⁰ Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... págs. 63-64.

⁹¹ Melish, Tara, “A pyrrhic victory for Peru’s pensioners: Pensions, property, and the perversion of progressivity”... págs. 59-60.

5. Exigibilidad judicial y exigibilidad política: herramientas complementarias para la plena implementación de los DESC

El análisis del caso *Cinco pensionistas vs. Perú* nos ha permitido ejemplificar cómo ciertos prejuicios y confusiones conceptuales en torno a la justiciabilidad de los DESC, hacen que los tribunales eviten pronunciarse de forma autónoma sobre asuntos relacionados con tales derechos y que prefieran adoptar su protección en conexión con los DCP. Hay quienes señalan que es preferible utilizar este enfoque indirecto, ya que de esta forma puede haber más posibilidades de éxito en el litigio, un aumento en la probabilidad de efectuar cambios en el mundo real y mantener el nivel de credibilidad de los mecanismos de supervisión supranacionales. En contraste, el enfoque directo mediante el cual se alega violaciones de normas internacionales que específicamente se refieren a los DESC, como el artículo 26 de la CADH, hasta la fecha ha tenido muy poco éxito por una variedad de razones teóricas, prácticas y políticas, tal como lo demuestra el hecho de que aunque algunos peticionarios han alegado ante la Corte IDH la transgresión del artículo 26, el Tribunal interamericano se ha negado consistentemente a resolver tales reclamaciones⁹².

Sin embargo, asumir únicamente el enfoque indirecto por cuestiones prácticas y hacer a un lado el enfoque directo, tiene el peligro de fortalecer la concepción de que unos y otros derechos son diferentes, en el sentido de que los DCP son de cumplimiento inmediato mientras que los DESC carecen de obligaciones exigibles; además, aunque el enfoque indirecto proporciona una especie de trampolín para alcanzar la justiciabilidad de los DESC, es preciso dejar claro que su utilización no puede significar la reducción de los DESC a un aspecto particular de los DCP; por el contrario, debe ayudar a liberar su potencial justiciabilidad⁹³. Por eso, considerando que el Sistema Interamericano cuenta con importantes herramientas normativas para que, desde una

⁹² Cavallaro, James L. y Emily J. Schaffer, "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas"... págs. 263 y 281.

⁹³ Scheinin, Martin, "Justiciability and the indivisibility of human rights"... págs. 20-23.

perspectiva jurisdiccional, se pueda litigar directamente un asunto relacionado con los DESC, no hay razones para optar *prima facie* por el enfoque indirecto. Así, podemos encontrar disposiciones habilitantes para el litigio directo en la Declaración Americana y en la CADH; y de una forma más limitada, en el PSS y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)⁹⁴.

En virtud de lo anterior se puede concluir que ambos enfoques son necesarios en el litigio de casos relativos a los DESC, y la opción de uno u otro estará condicionada a las circunstancias propias de cada caso, por lo que en algunas ocasiones será preferible adoptar el enfoque indirecto y en otras, el enfoque directo. Es evidente que en el Sistema Interamericano se ha avanzado de manera consistente en cuanto al enfoque indirecto, por ello, es necesario articular alegaciones sólidas que permitan abrir también el camino jurisprudencial al enfoque directo. De cualquier forma, lo importante es activar la competencia contenciosa de la CIDH y de la Corte IDH, pues al permitir que conozcan y se pronuncien sobre la posible violación de un DESC (a) se promueve la creación de una jurisprudencia en la materia, en el sentido de que la creación de un recurso individual reforzaría la capacidad de los órganos interamericanos de dar mayores aclaraciones sobre las normas que obligan a los Estados, así como de crear precedentes judiciales o cuasi-judiciales en materia de DESC⁹⁵, y (b) se permite que las víctimas tengan posibilidades reales de obtener una reparación

⁹⁴ Melish, Tara J., “Rethinking the ‘Less as More’ Thesis: Supranational litigation of economic, social and cultural rights in the Americas”, en: *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, Issue 2, 2007, págs. 177 y 212, 214-215. Para un debate interesante sobre estrategias de litigio directo e indirecto, además de los ya citados artículos de Cavallaro y Schaffer, y de Melish, véase Cavallaro, James L. y Emily Schaffer, “Rejoinder: Justice before justiciability: Inter-American litigation and social change” y Melish, Tara J., “Counter-rejoinder: Justice vs. justiciability?: Normative neutrality and technical precision, the role of the lawyer in supranational social rights litigation”, en: *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, Issue 2, 2007, págs. 345-384 y 385-416, respectivamente.

⁹⁵ Mariño Menéndez, Fernando M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas” en: *Revista Derechos y Libertades*, No. 6. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, febrero 1998, pág. 94.

adecuada, ya que no es difícil argumentar que las personas que han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos tienen derecho a un recurso que remedie dicha situación; por tanto, los esfuerzos dirigidos a la prevención de transgresiones de los DESC deben hacer hincapié en la necesidad de lograr que las víctimas tengan acceso a una indemnización, restitución y reparación⁹⁶.

Es innegable que pese a lo necesario que son la denuncia y la construcción de casos en materia de violaciones de DESC, no son suficientes para avanzar en el desarrollo de esta materia. Aunque el “caso construye precedentes mediante el desarrollo de jurisprudencia; permite ver dónde está ubicado el Estado; evidencia sus contradicciones; permite identificar patrones y avanzar en estrategias”⁹⁷, por sí solo no es suficiente para promover y proteger efectivamente los DDHH en general y los DESC en particular⁹⁸. Se necesita, además, la movilización organizada de las fuerzas sociales y políticas, y la de una ciudadanía crítica y participativa que logre poner y mantener en el debate público la obligación estatal de lograr la plena realización de estos derechos como un asunto prioritario para la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho⁹⁹.

En tal sentido, los DDHH en general, y los DESC en particular, son algo más que un simple reclamo legal justificado, son “uno de

⁹⁶ Leckie, Scott y Anne Gallagher (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights. A legal resource guide*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, pág. xxiv.

⁹⁷ Bolívar, Ligia “Derechos económicos sociales y culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en: AA. VV., *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo V, 1ª ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1996, pág. 129.

⁹⁸ Rosas, Allan y Martin Scheinin, “Implementation mechanisms and remedies”, en: Asbjørn, Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2nd revised ed. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001, págs. 425-426.

⁹⁹ La Declaración de Quito señala en su punto 19 que “[I]a exigibilidad es un proceso social, político y legal. La forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los DESC no solamente ha de ser materia del escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil en esta tarea como una condición sustancial del ejercicio de su ciudadanía...”.

los indicadores principales del progreso histórico”¹⁰⁰ y “una galaxia ideológico-normativa en rápida expansión y con una meta precisa: acrecentar la salvaguardia de la dignidad de la persona”¹⁰¹. Por ello, tomar en serio los DDHH implica pensar en términos integradores para poder aclarar su contenido normativo y las obligaciones de los Estados, e identificar los mecanismos –tanto de dentro como de fuera del ámbito de la ley– para su plena realización, lo cual requiere, entre otras cosas, que sean respetados por todos en su interacción con otros y que los Estados, de forma individual y colectiva, garanticen su respeto, los defiendan contra las posibles transgresiones de terceros y tomen las medidas necesarias para permitir que las personas gocen de sus derechos, especialmente cuando no sean capaces de hacerlo por sí solas¹⁰².

Es significativo destacar que la configuración de los DDHH y en especial de los DESC como derechos subjetivos, no puede ser considerada como el único medio para garantizarlos, pues si así fuera se limitaría su carácter emancipatorio y su efecto movilizador de las fuerzas sociales y políticas para lograr el pleno desarrollo de la dignidad humana mediante la atribución de todos los DDHH a todas las personas y a través del aseguramiento de la igualdad en derechos, y en consecuencia, de la igual libertad de todos¹⁰³. De allí que el carácter

¹⁰⁰ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig. Sistema, Madrid, 1991, pág. 14.

¹⁰¹ Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de Atilio Pentimalli y Blanca Ribera de Madariaga, 1ª ed. Ariel, Barcelona, febrero 1991, pág. 9.

¹⁰² Künnemann, Rolf, “The right to adequate food: violations related to its minimum core content”, en: Chapman, Audrey y Sage Russell (eds.), *Core obligations: Building a framework for economic, social and cultural rights*. Intersentia, Antwerp, Oxford, Nueva York, 2002, pág. 163.

¹⁰³ García Manrique, Ricardo, “Derechos sociales e igualdad” (inédito), pág. 47. Agradezco al autor –quien es profesor de teoría y filosofía del derecho de la Universidad de Barcelona– que ha tenido la gentileza de permitirme consultar este trabajo, el cual constituye su ponencia en el III Congreso estudiantil de derecho y teoría constitucional en Santiago de Chile, 21 de agosto de 2007. El Dr. García Manrique sostiene que la configuración de los DESC como derechos subjetivos es una cuestión técnica referida al modo en que deben articularse estos derechos y no a los fines que persiguen, por lo que es importante distinguir entre “los fines que queremos conseguir y los instrumentos de que disponemos para

subjetivo de los DDHH representa sólo uno de los tantos mecanismos que permiten asegurar su efectividad, ya que la sola atribución de derechos subjetivos como garantía liberal clásica de los DDHH es insuficiente para asegurar las diversas formas en que se manifiestan las exigencias que contienen, especialmente en el caso de los DESC.

En este sentido, la relación entre DDHH y derechos subjetivos se puede entender en dos sentidos contrapuestos: (a) que el derecho subjetivo es idóneo para ser vehículo de expresión de todos los atributos de la personalidad humana, y (b) que es un expediente técnico-jurídico que designa una determinada relación jurídica entre dos sujetos en atención a determinados intereses personales que, además, en la mayor parte de los casos, son de naturaleza privada o patrimonial. Si se opta por la primera posición, se concluiría que los DDHH son especies cualificadas de derechos subjetivos. No obstante, si se opta por la segunda, se tendería a afirmar “que entre ambas figuras no existe más relación que la puntual y coyuntural construcción de determinados derechos fundamentales como derechos subjetivos, pero que, en el fondo, nos hallamos ante categorías jurídicas netamente diferentes”¹⁰⁴.

Además, para construir un sistema de garantías basado sólo en la figura del derecho subjetivo existen dificultades de tipo político, axiológico, estructural y las que se deducen del carácter negativo o reaccional de los derechos. (a) En relación con la dificultad política, es inadecuado que el control de la función de garantía de los DDHH esté en manos de los poderes legislativo o ejecutivo, pues ambos son parte en los procesos en que se pueden dar violaciones a los derechos de las personas, por lo que es necesario un poder independiente, desvinculado del sentido político del ordenamiento y que esté funcionalizado al único fin de la tutela de tales derechos; (b) en relación con la dificultad axiológica, existe una incompatibilidad entre los valores externos que garantizan los DDHH y los otros valores o situaciones jurídicas

ello. Bien puede suceder que nos propongamos un fin para el que no disponemos de instrumentos, o que, en un ámbito determinado (digamos el ámbito jurídico), nos propongamos un fin para el que los instrumentos disponibles (digamos los propios de la técnica jurídica) no sean apropiados”.

¹⁰⁴ Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional...* pág. 129.

garantizadas por los derechos subjetivos; por tanto, si los primeros corresponden a todos por igual como garantía de la igualdad, quedan excluidos de su ámbito todas las posiciones, situaciones, privilegios o facultades que supongan desigualdad entre los individuos, tal como sucede con el derecho subjetivo que se basa en la determinación de un estatus jurídico preciso que respalda una determinada posición individual de su titular frente a terceros y que implica un factor de desigualdad, dada la posibilidad de disposición y acumulación de este tipo de derechos; (c) en relación con la dificultad estructural, existen tres diferencias básicas entre DDHH y derechos subjetivos: (c.1) las que se derivan de su distinto origen, (c.2) las referidas a su titularidad, y (c.3) las que afectan a la posibilidad de disposición respecto del objeto de ambas categorías; y finalmente, (d) en relación con el carácter reaccional o negativo de los derechos subjetivos, son una garantía válida para las relaciones con las mismas características, pero no son adecuados para las diversas formas de protección que exigen los DDHH¹⁰⁵.

Por ende, si el derecho es una realidad artificial construida por las personas y tanto el “cómo es” como el “cómo será” del derecho dependen de lo que nosotros en cuanto abogados, activistas, teóricos, filósofos, jueces, internacionalistas hacemos, entonces la falta de garantías de los DESC es remediable y puede ser superada con la configuración y construcción de un derecho como un sistema general de garantías constitucional e internacionalmente pre-ordenado a la tutela de todos los DDHH¹⁰⁶, que incluya una variedad de mecanismos que van desde (a) la inclusión de estos derechos en la legislación y, preferiblemente, en la Constitución; (b) políticas públicas y legislación nacional que les otorguen efectos concretos –incluyendo las medidas necesarias para hacer más efectiva la aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno–; (c) remedios accesibles y efectivos de carácter judicial y administrativo en caso de violación; y (d) órganos e instituciones nacionales e internacionales adecuadas y

¹⁰⁵ Ibidem, págs. 130-131.

¹⁰⁶ Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, en Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...* págs. 16-19; Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”... pág. 155.

revestidas de poder suficiente para ejercer un mejor control, investigar las posibles transgresiones y determinar apropiados mecanismos de realización y reparación¹⁰⁷.

En consecuencia, es ineludible una (a) reconstrucción de las garantías de todos estos derechos en el sentido de que sea una reconstrucción unitaria, es decir, que parta de la interdependencia e indivisibilidad entre los DCP y los DESC; (b) una reconstrucción compleja tanto en lo que respecta a los sujetos obligados como a las escalas en que dicha tutela puede tener lugar, y (c) una reconstrucción más participativa y menos institucionalista¹⁰⁸.

En el ámbito del derecho internacional, resulta imperativo que las violaciones a los DESC por la ausencia de garantías adecuadas sean interpretadas como una indebida laguna que debe ser colmada por la comunidad internacional¹⁰⁹, y así como la ONU subsanó la falta de control cuasi-judicial de los DESC con la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, en el ámbito interamericano se requiere de (a) la introducción de enmiendas a la CADH y al PSS que permita que la CIDH y la Corte IDH puedan conocer peticiones individuales por posibles violaciones de todos los derechos en ellos contenidos; y (b) que tales órganos interpreten de forma extensiva el artículo 26 de la CADH. Evidentemente, si todas estas medidas no se llevan a cabo, “la famosa indivisibilidad de los [DCP] y de los [DESC], corre el riesgo de terminar convirtiéndose en invisibilidad de estos últimos”¹¹⁰.

¹⁰⁷ Liebenberg, Sandra, “The protection of economic and social rights in domestic legal system”, en: Asbjørn, Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook...* pág. 84.

¹⁰⁸ Al respecto véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...* págs. 111-136.

¹⁰⁹ Ferrajoli, L., “La soberanía en el mundo moderno”, en: Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...* págs. 145-146. “[L]a ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de derecho internacional patricio, no ha puesto al día sus categorías y padece de cierta inseguridad sobre sí misma, casi un complejo de inferioridad científica y jurídica que la lleva a devaluar la nueva dimensión normativa del derecho internacional y a identificarla con la efectividad de las relaciones de fuerza entre Estados”.

¹¹⁰ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, 2ª ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 128.

No obstante, también es claro que para evitar dicha “invisibilidad”, es sumamente importante la garantía social de la auditoría y la promoción ciudadana de la efectividad de todos los DDHH, pues no se puede caer en el error de permanecer pasivos ante la creencia de que la existencia de los DESC se resume simplemente en un deber a cargo del Estado que debe orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece¹¹¹, sino que los ciudadanos deben jugar un papel protagonista en la transformación de las situaciones que producen la intolerable desigualdad en derechos, y ello implica la toma de conciencia del carácter emancipatorio de los DDHH. Así, los DESC sólo podrán realizarse plenamente si se producen profundos cambios estructurales, institucionales y culturales, tal como sucedió en los siglos XVII y XVIII con el reconocimiento e implementación de los DCP¹¹². En este sentido, aunque la incorporación normativa de cualquier derecho representa un progreso significativo, no debe verse como la meta final de la lucha política, pues la experiencia nos enseña que la efectiva garantía de los derechos necesita también de la movilización constante y organizada de sus titulares.

En este orden de ideas, podríamos decir que en los DDHH se pueden encontrar dos facetas: una conservadora y otra emancipadora; la primera en el sentido de que el interés que protegen está socialmente establecido, forma parte del orden social existente y es considerado correcto por el sistema normativo; la segunda en el sentido de que enuncian estados de cosas deseables pero inexistentes. En el primer caso, la tutela judicial puede resultar adecuada, ya que ante la violación de un DDHH la acción procesal busca la reparación de aquel aspecto del orden existente que ha sido perturbado: el juez sabe exactamente qué es lo que debe hacer y qué remedio aplicar; en el segundo caso, la tutela judicial no es suficientemente adecuada, dado que en la medida en que un DDHH exige cambios sociales y no sólo la restauración precisa del orden alterado, es difícil que un juez pueda hacer mucho, puesto que lo que la pretensión que el DDHH “contiene no está definida, ni tampoco

¹¹¹ Corte I.D.H., *Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú...* Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, punto 3.

¹¹² Bartolomé Ruíz, Castor M., *El Movimiento de los Sin Tierra en Brasil...* pág. 40.

lo está el modo en que ha de ser satisfecha ni, a menudo, quién ha de ser el sujeto obligado a satisfacerla (a salvo de una genérica referencia a los poderes públicos, al Estado o al Gobierno)”¹¹³.

Es claro que, en muchos de los casos, los DESC expresan estados de cosas deseables pero inexistentes, en mayor medida en que lo hacen los DCP, por lo cual la sola técnica del derecho subjetivo resulta insuficiente, a menos que admitamos una concepción mínima de tal “estado de cosas deseable”, y de esta forma, si está determinado un nivel mínimo de prestación de un DESC, el juez puede determinar su incumplimiento y prescribir su satisfacción o reparación. Por tanto, podríamos decir que en este caso la figura del derecho subjetivo es un mecanismo válido para satisfacer las prestaciones mínimas del derecho, pero habría que renunciar al elemento emancipatorio o al “aspecto aspiracional” de los DESC. Sin embargo, si tenemos una concepción de los DESC cuyo contenido consista en una prestación máxima, el juez no puede o no debería ordenar la satisfacción o reparación del nivel máximo, puesto que “nadie puede precisar cuál es ese nivel máximo, ni su consecución es el resultado de una acción u omisión determinada de un sujeto determinado al que pudiera ordenársele hacer o dejar de hacer algo”¹¹⁴. En este sentido, la técnica del derecho subjetivo, además de ser insuficiente, es contraproducente, dado que las prestaciones máximas del derecho requieren que todos puedan acceder al máximo o mejor nivel posible de ellas, y ello implicaría algún tipo de redistribución de ciertos bienes, y por tanto, cierta restricción de algunos derechos como los de propiedad o la libertad de comercio, debido a la incompatibilidad de los DESC con la forma en que se concibe el libre mercado en nuestras sociedades contemporáneas¹¹⁵.

¹¹³ García Manrique, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad...* págs. 54-55. “Por tanto, y en principio, la configuración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos no depende tanto de si estamos ante derechos liberales o derechos sociales cuanto de si esos derechos reflejan un orden de cosas realmente existente o no, es decir, si esos derechos apuntan hacia la conservación o hacia el cambio social”.

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 51.

¹¹⁵ *Ibidem*. Si aceptamos que todos los DDHH tienen como objetivo y fundamento la igual libertad de todos, no podemos admitir que unos derechos (DCP) puedan

Por tanto, la realización de estos derechos además de ser una cuestión jurídica, también es política, dado que sólo a través de la lucha por ellos,

...que quiere decir su constante ejercicio y su defensa tenaz frente a todo posible obstáculo, amenaza o violación, puede garantizarse su posesión efectiva y la consiguiente valorización de la persona. Un derecho no ejercitado o no defendido está en realidad destinado a decaer y finalmente a sucumbir. De la libertad de pensamiento y de prensa a los derechos políticos, de la libertad personal a los derechos sociales, la efectividad de los derechos de la persona no está nunca garantizada de una vez por todas como graciosa concesión jurídica, sino que es siempre el efecto de cotidianas y a veces costosas conquistas¹¹⁶.

En este sentido, la historia de las luchas sociales modernas ha sido la historia de una lucha de conquista de los DDHH, especialmente por parte de los sectores de la sociedad que han sido excluidos de ellos, es decir, los trabajadores asalariados, las mujeres, los jóvenes, los campesinos y los movimientos sociales y populares en general, quienes para lograrlo, han tenido que sufrir –y todavía sufren– la represión violenta de sus demandas, la ilegalización frecuente y periódica de sus asociaciones, partidos, sindicatos y demás organizaciones¹¹⁷. De esta manera, la garantía de los DDHH también se traslada a los espacios democráticos de participación política institucional y social, con lo que se fortalece la relación de interdependencia entre la democracia y los DDHH.

Por todo ello, podemos afirmar que la satisfacción de los DESC no solamente implica una lucha por la elaboración de garantías jurídicas, sino también una lucha política por crear las condiciones necesarias para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad, pues independientemente de los problemas para su satisfacción, lo que no

otorgar cuotas iguales y máximas de libertad en la medida de lo posible, mientras que otros (DESC) sólo otorguen cuotas mínimas; en ese sentido, los DESC deben configurarse como derechos máximos con todas las implicaciones político-jurídicas y socio-económicas que esta afirmación tiene.

¹¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...* págs. 944-945.

¹¹⁷ Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*. Trotta, Madrid, 1997, pág. 121.

puede permitirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho, y la determinista que identifica lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer¹¹⁸. En este sentido, es pertinente la noción de efectividad de los DDHH en general, ya que ésta exige que los mismos no sólo sean reconocidos en las normas nacionales e internacionales, sino que también sean protegidos, promovidos y aplicados más allá del simple formalismo jurídico y de su carácter abstracto. Y para ello se requiere que los Estados no sólo aseguren que un derecho sea justiciable, sino que también pongan a disposición de los individuos, especialmente los más vulnerables, “toda una serie de medios y recursos complementarios que refuercen las garantías y aumenten el grado de efectividad de todos los derechos humanos para todos”¹¹⁹, tal como lo señalan los artículos 1 y 2 del PSS.

De allí que el problema de la no justiciabilidad de un derecho –sea civil, político, económico, social o cultural–, no se refiere solamente a su validez sino también a su aplicabilidad¹²⁰, por lo que es urgente y necesario que los académicos, activistas, abogados litigantes, políticos, economistas y sociólogos promuevan el fortalecimiento y el desarrollo de la ciencia jurídica (a) en su papel crítico para denunciar las lagunas y las antinomias que encontramos en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales, y (b) en su papel normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las lagunas y reparar las antinomias¹²¹.

Finalmente, no podemos ignorar que la implementación de los DESC enfrenta serios obstáculos de muchas clases, pero superarlos es

¹¹⁸ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”... pág. 52; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*... pág. 908.

¹¹⁹ Angulo Sánchez, Nicolás, *El derecho humano al desarrollo*... pág. 91.

¹²⁰ Scheinin, Martin, “Economic and social rights as legal rights”, en: Asbjørn, Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*... pág. 29.

¹²¹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”... pág. 50. “[L]as lagunas de garantía, o su imperfección y más aún su violación, en lugar de encontrar en la teoría un instrumento de análisis crítico, acaban siendo ignoradas y, en la práctica, de forma ‘realista’, avaladas”, en Ferrajoli, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”... pág. 109.

una cuestión que concierne a la democracia y al Estado de derecho, ya que sin ellos se experimenta un proceso de regresión, empobrecimiento y frustración de la población, multiplicándose y agravándose los conflictos sociales y las crisis políticas que revierten sobre el Estado, reducen su autoridad, su legitimidad y consenso¹²². América Latina es un ejemplo vivo de ello, pues paradójicamente es una región que, por un lado “puede mostrar con gran orgullo más de dos décadas de gobiernos democráticos”, pero por el otro, “enfrenta una creciente crisis social. Se mantienen profundas desigualdades, existen serios niveles de pobreza... y ha aumentado la insatisfacción ciudadana con esas democracias”¹²³.

¹²² Kaplan, Marcos, *El Estado latinoamericano*, 1ª edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, pág. 274.

¹²³ PNUD, *La democracia en América Latina...* pág. 13.