



**Programa de Doctorado en
América Latina y la Unión Europea en el contexto internacional**

El control jurisdiccional de las políticas públicas sociales

**Tesis doctoral presentada por
Mayra Zuleica Cabral Brea**

Directora:

Dra. M.^a Isabel Garrido Gómez

Alcalá de Henares, 2019



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I	
CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LOS DERECHOS	
SOCIALES.....	18
1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	18
1.1. Posiciones respecto del concepto de los DESC	18
1.2. La relación entre el concepto y el fundamento de los derechos sociales	29
1.3. Mitos que deben superarse a la hora de conceptualizarlos y fundamentarlos.....	36
1.3.1. <i>Implican obligaciones positivas por parte del Estado</i>	36
1.3.2. <i>El carácter de la universalidad, su efecto erga omnes y la titularidad colectiva de los derechos sociales</i>	38
1.3.3. <i>Suponen obligaciones de cumplimiento progresivo para el Estado</i>	41
1.3.4. <i>Existe una indeterminación del sujeto obligado por los derechos sociales</i>	43
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	50
2.1. El desarrollo de los principales instrumentos jurídicos en materia de derechos sociales	52
2.1.1. <i>Los instrumentos normativos surgidos antes de la Segunda Guerra Mundial</i> ...	54
2.1.2. <i>Los instrumentos normativos creados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial</i>	61
2.2. El desarrollo de otros instrumentos especializados que aportaron al progreso de los derechos sociales	79
3. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	83
3.1. Obstáculos para su exigibilidad jurisdiccional	89
3.2. La exigibilidad directa de los DESC	96
3.2.1. <i>El derecho a la vivienda y el derecho al agua y al saneamiento</i>	99
3.2.2. <i>El derecho a la educación, al trabajo y a la Seguridad Social</i>	106
3.2.3. <i>El derecho a la protección de la salud y el derecho a la alimentación</i>	112

3.3. Las posibilidades de justiciabilidad indirecta de los derechos sociales	117
3.3.1. <i>La prohibición de discriminación y el principio de igualdad</i>	118
3.3.2. <i>El debido proceso y la tutela judicial efectiva</i>	122
3.3.3. <i>La invocación de otros derechos civiles</i>	127

CAPÍTULO II

EL NUEVO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL Y LA CONSECUENTE AMPLIACIÓN DE GARANTÍAS PARA LOS DERECHOS SOCIALES..... 138

1. APORTES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO A LA TEORÍA DEL DERECHO	138
1.1. Las características principales de los diferentes neoconstitucionalismos y su significado	145
1.1.1. <i>La supremacía constitucional y fuerza vinculante</i>	146
1.1.2. <i>El denso contenido material o sustantivo</i>	147
1.1.3. <i>La garantía jurisdiccional</i>	150
1.1.4. <i>La rigidez frente a la reforma</i>	153
1.2. La dignidad humana como principio fundante y la cláusula del Estado social y democrático de Derecho en las nuevas Constituciones.....	156
2. LA PROPUESTA LATINOAMERICANA AL NEOCONSTITUCIONALISMO. 168	
2.1. Las Constituciones latinoamericanas que aportaron al neoconstitucionalismo 178	
2.1.1. <i>La Constitución de Brasil</i>	178
2.1.2. <i>La Constitución de Colombia</i>	179
2.1.3. <i>La Constitución de Venezuela</i>	180
2.1.4. <i>Las Constituciones de Ecuador y Bolivia</i>	182
2.2. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno	189
3. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA	197
3.1. La acción de control de constitucionalidad	204
3.2. La acción de control de convencionalidad	218
3.3. La acción constitucional de amparo	233

CAPÍTULO III

LAS SENTENCIAS QUE CONTROLAN POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES. 245

1. CONCEPCIONES DEL DERECHO E INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL PARA EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES	245
1.1. Concepciones del Derecho	245
1.1.1. <i>El realismo jurídico</i>	246
1.1.2. <i>El escepticismo jurídico</i>	251
1.1.3. <i>El enfoque del Derecho como argumentación</i>	257
1.2. La interpretación y argumentación constitucional de las políticas públicas sociales	263
1.2.1. <i>La diferencia entre interpretar y argumentar</i>	263
1.2.2. <i>¿Qué entender por control jurisdiccional de políticas públicas sociales a los fines de este estudio?</i>	284
2. ANÁLISIS DE SENTENCIAS QUE EXHORTAN U ORDENAN EL CUMPLIMIENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES PREVISTAS.....	289
2.1. El derecho a la protección de la salud en el Tribunal Constitucional de Perú (<i>Caso Azanca Alhelí Meza García</i>).....	290
2.2. El derecho a la protección de la salud en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (<i>Caso Glenda López y otros</i>).....	297
2.3. Los derechos a la protección de la salud y al medio ambiente sano en el Tribunal Constitucional de Perú (<i>Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros</i>).....	303
2.4. Los derechos a la protección de la salud, a la vivienda y al medio ambiente sano en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (<i>Caso Julia M. Mariño De Ospina y otros</i>).....	311
3. ANÁLISIS DE SENTENCIAS QUE MODIFICAN O CREAN POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES	319
3.1. Decisiones de los tribunales de Venezuela, Colombia y Perú que modifican parcialmente las políticas públicas sociales	320
3.1.1. <i>El derecho a la seguridad social en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Caso Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos)</i>	320
3.1.2. <i>Los derechos sociales de la población desplazada en la Corte Constitucional de Colombia (Caso Abel Antonio Jaramillo y otros)</i>	325

3.1.3. <i>El derecho a la educación en el Tribunal Constitucional de Perú (Caso más de 5.000 ciudadanos)</i>	335
3.1.4. <i>El derecho a la protección de la salud en la Corte Constitucional de Colombia (Caso Entidad Promotora de Salud Sanitas y otros)</i>	344
3.2. Decisiones de la Corte Constitucional de Colombia que crean directamente políticas públicas sociales	354
3.2.1. <i>Los derechos sociales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado en la Corte Constitucional de Colombia (Caso Abel Antonio Jaramillo y otros-auto de revisión)</i>	354
3.2.2. <i>El derecho a la interrupción del embarazo en la Corte Constitucional de Colombia (Caso Mónica del Pilar Roa López y otros)</i>	366

CAPÍTULO IV

RIESGOS Y DESAFÍOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES..... 377

1. EL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS QUE CONTROLAN POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES	377
1.1. El cumplimiento de las decisiones que exhortan u ordenan el cumplimiento de políticas públicas sociales previstas	383
1.2. El cumplimiento de las decisiones que modifican parcialmente las políticas públicas sociales.....	392
1.3. El cumplimiento de las decisiones que crean directamente políticas públicas sociales	402
2. ROL DEL JUEZ ANTE LOS MITOS Y LA FALTA DE TÉCNICA ARGUMENTATIVA IDÓNEA PARA EL CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES	411
2.1. Mitos que debe vencer el juez respecto del control jurisdiccional de las políticas públicas sociales.....	412
2.1.1. <i>Los jueces no pueden intervenir en las políticas públicas porque no son elegidos por la voluntad popular</i>	412
2.1.2. <i>El control jurisdiccional de las políticas públicas origina un gobierno de los jueces</i>	416
2.1.3. <i>Los tribunales carecen de capacidad técnica para elaborar políticas públicas y pueden provocar más desigualdad que igualdad</i>	421
2.1.4. <i>Las políticas públicas sociales no comprenden obligaciones jurídicas</i>	425

2.2. Herramientas argumentativas que debe seguir el juez para un adecuado control de viabilidad de las políticas públicas sociales	427
2.2.1. <i>Diagnosticar el problema de la política pública social a partir de la observación y discusión democrática del tema</i>	428
2.2.2. <i>Determinar las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad vulneradas</i>	432
2.2.3. <i>Establecer el tipo de intervención u órdenes a impartir que se requieren ante la situación diagnosticada y las normas vulneradas</i>	441
2.2.4. <i>Seleccionar mecanismos diversos y participativos adecuados para garantizar el cumplimiento de la decisión</i>	447
3. RETOS ADICIONALES PARA EL FOMENTO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES	449
3.1. Entender el panorama social de América Latina.....	449
3.1.1. <i>Problemática del desarrollo regional, rasgos básicos y desigualdad y pobreza en grupos especiales</i>	449
3.1.2. <i>Dinámica de la región en los últimos 20-25 años y las políticas públicas aplicadas</i>	464
3.2. Educar en derechos humanos y empoderar a la población.....	471
3.2.1. <i>La educación en derechos humanos</i>	471
3.2.2. <i>El empoderamiento de la población</i>	480
3.3. Aprovechar el potencial del uso del litigio estratégico o de impacto.....	486
3.3.1. <i>¿Qué puede alcanzarse por medio del litigio estratégico y cómo identificar el caso idóneo para este litigio?</i>	489
3.3.2. <i>Preparación y ejecución de la estrategia</i>	492
CONCLUSIONES	499
BIBLIOGRAFÍA	510
Informes y otros documentos	538
Jurisprudencia y decisiones	541

INTRODUCCIÓN

La tesis doctoral titulada *El control jurisdiccional de las políticas públicas sociales* se propone demostrar la competencia ineludible de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos para controlar, crear y/o modificar políticas públicas en contextos de violaciones sistemáticas de derechos sociales. La conveniencia de estudiar el tema surge a raíz de que todavía persisten muchos mitos que deben superarse provenientes de filósofos del Derecho y notables juristas, quienes sostienen que estos derechos no pueden siquiera exigirse ante los tribunales. Estiman, en resumidas cuentas, que implican obligaciones de prestación y los derechos han de requerir siempre obligaciones de abstención. Por otro lado, se alude que resultan muy costosos, y que si los jueces intentan garantizarlos se inmiscuyen en competencias de otros poderes del Estado, debido a que la solución para conflictos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales consiste en la creación y aplicación de políticas públicas, las cuales no corresponden a los jueces.

En el caso de América Latina y el Caribe, el goce de los derechos sociales constituye una deuda pendiente que debe ser atendida con urgencia, pues al tratarse de la región más desigual del mundo deben procurarse soluciones eficaces que permitan revertir esa contrastante realidad. La solución judicial aislada de casos de violaciones de derechos sociales que tradicionalmente se ha realizado no resulta suficiente ni ventajosa en ese panorama, porque no combate el problema estructural de fondo y, en ocasiones, fomenta más la desigualdad cuando, como producto de la sentencia dictada, los escasos

recursos se tienen que destinar a priorizar solo algunos derechos sociales de grupos privilegiados.

Como el Derecho ha legitimado que millones de personas aún se encuentren en condiciones inaceptables en materia de acceso y goce de sus derechos sociales fundamentales, por ende, debe avanzarse en la consolidación del mismo como herramienta transformadora de la sociedad. En ello radica actualmente la necesidad y relevancia de una investigación sobre el control jurisdiccional de las políticas públicas sociales por parte de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos, que permita desmontar los mitos en torno a la justiciabilidad de estos derechos y aportar los fundamentos teóricos-prácticos, a fin de que en una región como esta los jueces constitucionales cuenten con herramientas adecuadas para poder influir a cerrar la enorme brecha entre lo dispuesto por las Constituciones y el goce real y efectivo de los derechos sociales de todos sus habitantes, especialmente las personas en situación de vulnerabilidad.

A partir del neoconstitucionalismo principialista, la Constitución deja de ser vista como norma política y pasa a concebirse como norma jurídica, se promueve una protección más amplia y seria de los derechos fundamentales por entenderse su fuerza vinculante. Los Estados, por su parte, se autoproclaman como Estado social y democrático de Derecho, y una de sus funciones esenciales es la protección y garantía de los derechos sociales, de ahí surge la dificultad de justificar en el nuevo paradigma jurídico-político que, ante denuncias donde se evidencian violaciones sistemáticas de estos derechos, persista aún la pasividad del denominado guardián de la Constitución y que no se contribuya a modificar esa situación, porque se entienda que es una competencia exclusiva de los poderes políticos.

Cabe puntualizar que en materia de derechos sociales la doctrina ha avanzado en aras de fundamentar su protección judicial e, incluso, el control jurisdiccional de las políticas públicas sociales. Autores como Zolo y Barbalet sostuvieron que los derechos económicos, sociales y culturales no constituyen propiamente derechos, sino servicios o prestaciones asistenciales ofrecidos de manera discreta por el sistema político en toda

economía de mercado. Aunque Schmitt los reconoció como derechos, advirtió que no tenían el rango de derechos fundamentales y que se encontraban condicionados a las decisiones del legislativo y del ejecutivo. Por su parte, Böckenförde, al igual que otros importantes autores, planteó la teoría de que los derechos sociales no son justiciables.

El argumento de los detractores gira esencialmente en torno a que solo los derechos de libertad, es decir, aquellos cuya obligación del Estado consiste en un no hacer o de abstención son susceptibles de protección judicial, ya que el bien objeto de protección está determinado, correspondiéndole al juez reconocer lo que ya existe y protegerlo contra arbitrariedades estatales. Esto es así puesto que la prestación contenida en los derechos sociales es tan general que no puede deducirse “la pretensión jurídica concreta por vía de interpretación”. Además, se alega que los mismos son muy costosos y que cualquier intento de determinación judicial lleva al juez a adoptar un papel de legislador y administrador al mismo tiempo. De este modo se afirma la imposibilidad de hacer justiciables los derechos sociales y, por ende, su negación como derechos propiamente dichos, lo que resulta insostenible hoy día para un Estado social y democrático de Derecho.

En esta investigación se rebaten esas suposiciones teóricas, toda vez que ningún derecho ha de ser barato para ser justiciable y, todos los derechos, en general, implican no solo obligaciones de no hacer o negativas, sino también de hacer o positivas. Además, se aclara el deber del poder judicial, tal y como ha sido concebido en la teoría clásica de la separación de los poderes del Estado, para controlar y velar por el adecuado funcionamiento de los demás poderes, cuyas acciones u omisiones traen como consecuencia la violación de los derechos sociales, lo que no implica una usurpación de las funciones de los otros poderes.

En el trabajo se analizan las ideas de Ferrajoli por sus críticas a las anteriores posiciones que niegan la naturaleza jurídica de los derechos sociales fundamentales, y la explicación de que las teorías precedentes confunden la falta de garantía de estos derechos con su inexistencia. Aunque Ferrajoli insiste en el deber constitucional de crear técnicas de garantías tan eficaces como las establecidas para los derechos fundamentales de

libertad y de propiedad, sin embargo, no confía esta tarea a los tribunales sino al legislador puesto que, para Ferrajoli, de lo que se trata es de lagunas normativas en los deberes de prestación que no pueden ser colmadas por los jueces, quienes deben limitarse como mucho apenas a señalarlas.

Por otro lado, debe destacarse que con el desarrollo de la teoría de la ponderación de Alexy se ha abierto un importante debate y aceptación de la protección judicial de estos derechos. En las últimas décadas, los Tribunales Constitucionales a la hora de decidir casos concretos donde los derechos sociales y otros bienes, reglas o principios constitucionales se encuentran en colisión han optado por proteger dichos derechos y reconocerlos también como fundamentales. Pese a las ventajas que ofrece recurrir al uso del juicio de ponderación a la hora de emitir decisiones jurisdiccionales que protegen los derechos sociales, el problema de esta teoría es que es precaria cuando se trata de violaciones sistemáticas de dichos derechos, producto de las omisiones legislativas absolutas o parciales. Es decir, la falta del establecimiento de la política pública social por parte del legislador, que como consecuencia no permite la efectividad de la realización del derecho social exigido, no tiene cómo subsanarse a partir de un simple juicio de ponderación en sentido estricto, aplicado a la hora de resolver el caso. En el presente estudio se aportarán los fundamentos teóricos necesarios que permitan realizar una adecuada interpretación constitucional para la solución de dichas situaciones.

Para justificar teóricamente respecto del deber de los Tribunales Constitucionales de crear políticas públicas ante violaciones sistemáticas de los derechos sociales, fue necesario tomar en cuenta los aportes de Sen sobre el bienestar en base a las capacidades y su concepto de metaderechos, donde el ciudadano o ciudadana tiene el derecho a participar real y efectivamente en el momento del diseño y ejecución de las políticas públicas que le afectan. Si bien los planteamientos de Sen son esenciales para concebir la importancia de hacer justiciables los derechos sociales e, incluso, de crear por medio de decisiones jurisdiccionales políticas públicas sociales para garantizarlos, dado que el ganador del Premio Nobel de economía no es jurista, su teoría carece de una sustentación jurídica suficiente que permita fundamentar en vía jurisdiccional el caso a la hora de decidir sobre violaciones estructurales de derechos sociales.

No obstante, se ha considerado a Carbonell y Prieto Sanchís como autores que contribuyen a explicar cómo el fenómeno del neoconstitucionalismo constituye un cambio de paradigma en la teoría del Derecho, lo que facilita el auge de las garantías de los derechos fundamentales. Ambos evidencian, además, que la fuerza vinculante de la Constitución origina de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles y que todas las normas producen efectos jurídicos sin necesidad de esperar el desarrollo legislativo para poder ser aplicadas, lo cual es de suma importancia para defender los derechos sociales fundamentales, su exigibilidad jurisdiccional directa y las competencias de los Tribunales Constitucionales para tutelarlos.

Además, se toma en cuenta que Arango, al igual que Curtis y Abramovich, contribuyen a la superación del problema del porqué los derechos sociales son justiciables por sus críticas sobre aquellas teorías que niegan a los derechos sociales su reconocimiento como derechos. Ahora bien, esos autores no profundizan en el mecanismo práctico a utilizarse a la hora de decidir sobre violaciones sistemáticas de derechos sociales ni en la forma adecuada de hacerlo, pues no analizan las ventajas y desventajas de tomar un tipo de decisión en un caso determinado, así como tampoco toman en cuenta el nivel alcanzado de ejecución de las decisiones adoptadas.

Ante estas y otras limitaciones del tema en cuestión, la presente investigación pretende aportar las herramientas prácticas a la teoría de los derechos sociales para poder hacer un buen uso del Derecho y protegerlos jurisdiccionalmente, incluyendo si fuese necesario la creación jurisdiccional de políticas públicas para hacerlos también efectivos. Del análisis comparativo de jurisprudencia que se realizó en el estudio se han extraído las mejores prácticas a fin de que las decisiones de este tipo adquieran la suficiente legitimidad y eficacia.

Se plantea como el objetivo general de la tesis demostrar la competencia ineludible de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos para controlar, crear y/o modificar políticas públicas en contextos de violaciones sistemáticas de los derechos sociales. Los objetivos específicos de la investigación los siguientes: Identificar las posiciones doctrinales respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales; analizar las

competencias de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos y sus facultades para proteger derechos sociales; comparar jurisprudencia en la que diversos Tribunales Constitucionales latinoamericanos crean o modifican políticas públicas sociales; examinar los problemas que surgen de la ejecución de decisiones jurisdiccionales que controlan políticas públicas sociales; y, por añadidura, determinar los riesgos y desafíos que puede implicar la creación o modificación de las mismas por medio de decisiones jurisdiccionales.

Para lograr los objetivos trazados en el estudio se utiliza una metodología combinada de investigación. El diseño corresponde al de una investigación descriptiva y en cierta medida analítica, en virtud de que describe y analiza la realidad a partir de la doctrina y jurisprudencia existente relativa al tema de la justiciabilidad de los derechos sociales, así como también de las teorías relacionadas al Estado social y democrático de Derecho y al neoconstitucionalismo principialista.

Se utiliza, además, el método deductivo tanto para la descripción de las posiciones doctrinales que existen respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales, como para el análisis de las atribuciones de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos para proteger dichos derechos, así como también el método histórico-comparativo en ambos casos señalados y para el examen de jurisprudencia en la que tres Tribunales Constitucionales latinoamericanos, Colombia, Perú y Venezuela, han ejercido un control de políticas públicas sociales. Sin embargo, para la identificación de los riesgos y desafíos de las sentencias que controlan políticas públicas sociales se utilizó el método inductivo, de modo que a partir de los precedentes en la materia de los Tribunales Constitucionales indicados y de sus experiencias de ejecución, se obtuvieron consecuencias y recomendaciones generales para este tipo de práctica.

Por su parte, las fuentes utilizadas han sido la doctrina científica -monografías, capítulos de libros y artículos de revistas de relevancia-, normas jurídicas -Constituciones, tratados internacionales y leyes-, y jurisprudencia -sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional de Colombia, del Tribunal Constitucional Peruano y de la Sala

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela-; junto al empleo de informes de organismos internacionales y nacionales, entre otras.

En aras de alcanzar los referidos objetivos y demostrar la hipótesis planteada anteriormente, la tesis se desarrolla en cuatro capítulos. En el capítulo I, titulado “Consideraciones generales en torno a los derechos sociales”, se describen las distintas posiciones doctrinales respecto a la justiciabilidad y naturaleza de los derechos sociales. En primer lugar, se aclara que los derechos sociales suelen llamarse derechos de segunda generación debido a que, en una primera fase de la historia de los derechos fundamentales, las Declaraciones se limitaron a la proclamación de los derechos civiles y de los derechos políticos, y en una segunda fase es cuando se van reconociendo paulatinamente otros derechos que respondían a preocupaciones sociopolíticas e intereses distintos.

Tras esto, se pasa balance a las diversas concepciones planteadas por diferentes autores sobre el concepto y fundamento de los derechos sociales y se explica que constituye un desacierto el suponer que se reconocen por características exclusivas e inherentes de estos derechos. En tercer lugar, se presentan las posiciones doctrinales que, como la de Böckenförde, se contraponen a las de Abramovich, Courtis, Parra y Arango, entre otros, respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales y se defiende su exigibilidad judicial, ya sea mediante una vía directa de tutela o por algún mecanismo de protección indirecta de otro derecho.

En el segundo capítulo, titulado “El nuevo paradigma jurídico-constitucional y la consecuente ampliación de garantías para los derechos sociales”, se analiza las competencias y facultades que poseen, en el marco del neoconstitucionalismo principialista, algunos Tribunales Constitucionales latinoamericanos para la tutela jurisdiccional de los derechos sociales. Igualmente, se apela a la teoría del Derecho constitucional y se explica en qué consiste el fenómeno del neoconstitucionalismo y por qué este provocó un cambio de paradigma en la teoría del Derecho, lo que a su vez facilitó el auge de las garantías de los derechos fundamentales.

También se enfatiza la importancia del principio fundante de la dignidad humana, de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho y del Derecho internacional de los derechos humanos para la protección de los derechos sociales, pues estos tres elementos promueven que las condiciones sociales mínimas para que cada sujeto pueda vivir en sociedad se conviertan en obligaciones jurídicas concretas para el Estado, de inexcusable e impostergable cumplimiento. Al mismo tiempo, se analizan las amplias posibilidades que tienen los Tribunales Constitucionales latinoamericanos mediante las acciones de control de constitucionalidad, de convencionalidad y el amparo (en sus diversas modalidades) para tutelar dichos derechos y, consecuentemente, para controlar las políticas públicas sociales.

En el capítulo tercero, denominado “Las sentencias que controlan políticas públicas sociales”, se comparan los tipos de remedios utilizados por tres Tribunales Constitucionales latinoamericanos, el de Colombia, el de Perú y el de Venezuela (Sala Constitucional), a la hora de controlar políticas públicas ante los contextos de violaciones de los derechos sociales denunciados y las teorías aplicadas que sirven de sustento a dichas decisiones. En ese orden, preliminarmente se señalan los aportes de tres concepciones contemporáneas del Derecho: el realismo jurídico, el escepticismo jurídico y el Derecho como argumentación que respaldan el gran potencial del Derecho para producir cambios sociales y la necesidad de hacerlo, y se resalta la amplia doctrina que apoya hoy la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente las políticas públicas sociales y de verificar que sean compatibles con la dignidad y los derechos fundamentales.

Por otro lado, al presentar ejemplos de jurisprudencia que controlan políticas públicas sociales, se toma en cuenta la clasificación dada por Rossi y Filippini, quienes afirman que los tribunales pueden intervenir en las políticas públicas según diversos grados de intensidad. En el primer grado lo hacen ordenando implementar o ejecutar una política previamente formulada, tras comprobar su incumplimiento, en el segundo grado se examina si la política pública es compatible con determinados estándares y, de no serlo, se remite a los poderes políticos para su reformulación, brindando pautas generales, en el tercero se corrige la ausencia de la política y se crea o diseña la propia y se dejan, generalmente, detalles de su ejecución a la autoridad administrativa.

Por último, en el cuarto capítulo, titulado “Riesgos y desafíos del control jurisdiccional de las políticas públicas sociales”, se identifican los riesgos y desafíos del control jurisdiccional de las políticas públicas sociales y, en especial, se reflexiona sobre los problemas de la ejecución de estas decisiones y respecto a algunas herramientas que contribuyen a producir decisiones idóneas para controlar políticas públicas sociales. Para esto, primero se advierte que el derecho al cumplimiento de las sentencias es una parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, sin el cual el Estado social y democrático de Derecho pasa a ser ineficaz y a quedarse sin fundamento, con lo que pierden la Constitución y los derechos fundamentales su fuerza normativa y vinculante.

Al mismo tiempo, se identifica la conveniencia de que los Tribunales Constitucionales latinoamericanos cuenten con un método o herramienta que les permita ejercer el más idóneo control de viabilidad de las políticas públicas sociales. Posteriormente, se insiste en la importancia de entender bien el panorama social de América Latina y el Caribe para el fomento y adecuado control jurisdiccional de las políticas públicas sociales, así como el potencial de la educación en derechos humanos, del empoderamiento de la población y del uso del litigio estratégico para combatir eficazmente las violaciones sistemáticas o consistentes de derechos sociales.

Cabe destacar que la elección de analizar solo la jurisprudencia de tres Tribunales Constitucionales latinoamericanos obedece a la necesidad de delimitar el tan amplio campo de estudio. La Corte Constitucional de Colombia (1991) y el Tribunal Constitucional de Perú (1996) resultan muy trascendentales a los fines de esta investigación, porque a pesar de las barreras y obstáculos de sus respectivos ordenamientos jurídicos para la justiciabilidad directa de los derechos sociales y de los contextos sociales internos, que en el caso de Colombia se agrava por el flagelo ocasionado por la guerrilla, ambos cuentan con una trayectoria ampliamente reconocida en la protección de dichos derechos. Por otro lado, se optó por seleccionar jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999) por tratarse de un país donde el sistema sociopolítico del Estado se circunscribe al denominado *socialismo del siglo XXI*, de modo que pudiera contrastarse si por dicho factor la garantía de los derechos sociales encuentra notables diferencias.

Hay que señalar como limitantes, que este estudio tuvo problemas para obtener información actualizada del estado de ejecución de las sentencias que controlan políticas públicas sociales analizadas en el capítulo III, información necesaria para dar respuesta a los objetivos del trabajo. A pesar de que en varias ocasiones se solicitó información a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y al Tribunal Constitucional de Perú a través de los contactos que tiene la oficina de Relaciones Internacionales del Tribunal Constitucional dominicano con estos Tribunales, no se obtuvo respuesta. De modo que se desarrolló esta parte de la investigación con los datos que se encuentran publicados en otras sentencias de los mismos Tribunales, en periódicos digitales, informes y artículos de revistas al respecto, entre otras fuentes. En el caso de Colombia, esto no constituyó un obstáculo porque la Corte Constitucional de Colombia publica en su portal digital información actualizada y de fácil acceso en materia de ejecución de sentencias trascendentales como las que fueron objeto del análisis, para las cuales la Corte colombiana creó incluso salas específicas para el seguimiento de algunas de las referidas sentencias.

En definitiva, los dos principales aportes de la tesis pueden resumirse de la siguiente manera:

1. La discusión de si son o no justiciables los derechos sociales quedó desfasada, pues el debate ha de girar en lo adelante respecto al papel que los tribunales deben asumir, cuando las violaciones graves y complejas de estos derechos son palpables, el alcance de su intervención, el tipo de remedios que deben ordenar y, sobre todo, los aspectos institucionales que deberían corregirse para que la intervención jurisdiccional se traduzca en cambios concretos. No todos los remedios son eficaces, hay que tener en cuenta el contexto en el cual se toman. La tutela individualizada de estos derechos en la región más desigual del mundo resulta inefectiva y puede incluso contribuir a fomentar más la desigualdad. El mayor reto o desafío de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos es entonces contar con el método o la herramienta que les permita ejercer el más idóneo *control de viabilidad* de las políticas públicas sociales, superar los riesgos que puede conllevar y asegurar el cumplimiento de lo decidido.

2. Los nuevos paradigmas jurídicos actuales, especialmente si se toman en cuenta los avances en la teoría de los derechos sociales que demuestran que estos derechos no son distintos de los demás, el importante desarrollo de estándares internacionales específicos en materia de derechos sociales que aportan la identificación de obligaciones concretas que pueden exigirse jurisdiccionalmente, los aportes del neoconstitucionalismo principialista europeo y latinoamericano que posicionan a las personas en el fundamento del Estado y lo involucran activamente en su reconstrucción y fortalecimiento, las contribuciones de las concepciones contemporáneas del Derecho y de la teoría de la argumentación jurídica que reivindican el rol transformador del Derecho, el nuevo enfoque de derechos fundamentales que toda política pública debe tener para poder ser implementada, entre otros referidos por el estudio, constituyen elementos más que suficientes que demuestran la ineludible obligación del juez constitucional latinoamericano de ejercer un *control de viabilidad* de las políticas públicas sociales para subsanar las violaciones sistemáticas de los derechos sociales y sugieren herramientas promisorias para optimizar los resultados de esta práctica.

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LOS DERECHOS SOCIALES

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

A la hora de analizar el concepto y el fundamento que se tiene de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), salen a relucir las diversas posturas de autores para los cuales los derechos sociales no son propiamente derechos y las de aquellos autores que afirman que dichos derechos dependen de la voluntad política o jurídica y que no son derechos fundamentales.

1.1. Posiciones respecto del concepto de los DESC

En el grupo de autores que niegan el carácter de derechos de los DESC, cabe mencionar a Barbalet y Zolo, quienes sostienen que los mismos constituyen servicios sociales o prestaciones asistenciales que el sistema político ofrece discrecionalmente en virtud de una exigencia sistémica de igualación e integración social, de legitimación política y de orden público. Ambos defienden, principalmente, la imposibilidad de formalizar y ritualizar las prestaciones públicas que estos derechos satisfacen, así como los procedimientos dirigidos a obtener su cumplimiento en el contexto de una economía de mercado¹.

¹ BARBALET, J., *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, trad. de D. Zolo, Liviana, Padua, 1992, pp. 48 y ss.; ZOLO, D., “Introduzione”, en BARBALET, J., *ibidem*, p. 12; ZOLO, D., “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, trad. de P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado y G. Pisarello, en

Hayek es otro autor que niega que se trate de derechos y se destaca por la gran influencia que ha tenido en los economistas que condicionan la existencia de la libertad individual con la garantía de la libertad de mercado y que subordinan el valor de igualdad al de libertad. Apoyó el orden social generado por el mercado y fundado en el respeto a la propiedad privada y al principio de competencia. Consecuentemente, rechazó la intervención del Estado en la economía y el Estado de bienestar².

Para franceses como Burdeau y Rivero, tampoco son Derecho positivo, sino libertades virtuales o Derecho natural que se encuentran condicionadas hasta tanto se organicen los servicios públicos necesarios para su satisfacción. Para esto, el Estado posee un amplio margen discrecional a la hora de organizarlos, mientras que, en cuanto a las libertades, las obligaciones del Estado son claras y precisas por tratarse de abstenciones. De ahí que, las libertades sean objeto de tutela jurisdiccional, pero los derechos sociales no³.

En el otro grupo se encuentra Schmitt, quien, si bien reconoce que los derechos *socialistas* fueron incorporados en la Constitución de Weimar, advierte que ello no supone que tengan el rango de derechos constitucionales o fundamentales, dotados de la misma relevancia de los derechos de libertad. Para él, estos derechos constituyen una serie de principios no accionables que se encuentran condicionados o dependen, en cuanto a su realización efectiva, de las decisiones del soberano, del legislativo y del ejecutivo. De ahí que los únicos y verdaderos derechos fundamentales continúan siendo los derechos civiles (la libertad y la propiedad)⁴. Forsthoff respalda a Schmitt en esto y los describe

FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 94 y ss. Sobre este punto véase FERRAJOLI, L., “Prólogo”, en ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, p. 9; FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: La ley del más débil*, trad. de P. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2016, p. 108.

² HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, vol. III, *El orden político de una sociedad libre*, Unión Editorial, Madrid, 2014, pp. 191 y ss.

³ BURDEAU, G., *Les libertés publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1966, pp. 19 y ss.; RIVERO, J. y MOUTOUH, H. *Les libertés publiques*, Tomo I, Presses Universitaires de France, París, 2003, pp. 104 y ss.

⁴ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 2011, pp. 52 y ss. Sobre este punto véase COSTA, P., “Derechos sociales y democracia constitucional: Un itinerario histórico”, en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. y ORDÓÑEZ, J. (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 36 y 37.

como principios sociales que funcionan como un mero programa de actuación para el legislador y los poderes públicos⁵.

En la misma línea se ubica a Böckenförde, puesto que, plantea que los derechos sociales tienen, en el contexto de un orden constitucional democrático de Derecho, la forma de mandatos constitucionales. Dichos mandatos constituyen obligaciones jurídicas a cargo del poder legislativo o ejecutivo, los cuales procurarán la materialización de la meta o programa planteado en el mandato, por medio de medidas y modalidades según la apreciación política de dichos órganos y del proceso político. Esa competencia conferida al legislador y a la Administración por los mandatos constitucionales ha de ser ejercida bajo reserva de lo posible. De ahí que, para Böckenförde, “la realización de los derechos sociales fundamentales se encontraría frente a la reserva de lo posible, con respecto a la cual el legislador asume la responsabilidad”, al ser los derechos sociales *mandatos constitucionales* que en casos extremos se reconocen como *derechos subjetivos* y adquieren en esos casos un carácter de defensa⁶.

En un tercer grupo es necesario mencionar a Ferrajoli, quien define los derechos sociales como expectativas jurídicas positivas a las que corresponden vínculos positivos u obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos. Explica que la violación de estos deberes de hacer o prestaciones públicas positivas genera lagunas de disposiciones o carencias en las prestaciones⁷ que ha de completar el legislador conforme al principio de plenitud y con mandatos claros dirigidos a la Administración. Ferrajoli refuta la posición de Zolo y Barbalet y plantea que el error de estos autores que niegan la naturaleza jurídica de los DESC deriva de la confusión que tienen respecto de sus garantías. Aclara entonces

⁵ FORSTHOFF, E., BACHOF, O., GREWE, W. y MENZEL, E., *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik*, Walter de Gruyter, Berlín, 1973, pp. 27 y ss. Sobre este punto véase PÉREZ LUÑO, A. E., “Los derechos sociales y su significación actual”, en ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares (Madrid), 2009, p. 46.

⁶ BÖCKENFÖRDE, E., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 150 y ss. Sobre este punto véase ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2012, pp. 43 y 44.

⁷ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: La ley del más débil*, cit., pp. 24, 108 y ss.

que la falta de garantías de estos derechos no significa que no existan, sino que constituyen derechos débiles⁸.

De acuerdo con Ferrajoli, garantía es cualquier técnica normativa de tutela de un derecho u obligaciones que derivan de los derechos cuya finalidad es proporcionar la máxima eficacia de los derechos fundamentales y, en el caso de los derechos sociales fundamentales, el Derecho no ha creado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y de propiedad⁹. Explica que el Estado falló en la elaboración de un modelo garantista para estos derechos y en su proyección normativa como lo hizo el Estado liberal con los derechos civiles y políticos, por ello sugiere la introducción de garantías fuertes y la satisfacción *ex lege* de manera gratuita, universal y generalizada de los derechos sociales a la subsistencia y a la asistencia social por medio de la atribución de un salario mínimo garantizado a todas las personas mayores de edad¹⁰.

Alexy, partiendo también de la estructura deóntica de estos derechos, menciona que cuando se hace referencia a derechos sociales fundamentales, como a la seguridad social, al trabajo, a la vivienda y a la educación, entre otros, se alude a derechos prestacionales, es decir, a aquellos que sin agotar su ámbito, poseen las personas frente al Estado para exigir algo que con los medios económicos adecuados, y la oferta garantizada en el mercado, pudiesen adquirir igualmente de los particulares¹¹. Ahora bien, Alexy es crítico con relación a las posturas anteriores, porque para él, los derechos sociales fundamentales escapan del regateo político y su otorgamiento o no otorgamiento, desde el punto de vista del Derecho constitucional, no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria¹².

⁸ FERRAJOLI, L., *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*, vol. I, trad. de J. Bayón, P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz, L. Prieto y M. Gascón, Trotta, Madrid, 2016, pp. 915 y ss.; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz, J. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2018, pp. 15 y ss. y 699.

⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: La ley del más débil*, *cit.*, pp. 25 y ss.

¹⁰ *Ibidem*, p. 111. Sobre este punto véase también PACHECO RODRÍGUEZ, M., “Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho Social”, *Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 79, 2017, pp. 273 y 274.

¹¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 384 y 443.

¹² *Ibidem*, p. 454.

Por su parte, Mazziotti al definir el derecho social hace dos distinciones, refiriendo que, en sentido subjetivo, es el derecho general de cada individuo a participar en los beneficios de la vida asociada, el cual se expresa en derechos concretos a determinadas prestaciones directas o indirectas de parte de los poderes públicos. Y en sentido objetivo, es el conjunto de normas mediante las cuales el Estado lleva a la práctica su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales¹³. Dichos derechos expresan el compromiso de los órganos comunitarios de desplegar intervenciones positivas dirigidas a liberar al hombre de la necesidad y del temor. Son derechos en que se concreta, a través de diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades fundamentales de la persona¹⁴.

En general, de las definiciones dadas sobre estos derechos, se puede deducir que los derechos sociales se asocian a ciertas exigencias o pretensiones de las que se espera que el Estado tome acciones positivas para garantizar la satisfacción de determinadas necesidades que, a su vez, son vitales para el desarrollo de una vida digna. Estos derechos son las herramientas de las reivindicaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas de la persona¹⁵, los cuales deben ser comprendidos, en definitiva, como respuestas históricas a problemas de convivencia y a diferentes carencias o necesidades humanas, debido a que proporcionan seguridad, estabilidad y orden¹⁶.

En la teoría de los derechos sociales contemporánea, aclara Arango que cuando se alude a que el derecho social tiene la forma de *derecho a algo*, esto significa que en la estructura de una relación jurídica entre el portador, el obligado y el objeto del derecho, existe la posibilidad de que se tenga: a) El derecho del individuo a exigir del Estado una acción positiva fáctica; b) el derecho de un grupo a exigir del Estado una acción positiva

¹³ MAZZIOTTI, M., “Diritti sociali”, en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milán, 1964, p. 804. Sobre este punto véase PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 86.

¹⁴ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 47.

¹⁵ SALVADOR, J., *Derechos humanos y libertades públicas*, Corripio, Santo Domingo, 2002, p. 3.

¹⁶ FARIÑAS, M. J., *Los derechos humanos: Desde la perspectiva sociológico jurídica a la actitud moderna*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 6, 45 y ss.

fáctica; c) el derecho del individuo a exigir de particulares una acción positiva fáctica; o d) el derecho de un grupo a exigir de particulares una acción positiva fáctica¹⁷.

La tradición liberal lleva a conceptualizar los derechos estructuralmente (en principios, reglas y valores), pero no de manera funcional. Por dicha razón, los liberales definen los derechos fundamentales con base en una estructura típica, y en consecuencia, excluyen de la fundamentalidad a los derechos sociales¹⁸. Sin embargo, hoy día es muy criticada dicha conceptualización, dado que las estructuras de los derechos no resultan fácilmente distinguibles. Para Monereo lo que realmente debe importar para determinar la fundamentalidad de un derecho es la función que cumple tanto a nivel jurídico objetivo como subjetivo. Además, el hecho de que los DESC se hayan consagrado principalmente como principios o directrices, no significa que sea imposible su articulación como reglas. Insiste en que el concepto jurídico de derechos fundamentales ha de determinarse no por la estructura del derecho, sino por la función de este¹⁹. En todo caso, nótese que la formulación en normas de principios es algo inherente a todos los enunciados de derechos fundamentales tanto en la ley como principalmente en la Constitución²⁰.

Los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales que, al igual que todos, proporcionan protección para muy importantes necesidades e intereses de las personas; se trata de normas que confieren a sus titulares potestades e inmunidades; atribuyen obligaciones y deberes a terceros, y deben ser implementados mediante las leyes y las decisiones judiciales. Estos derechos han de considerarse plenamente derechos fundamentales en virtud de que desempeñan el mismo rol en la ética pública que los demás, esto es, facilitar a los seres humanos el camino hacia el más alto nivel de humanización posible en cada período histórico²¹. Son medios para que la organización

¹⁷ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., pp. 56 y 57.

¹⁸ DÍAZ ROMÁN, M., “Una aproximación al concepto de “función promocional” en la teoría del Derecho bobbiana: Atisbos de su influencia en la teoría de los derechos fundamentales española”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 129, 2012, p. 136.

¹⁹ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, en PISARELLO, G. y VALIÑO, V., *Herramientas para la defensa de los DESC*, Observatori DESC- Ayuntamiento de Barcelona y Diputación, Barcelona, 2006, p. 18.

²⁰ AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 53.

²¹ PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 61.

social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran la dignidad humana, elemento identificador del concepto de derechos fundamentales que sirve de justificación o fundamento a su existencia. Consecuentemente, no existe razón alguna para excluir los derechos sociales del concepto de derechos fundamentales²².

Asimismo, Monereo Atienza sostiene que los derechos sociales son fundamentales, en primer lugar, porque se reconducen a una serie de valores concretados en la noción histórica de dignidad humana. Lo son igualmente porque al incorporarlos en el ordenamiento jurídico adquieren una función esencial²³: legitiman el Estado social y democrático de Derecho y protegen la dignidad humana. En segundo lugar, si se parte del criterio de que para ser considerados derechos fundamentales es necesaria su positivación en las normas superiores del ordenamiento jurídico de los Estados, se obtiene que, en efecto, se trata de derechos fundamentales, puesto que se encuentran en casi todas las Constituciones de los Estados. Para la referida autora, los derechos son fundamentales por constituir elementos primordiales del ordenamiento, legitimar el sistema jurídico-político como reglas de reconocimiento y además, por basarse en determinados valores positivados o normas válidas²⁴.

En vista de que los derechos sociales presentan las características de norma jurídica, obligación jurídica y posición jurídica pueden, por tanto, ser adscritos al concepto de derechos subjetivos. Están consagrados de manera expresa en disposiciones de derechos fundamentales o pueden adscribirse a una disposición de derecho fundamental y, además, pueden derivarse de obligaciones jurídicas constitucionales, así como justificarse constitucionalmente²⁵ y su desconocimiento, indudablemente, ocasiona a su titular un daño inminente injustificable.

²² RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, n.º 1, 2011.

²³ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007, p. 7.

²⁴ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, pp. 15 y ss.

²⁵ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, *cit.*, p. 40. Sobre este punto véase también lo planteado por DE FAZIO, para quien es posible considerar los derechos sociales como fundamentales aún no se consagren expresamente en el texto constitucional, al extraer normas constitucionales de derechos sociales de manera indirecta, ya sea a través de argumentos interpretativos adicionales, argumentos dogmáticos, argumentos basados en precedentes, en analogías, en juicios de

Por otro lado, cabe resaltar que entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales existe una íntima interdependencia, es decir, un condicionamiento recíproco y una profunda complementariedad, tanto histórica como sistemática²⁶. Como bien plantea la Declaración y Programa de Acción de Viena: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”²⁷.

La indivisibilidad es la forma más intensa de relación, en la que un derecho deviene imprescindible para otro y viceversa. La interdependencia, en cambio, consiste más bien en la contribución o apoyo que puede otorgar un derecho para el cumplimiento o el funcionamiento de otro. A modo de ilustración, se tienen los derechos que constituyen un mínimo vital respecto al derecho a la vida, igualmente el derecho a la asistencia jurídica gratuita resulta necesario para la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa. Por otro lado, la prohibición de discriminación le facilita al derecho a la educación un proceso provechoso²⁸.

Resulta inaceptable, en consecuencia, que hoy día gran parte de la doctrina aún considere que los DESC son derechos inferiores a los civiles y políticos²⁹. Dicha opinión se basa en condicionantes ideológicas que, si bien datan de mucho antes, se consolidaron según Hierro a partir de los pactos sobre derechos humanos de Naciones Unidas de 1966, y plasmaron la división histórica de los derechos en dos grandes categorías. Lo sorprendente de tal distinción es que penetrase tan profundamente en la teoría general del

proporcionalidad, o argumentos prácticos, entre otros (DE FAZIO, F., “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 41, 2018, p. 186). Igualmente véase también CARMONA CUENCA, E., “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, en TEROL BECERRA, M. (dir.), *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 2, 2006, p. 179.

²⁶ GARRIGA, A., “Derechos sociales, una aproximación a su concepto y fundamento”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 644 y 645.

²⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 25 de junio de 1993, párr. 5.

²⁸ AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, *cit.*, p. 48.

²⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, *cit.*, p. 25.

Derecho contemporáneo³⁰. De ahí que para un gran número de autores los derechos sociales no son más, al fin y al cabo, que meras aspiraciones políticas, toda vez que por un lado carecen de ciertos rasgos esenciales de los *auténticos derechos*, debido a su imperfecta protección o a la falta de un obligado claro y, por otro, dado lo complejo y lo caro de su efectiva implementación, no podrían llegar a convertirse en verdaderos derechos universales³¹.

Urge superar aquella visión que se tiene de los derechos sociales como derechos meramente prestacionales, que necesitan de una determinada organización, una red de servicios públicos, procedimientos y, principalmente, de abrumadores recursos económicos que implican solo decisiones políticas. Cualquier derecho genera para el Estado un entramado de obligaciones tanto positivas como negativas, por dicha razón no existe distinción conceptual tajante que justifique un tratamiento jurídico diferenciado. Si se maneja un concepto amplio del término prestación, entonces no pueden separarse los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, porque existe una interdependencia o unidad entre ellos. Y es que los derechos sociales surgen para reforzar la colaboración y el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos, por tanto, no pueden seguir dejándose al libre albedrío de las cuestiones políticas³².

Los derechos sociales, económicos y culturales son imprescindibles para la realización igual y universal de los derechos civiles o de libertad³³, puesto que, promueven la plena integración del hombre en la sociedad y hacen posible que los sujetos gocen efectivamente de la libertad³⁴. Es por ello que desde la Proclamación de Teherán de 1968 se defiende la indivisibilidad de todos los derechos fundamentales, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, porque la realización de los primeros sin el

³⁰ HIERRO, L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 164 y ss.

³¹ RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *cit.*

³² MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, pp. 19 y 20.

³³ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 94.

³⁴ GARRIGA, A., “Derechos sociales, una aproximación a su concepto y fundamento”, *cit.*, p. 644.

goce de los demás resulta improbable. De ahí la insistencia en la adopción de adecuadas políticas nacionales e internacionales en materia de desarrollo socioeconómico³⁵.

Según las palabras del ex magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, García Ramírez, los derechos fundamentales “son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención. No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre derechos civiles y políticos –o solo algunos de ellos, entre los más visibles– y desatención acerca de los otros. Las libertades de expresión o de sufragio no absuelven ni compensan la ignorancia, la insalubridad y la miseria”³⁶.

De modo que, frente a las tesis que sostienen que los derechos sociales suponen un freno a la extralimitación de los derechos de libertad, debe afirmarse que los derechos sociales son, más bien al contrario, el complemento y desarrollo de aquellos. En otros términos, el concepto de *libertad desde la igualdad* significa que no es posible el ejercicio de la libertad sin la eliminación, aunque sea parcialmente, de los obstáculos e impedimentos por razones económicas, sociales o culturales de las personas. Los derechos sociales dan el contenido a la libertad desde la igualdad y en determinada medida mitigan las necesidades básicas que las personas no pueden satisfacer por sus propios medios, para que todos puedan gozar, en condiciones de igualdad, de la libertad³⁷.

La importancia del principio de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos radica en demostrar la teoría de que entre los derechos fundamentales no existen unos derechos superiores o prioritarios en relación con otros, y que tampoco puede pretenderse proteger a los derechos civiles y políticos sin asegurar los derechos sociales³⁸. Como bien plantea Ferrer Mac-Gregor, la *interdependencia e indivisibilidad* constituyen

³⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Proclamación de Teherán*, proclamada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13.

³⁶ GARCÍA RAMÍREZ, S., “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 9, 2003, p. 130.

³⁷ GARRIGA, A., “Derechos sociales, una aproximación a su concepto y fundamento”, *cit.*, pp. 643 y ss.

³⁸ AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, *cit.*, p. 48. Ver también ÁLVAREZ ICAZA, E., “Los derechos humanos como un medio eficaz para producir cambios sociales”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 20, 2014, p. 81.

un binomio inseparable, clave para afrontar el desafío de la interpretación e implementación de los DESC, esto porque nos conmina a considerar las implicaciones de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos civiles y políticos sobre los DESC y viceversa³⁹. Así como la implementación de los derechos sociales requiere de un sistema democrático, del buen gobierno, del Estado de Derecho y del respeto a los derechos civiles y políticos, la implementación de los derechos civiles y políticos, demanda igualmente de la democracia, buen gobierno, del Estado de Derecho y del respeto a los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁰. La interdependencia e indivisibilidad significa que hay una esencial continuidad entre los derechos⁴¹.

En este sentido, a partir del principio de indivisibilidad e interdependencia se desprende que todos los derechos tienen el mismo fundamento, no hay jerarquía entre ellos y, en caso de conflicto, hay que acudir igualmente a la ponderación. Además, que los derechos civiles y políticos y los derechos sociales deben interpretarse coordinadamente, que todos los derechos deben ser igualmente efectivos⁴² y contar con garantías para asegurar la igual efectividad. Dicho principio constituye una norma vinculante en virtud del gran respaldo de la doctrina consolidada y no contradicha sobre este tema⁴³.

³⁹ FERRER MAC-GREGOR, E., “Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yarce y otras contra Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 325, Serie C de 22 de noviembre de 2016, párr. 14.

⁴⁰ RAMCHARAN, B. (ed.), *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Material*, The Raouk Wallenberg Institute Human Rights Library, vol. 22, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, p. 1.

⁴¹ ROSSETTI, A., “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 110.

⁴² ESCOBAR ROCA, G., “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Lex Social-Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n.º 2, 2012, pp. 48 y ss.

⁴³ ESCOBAR ROCA, G., *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63 y 64.

1.2. La relación entre el concepto y el fundamento de los derechos sociales

Con respecto al fundamento de los derechos sociales, cabe aclarar que la postura que se tenga en relación con el fundamento de los derechos está directamente asociada al concepto que se asuma de ellos⁴⁴. Para la concepción liberal, los derechos sociales se fundan en el interés individual y constituyen un seguro o garantías a un mínimo de bienestar que protege contra la pobreza, mientras que para la concepción socialista los derechos sociales buscan reducir las desigualdades de clase, por medio de una comunidad en la cual cada quien aporta según sus capacidades y recibe según sus necesidades. Una tercera postura, la teoría del Estado social, propone reformar las bases del Estado liberal de Derecho y fundamentar los derechos sociales de forma independiente o como vías para garantizar el ejercicio real de las libertades⁴⁵.

Entre los liberales progresistas, Rawls propone defender el principio de igualdad de oportunidad como justificación de los derechos y disminución de las desigualdades sociales y económicas, sin embargo, a esta teoría de la justicia se le acusa de ser incapaz de resolver las desigualdades estructurales, porque está pensada más bien para una sociedad ideal⁴⁶. En contraposición, se formuló la teoría de las capacidades humanas y se insistió en las características personales y en la capacidad efectiva de las personas para acceder a las oportunidades. Sen planteó así vincular la idea de las capacidades con la idea de funcionamientos o libertad de las personas de realizar una elección efectiva y la importancia de que los bienes primarios o necesidades básicas se transformen en capacidades para que los individuos sean verdaderamente libres⁴⁷, mientras Nussbaum propuso una lista de capacidades prioritarias que todo gobierno debería reconocer y la

⁴⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, *cit.*, p. 27.

⁴⁵ BERNAL PULIDO, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, *Discusiones: Derechos Sociales*, n.º 4, 2004, pp. 127 y ss.

⁴⁶ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M. Dolores González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1997; RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 67 y 68. Sobre este punto véase DALLI, M., “En torno a la igualdad en la fundamentación de los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, 2017, pp. 47 y 48.

⁴⁷ SEN, A., *Desarrollo y libertad*, trad. de E. Rabasco y L. Toharia, Planeta, Barcelona, 2000, p. 99; SEN, A., “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, n.º 4, 2004, pp. 330-334.

idea del umbral o condiciones mínimas que cada Estado debería satisfacer en condiciones de igualdad⁴⁸.

En otro orden, hay quienes opinan que el objeto de un derecho fundamental depende de cómo ha de realizarse. Cuando el derecho fundamental tan solo necesita de la no intromisión de otros para su realización, entonces el objeto es una omisión. Por el contrario, cuando necesita de la acción de otro para su realización, entonces su objeto es una acción, aquí suelen los liberales incluir a los derechos sociales⁴⁹.

Entre los derechos civiles y políticos y los DESC no hay fundamentaciones distintas, ambos son derechos de libertad y de igualdad al mismo tiempo. Puesto que los derechos civiles y políticos se fundamentan en una libertad formal (libertad negativa) y en la igualdad ante la ley, y los DESC se justifican, principalmente, a partir de una libertad real entendida como capacidad y en una igualdad sustancial o igualdad en el punto de llegada⁵⁰. En el mismo sentido afirma Ansuátegui que no existe una tajante distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad, más bien, al hablar de fundamentación de los derechos, la libertad y la igualdad son indispensablemente complementarias⁵¹.

Tal y como fue referido, se habla de *libertad desde la igualdad*, puesto que la misión de los DESC será ciertamente la de llenar de contenido la libertad desde la igualdad, y en dicha medida, cubrir las necesidades mínimas que los individuos no pueden hacer por sí mismos para que todas las personas puedan entonces disfrutar, en iguales condiciones, de la libertad⁵². Esta postura instrumentalista que corresponde al concepto del Estado social de Derecho es refutada por Tugendhat, al plantear una segunda vertiente, la fundamentación independiente de los derechos sociales, en la cual dichos

⁴⁸ NUSSBAUM, M., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; NUSSBAUM, M., *Creating Capabilities*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Londres, 2011, pp. 33 y ss. Sobre este punto véase DALLI, M., “En torno a la igualdad en la fundamentación de los derechos sociales”, *cit.*, p. 48.

⁴⁹ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, *cit.*, pp. 108 y 109.

⁵⁰ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, p. 14.

⁵¹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, *cit.*, p. 148.

⁵² FABRE, C., *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 17 y ss.; GARRIGA, A., “Derechos sociales, una aproximación a su concepto y fundamento”, *cit.*, p. 643.

derechos constituyen fines en sí mismos. Para Tugendhat, la tesis de que la libertad es el único fin de las personas digno de protección proviene del mito del pensamiento burgués que parte de que la sociedad está compuesta por individuos autosuficientes y capaces de subsistir aisladamente, olvidando que en la niñez y vejez estos no lo son y que hay personas que tampoco lo son irremediabilmente nunca⁵³.

Este autor sugiere entonces construir un sistema de derechos fundado en el concepto de necesidades, las cuales son inherentes al ser humano y su satisfacción, son fines prioritarios del Estado, de ahí que se exigen reglas de cooperación sobre el individuo, sobre sus familiares y allegados, desarrollando vínculos de solidaridad que incluso se traspasan subsidiariamente a todos y cada uno de los miembros de la sociedad a la hora de satisfacer los derechos sociales. En consecuencia, el fin propio de los DESC es ofrecer a todos y a todas las condiciones mínimas para satisfacer las necesidades básicas y para alcanzar una vida digna. Al respecto, la tesis de Tugendhat más que contradictoria es complementaria con la fundamentación instrumental de los derechos sociales, al poseer estos no solo normas tendentes a garantizar un mínimo existencial, sino también normas que integran la dimensión prestacional de las libertades y derechos políticos⁵⁴.

En esa misma línea, sostienen Añón y De Lucas que para que un orden jurídico-político se considere legítimo debe fundarse en el principio de satisfacción de necesidades básicas⁵⁵. Explica Añón que por necesidad básica debe entenderse una situación o estado de dependencia de un individuo que tiene un carácter ineludible, dado que experimenta un sufrimiento o un daño grave, y dicha situación va a mantenerse en las mismas condiciones, porque no existe una alternativa racional y práctica que no sea su satisfacción, realización o cumplimiento. Las necesidades no son simples instintos o preferencias elegidas de manera arbitraria⁵⁶, son bienes o situaciones innegociables que

⁵³ TUGENDHAT, E., *Lecciones de ética*, trad. de L. Román Rabanaque, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 344 y ss. Ver también BERNAL PULIDO, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, *cit.*, pp. 113 y 114.

⁵⁴ BERNAL PULIDO, C., *ibidem*, pp. 111 y ss.

⁵⁵ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 94.

⁵⁶ AÑÓN, M. J., *Necesidades y derechos: Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 191 y ss.

no apuntan a ninguna otra alternativa real, constituyen por tanto, razones para la acción⁵⁷. Las necesidades fundantes de los derechos sociales se caracterizan por ser básicas, objetivas, generalizables e históricas. En concreto, la insatisfacción de necesidades básicas provoca una degeneración permanente de la calidad de vida humana y de la integridad que se mantiene en tanto no se obtiene la satisfacción adecuada⁵⁸. Esto merma, restringe o anula gravemente las condiciones de autonomía y de supervivencia de las personas⁵⁹ y, afecta en consecuencia, la libertad, las capacidades, la igualdad y la dignidad humana.

Todo fundamento o el porqué de los derechos pertenece a la dimensión que pretende la realización integral de la persona humana en la vida social, a través de sus fines últimos, de la búsqueda de la felicidad, de su independencia, es decir, de lo que se entiende como objetivos de la moralidad⁶⁰. Concebir la dignidad como fundamento moral último de todos los derechos contribuye a superar las distinciones o supuestas contradicciones entre la libertad y la igualdad. Por tanto, como la materialización de los derechos sociales forma parte de las pretensiones del núcleo normativo de la dignidad humana, y conlleva la satisfacción de necesidades esenciales, resulta insostenible repudiar los derechos sociales porque no tengan relación directa con los valores que componen el núcleo del fundamento de los derechos⁶¹. La dignidad constituye también el fundamento de la Constitución y el valor supremo en el que se basa todo el ordenamiento jurídico, por eso la vinculación directa de los derechos sociales con la dignidad humana es una

⁵⁷ DE LUCAS, J. y AÑÓN, M. J., “Necesidades, razones, derechos”, *DOXA*, n.º 7, 1990, p. 80.

⁵⁸ AÑÓN, M. J., *Necesidades y derechos: Un ensayo de fundamentación*, cit., p. 192. Ver también DE LUCAS, J. y AÑÓN, M. J., *ibidem*, p. 58; MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., “Los derechos sociales: Unos derechos controvertidos”, en ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, cit., p. 94

⁵⁹ DE LUCAS, J. y AÑÓN, M. J., *ibidem*, p. 78. Ver también AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 105.

⁶⁰ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 101 y ss.

⁶¹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, cit., pp. 29 y 32.

conexión tan fuerte que no permite cuestionar el carácter de derechos fundamentales de los mismos⁶².

Entre las teorías de fundamentación de los derechos sociales, las que se basan en las necesidades o en las capacidades humanas brindan razones de peso a la hora de justificar la asignación universal de los derechos, por ser pluralistas y por la posibilidad de entenderlas como complementarias de la una y la otra. Y es que cuando las necesidades están cubiertas, es que las personas pueden ejercer una serie de capacidades. Además, cada una de las capacidades y de las necesidades es importante para la eficacia de todas las demás, lo que se ubica en el concepto de interdependencia entre los derechos⁶³.

En fin, si bien los derechos fundamentales existen porque satisfacen necesidades básicas⁶⁴, como considera Añón, los derechos sociales, en tanto que son derechos fundamentales, garantizan que una persona pueda desenvolverse como agente moral (sujeto libre y responsable) en un contexto dado y aseguran el acceso a ciertos bienes básicos que son necesarios para cualquier vida humana digna en condiciones de igualdad⁶⁵. También se orientan al logro de una mejor calidad de vida y capacidad de actuación⁶⁶. Y es que no puede concebirse la ciudadanía, en cuanto a la titularidad de derechos como en lo referente a la pertenencia a la comunidad, de espaldas a los derechos sociales. Los derechos sociales constituyen parte del núcleo de la ciudadanía, porque

⁶² DEL REAL ALCALÁ, J. A., “El legislador en la implementación de los derechos sociales”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I. (ed.), *La eficacia de los derechos sociales hoy*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 28 y 29.

⁶³ ESCOBAR ROCA, G., MARTÍNEZ SORIA, J., *et. al.*, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 334.

⁶⁴ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 94. Ver también DE LUCAS, J. y AÑÓN, M. J., “Necesidades, razones, derechos”, *cit.*, pp. 76 y 77.

⁶⁵ AÑÓN, M. J., “Derechos sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, *cit.*, p. 29. Sobre este punto véase también MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., *Políticas de bienestar: un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 18 y ss.

⁶⁶ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, *cit.*, p. 8.

desarrollan un efecto corrector de las desigualdades sociales y permiten la condición de miembro pleno y no subordinado⁶⁷.

Los derechos económicos y sociales surgen para mejorar la situación de aquellos que no se encuentran provistos de los mecanismos necesarios para disfrutar de los beneficios del capitalismo. De materializarse dicha meta, los derechos económicos y sociales pueden tornarse en parte de la solución a los problemas causados por el propio sistema⁶⁸. Los DESC también juegan un rol preponderante para la prevención efectiva de los conflictos, la construcción de la paz, y en la transición y en la consolidación de la paz después del flagelo dejado por los conflictos⁶⁹.

Está demás reiterar que los DESC cumplen la misión de asegurar a los ciudadanos las condiciones materiales eficaces para la autorrealización del individuo⁷⁰. Por dicha razón debe aclararse que aunque se dice que es la satisfacción de carencias y necesidades de los colectivos concretos lo que justifica los derechos sociales, no se trata de proteger exclusivamente a los grupos y colectivos en cuanto tales, sino igualmente de proteger y tutelar los intereses de los individuos en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad⁷¹.

Para Ferrajoli el nuevo fundamento axiológico de los derechos sociales es la supervivencia humana. Advierte en esa línea, que la satisfacción de los mínimos vitales, y no solamente la garantía de la prohibición de matar, debe entrar a formar parte de las cláusulas del pacto de convivencia, porque la indiferencia hacia los millones de seres humanos que mueren de hambre o de enfermedades curables y no curadas, hace que el

⁶⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, *cit.*, pp. 38 y 39.

⁶⁸ YOUNG, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 2.

⁶⁹ CAHILL-RIPLEY, A. y HENDRICK, D., *Economic, Social and Cultural Rights and Sustaining Peace: An Introduction*, Friedrich-Ebert-Stiftung-Quaker United Nations Office-Lancaster University, Ginebra, 2018, p. 5.

⁷⁰ DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de León, 1993, p. 77. Sobre el valor de la autonomía ver lo planteado por RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 370.

⁷¹ GARRIGA, A., “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 198.

Derecho y los valores se renieguen a sí mismos y se tornen en una brillante ideología, al igual que cuando una persona es asesinada o son dejados impunes sus asesinos⁷². Señala asimismo que todos los derechos fundamentales son factores o condiciones de desarrollo económico y, que sus violaciones producen un descenso de las condiciones de vida de las personas y disminuyen la productividad y la riqueza de cada Estado⁷³, de ahí que constituyan la esfera de lo que ninguna mayoría puede dejar de hacer o decidir no hacer⁷⁴.

Todas las fundamentaciones mencionadas de los derechos sociales -las que se basan en la dignidad humana, en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, en el valor libertad, en las necesidades, capacidades, supervivencia humana o en el valor igualdad- son compatibles y se complementan⁷⁵. Es preferible asumir esta postura que pretender que las mismas son contrapuestas o que se encuentran en conflicto. Así las cosas, un liberalismo radical produce el sacrificio de la igualdad a favor de la libertad, e, igualmente, un socialismo extremo sacrifica la libertad, cuando estas deben entenderse complementarias e indispensables para cada una. Plantea además que es importante evaluar otras fundamentaciones de los derechos sociales, como la que descansa en el valor solidaridad, puesto que juega un papel esencial para la materialización efectiva de la libertad y de la igualdad, al proteger a ciertos colectivos mediante acciones especiales y concretas⁷⁶.

En otro orden, como puede observarse, a la hora de brindarse un concepto o fundamento de los derechos sociales, se suelen invocar de manera habitual a determinadas especificidades como inherentes a estos. A continuación, se presentan algunas de las características o, mejor dicho, mitos que se atribuyen con mayor frecuencia a los derechos sociales para reconocerlos como tales y distinguirlos de otros derechos fundamentales y los argumentos para superarlos.

⁷² FERRAJOLI, L., “Derechos sociales y esfera pública mundial”, trad. de J. Espinoza de los Monteros y J. Barrios, en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. y ORDÓÑEZ, J. (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, cit., pp. 52 y 53.

⁷³ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

⁷⁴ FERRAJOLI, L., *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*, cit., p. 822.

⁷⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., “Los derechos sociales: Unos derechos controvertidos”, cit., p. 93.

⁷⁶ GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Los derechos sociales y la igualdad real y efectiva: Presupuestos teóricos para una acción práctica de emergencia”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I. (ed.), *La eficacia de los derechos sociales hoy*, cit., pp. 54 y ss.

1.3. Mitos que deben superarse a la hora de conceptualizarlos y fundamentarlos

1.3.1. Implican obligaciones positivas por parte del Estado

Generalmente, se relaciona a los DESC con obligaciones positivas a cargo del Estado, es decir, con aquellas que requieren al Estado actuar, hacer o brindar determinadas prestaciones⁷⁷. A pesar de que las obligaciones positivas revisten una importancia simbólica mayor para identificarlos⁷⁸, cabe recordar que todos los derechos suponen un complejo de distintos niveles de obligaciones, tanto positivas como negativas, las que a su vez se encuentran vinculadas a una serie de variables como son, por un lado, las posibilidades de su titular de ejercerlos por sus propios medios o la necesidad de que el Estado facilite o garantice su ejercicio y, por otro lado, si quien viola o amenaza el derecho es el Estado o un particular⁷⁹.

Y es que para hacer efectivos los derechos civiles y políticos, al Estado no solo le corresponde el cumplimiento de obligaciones negativas, pues el derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, no solo supone la ausencia de censura, sino también la creación de espacios culturales y plazas públicas, el financiamiento de publicaciones, la cesión sin costo de espacios en radio y televisión o de lo contrario, una reglamentación que permita el pluralismo informativo. Por otra parte, el derecho de propiedad no solo se garantiza mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias, sino que resulta incluso necesaria la creación de registros inmobiliarios y la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. En cuanto al

⁷⁷ GOMES CANOTILHO, J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de E. Calderón Martín y A. Elvira Perales, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 1988, pp. 246 y 247. Ver también CROSS, F., “The Error of Positive Rights”, *University of California Law Review*, vol. 48, n.º 4, 2001, pp. 857 y ss.; KLATT, M., “Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 2, 2015, p. 355.

⁷⁸ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, p. 25. Ver también NÚÑEZ LEIVA, J., “Estado constitucional de Derecho y ponderación: hacia la superación de la falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales”, *Vniversitas*, n.º 128, 2014, pp. 156 y ss.

⁷⁹ AÑÓN, M. J., “Derechos sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”, *cit.*, p. 31. Véase también CHAMPEIL-DESPLATS, V., “Effectivité et droits de l’homme: approche théorique”, en CHAMPEIL-DESPLATS, V. y LOCHAK, D. (dirs.), *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, Presses Universitaires de Paris, Nanterre, 2008, p. 15.

derecho a elegir y ser elegido, es innegable la compleja infraestructura de personal y de material⁸⁰ que debe poner el Estado a disposición para poder garantizar dicho derecho. Lo mismo ocurre con el derecho a la asistencia legal gratuita de todo imputado acusado de delito, que exige la creación, financiamiento y formación de todo un cuerpo de funcionarios y con la libertad religiosa que frecuentemente también tiene que ser subvencionada para garantizar su goce efectivo⁸¹.

Del mismo modo, no se debe inferir que los derechos sociales solo comportan obligaciones positivas, porque muchos derechos de este grupo parecen no atribuir a sus titulares posibilidad de exigir del Estado determinadas prestaciones positivas concretas. Este parece ser el caso del derecho a la libertad de asociación y sindicación, o del derecho de huelga⁸², en los cuales la obligación del Estado puede más bien traducirse en una abstención de hacer algo. En otros casos, se tratará del reconocimiento de facultades de organización como en el caso de los derechos sindicales o la negociación colectiva; y en otros, el derecho proporciona protección frente a la actividad de particulares como ocurre frente al despido injustificado; también se podrán limitar las facultades de terceros, sean públicos o privados, o establecer la imposición de obligaciones de algún tipo como la fijación de un salario mínimo, la limitación de la jornada, etc.⁸³.

En consecuencia, no son exclusivas las obligaciones de tipo positivo o prestacional de los derechos sociales, pues si se pasara revista a todos y cada uno de los derechos fundamentales se notará que, en efecto, es posible identificar tanto obligaciones negativas como positivas a cargo del Estado para hacer realidad el ejercicio del derecho. Y es que la reducción del contenido de las disposiciones de derechos fundamentales a derechos de defensa, actualmente se considera insostenible a la luz de la naturaleza del concepto de derecho fundamental y de la jurisprudencia constitucional, debido a que las

⁸⁰ CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2008, p. 58.

⁸¹ NÚÑEZ LEIVA, J., “Estado constitucional de Derecho y ponderación: hacia la superación de la falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales”, *cit.*, pp. 157 y ss.

⁸² ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *cit.*, p. 158.

⁸³ AÑÓN, M. J., “Derechos sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”, *cit.*, pp. 30 y 31.

acciones positivas fácticas del Estado son necesarias para garantizar incluso las libertades o los llamados derechos de defensa⁸⁴.

Es importante reiterar que, en vista de que los derechos otorgan sentido, protegen y garantizan las capacidades indispensables para la vida humana plena, se evidencia la necesidad y urgencia de avanzar en el cumplimiento de las obligaciones positivas, ya sea con remover obstáculos, suministrar recursos o promover actividades que permitan la efectividad de todos los derechos, no solo de los civiles y políticos, sino también de los sociales⁸⁵.

1.3.2. El carácter de la universalidad, su efecto erga omnes y la titularidad colectiva de los derechos sociales

Los derechos sociales fundamentales buscan asegurar un estándar mínimo y por eso benefician potencialmente a todos⁸⁶. La potencialidad de ser utilizados por cualquier persona en determinadas circunstancias es lo que constituye su tendencia universalista⁸⁷. Sin embargo, esa tendencia universalista no significa que todos los individuos, en todas las circunstancias, sean beneficiarios de estos derechos, puesto que si los derechos fundamentales tienen que ser derechos universales y la universalidad de los derechos consistiera en que el derecho en cuestión debe ser actualmente disfrutado por todos los seres humanos, sea cual fuere la ocasión en que se encuentren, entonces algunos derechos individuales clásicos no son ni han sido nunca universales y, en consecuencia, no serían derechos fundamentales⁸⁸. No obstante a que los derechos políticos no se ostentan para toda la comunidad, es notable que nadie cuestione por esa razón su estatus de derechos

⁸⁴ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit, pp. 36 y 37.

⁸⁵ AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, cit., p. 68.

⁸⁶ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., p. 69.

⁸⁷ RODRÍGUEZ OLVERA, Ó., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 2016, p. 261.

⁸⁸ HIERRO, L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, cit., p. 174. Ver también MARTÍNEZ, V., “Los derechos económicos, sociales y culturales en serio”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n.º 15, 2015, p. 372.

fundamentales⁸⁹. La universalidad persigue ahora hacer a todos partícipes de las preocupaciones y la construcción de un mundo mejor y más tolerante, es decir, apela a la solidaridad y a que las preocupaciones sean asuntos de todos⁹⁰.

Sobre este tema, cabe resaltar que aunque la meta ideal u objetivo político será su generalización, no deberían reclamar la satisfacción de necesidades básicas quienes pueden satisfacerlas por sí mismos. Si quienes no lo necesitare accedieran a esos servicios públicos, pagando la totalidad de su coste o, al menos parte importante de ello, mientras que el derecho fundamental, de crédito, quedaría reservado a aquellos colectivos concernidos por la imposibilidad de satisfacerlos por sí mismos, entonces se aplicaría el criterio de la igualdad como diferenciación, para alcanzar la equiparación en una universalidad del punto de llegada, y de este modo se podría encontrar soluciones a la crisis del Estado social⁹¹.

A pesar de los planteamientos de Peces-Barba respecto a que la universalidad de los derechos, no puede suponer la generalización a todos de los derechos, porque la escasez de recursos impide reconocer los derechos sociales a cada persona en particular, la escasez puede ser más bien un argumento para defender un tipo de organización política que distribuye los recursos de determinada manera y subordina los objetivos sociales que persiguen estos derechos⁹².

Por otro lado, si los derechos fundamentales tienen que ser derechos absolutos y el carácter absoluto o *erga omnes* de los derechos consistiera en que el titular puede esgrimir su derecho respecto de todos y que todos están obligados a realizar alguna acción o a observar alguna abstención para satisfacerlo, entonces ninguno de los derechos políticos clásicos sería absoluto y, en consecuencia, no serían derechos fundamentales. El derecho de sufragio, por ejemplo, no se pretende que lo tenga todo ser humano respecto a los

⁸⁹ PEÑA FREIRE, A., “La teoría fuerte de los derechos sociales: Reconstrucción y crítica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2016, p. 253.

⁹⁰ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., “La pretensión de universalidad y la tensión de la tolerancia”, *Derechos y Libertades*, n.º 5, 1995, pp. 456 y ss.

⁹¹ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, cit., pp. 316 y ss.

⁹² MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, cit., p. 17.

gobernantes de cualquier Estado, sino precisamente del Estado del que él forma parte y a cuyas decisiones normativas está habitualmente sometido⁹³.

Con respecto a la titularidad de los DESC existen dos posturas básicas: la primera sostiene que se trata de derechos colectivos, es decir, que tienen una dimensión social constitutiva y cuando se reconocen prestaciones a favor de individuos es por su incardinación en tales formaciones sociales, de modo que sus intereses y sus necesidades son contempladas en su cualidad de miembros de la entidad colectiva. Una segunda postura sostiene que son siempre derechos individuales⁹⁴, por lo que los titulares son, exclusivamente, individuos. No son metas políticas, ni derechos colectivos.

Y es que, de acuerdo con Arango, “el titular de un derecho es quien se encuentra en una posición jurídica que puede ser justificada mediante razones válidas y suficientes”, por lo tanto, el hecho de que sea el individuo quien se beneficie principalmente con las posiciones aseguradas jurídicamente, esto no significa que los derechos atañen exclusivamente a individuos, debido a que también los grupos de individuos pueden ser titulares de derechos⁹⁵.

Al parecer, la tendencia es situarlos como derechos de titularidad colectiva, puesto que el ejercicio de determinados derechos sociales como el derecho de los sindicatos a fundar organizaciones sindicales internacionales o del derecho a la negociación colectiva, puede corresponder a determinadas asociaciones o colectividades en las que se integran los individuos⁹⁶. Sin embargo, dado que el derecho social reconoce una situación de desigualdad por superar; es derecho del marginado, del discriminado, del menos protegido a tomar parte en los beneficios de la vida en comunidad, a los que les da derecho la posición formal de la igualdad ante la ley.

⁹³ HIERRO, L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *cit.*, pp. 178 y 179.

⁹⁴ GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 162 y 163. Sobre este punto, véase también BELLOSO MARTÍN, N., “Los derechos sociales en tiempos de crisis: su progresividad y su exigibilidad como retos del Estado constitucional”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, n.º II, 2016, p. 129.

⁹⁵ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, *cit.*, pp. 59, 60 y 72.

⁹⁶ GARRIGA, A., “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales”, *cit.*, p. 196.

Se advierte por ello que la aplicación del principio de igualdad no debe ser entendida, entonces, como una ventaja del grupo en sí, es decir, de todos los pobres, enfermos, estudiantes, etc. Más bien es el individuo que pertenece al grupo discriminado o marginado y que pretende ejercer sus derechos fundamentales como titular exclusivo del derecho social fundamental⁹⁷. Consecuentemente, no se puede esquematizar estos derechos como exclusivamente colectivos, ni tampoco como exclusivamente individuales. El exclusivismo conceptual solo es posible ante aquellas figuras jurídicas perfectamente definibles en una posición extrema⁹⁸. En fin, no es posible establecer una contraposición frontal entre un grupo y otro de derechos porque en última instancia todos los derechos son individuales en cuanto a la titularidad y sociales en cuanto al ejercicio⁹⁹.

1.3.3. Suponen obligaciones de cumplimiento progresivo para el Estado

Hay quienes afirman que mientras los derechos civiles y políticos generan obligaciones de cumplimiento inmediato, los derechos sociales se subordinan a la disponibilidad de los recursos, por lo que deben ser desarrollados progresivamente. Sin embargo, dicha postura resulta errónea toda vez que los derechos sociales de por sí, involucran obligaciones de inmediato cumplimiento¹⁰⁰ en algunas esferas, tales como la prohibición de discriminación y la adopción de medidas para su materialización¹⁰¹.

Algunos sostienen que una característica de los derechos sociales es que su contenido esencial varía de acuerdo con el grado de desarrollo económico de cada Estado, mientras que el contenido esencial o núcleo duro de los derechos civiles y políticos es

⁹⁷ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., pp. 90 y 91.

⁹⁸ RODRÍGUEZ OLVERA, Ó., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, cit., p. 258.

⁹⁹ DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., p. 76.

¹⁰⁰ Organización de las Naciones Unidas, "Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales", Folleto informativo n.º 33, Naciones Unidas, Suiza, 2009, p. 19.

¹⁰¹ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, p. 27. Ver consideraciones planteadas respecto de la obligación de progresividad del artículo 2 del PIDESC en el apartado posterior. Igualmente, ver en apartado posterior lo referido sobre las obligaciones de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales.

inmutable, con independencia del país del que se trate. Así, el derecho a la vida es igual en un país desarrollado que en un país en vía de desarrollo, mientras que el concepto de vivienda digna cambia de un Estado a otro¹⁰². La Declaración y Programa de Acción de Viena reconoce al respecto que aunque se deban tomar en cuenta las particularidades nacionales y regionales, los patrimonios históricos, culturales y religiosos, todos los Estados deben, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, promover, respetar y garantizar todos los derechos fundamentales¹⁰³.

En todo caso, el referido carácter de mutabilidad del contenido es atinente a derechos de cualquier índole, como también el que ciertos contenidos de los derechos sean sustancialmente iguales respecto a cualquier Estado. De ahí que, retomando el ejemplo anterior, el derecho a la vida privada presente matices en el modo de su cumplimiento según qué se entienda por *familia* o *domicilio* en un Estado. Al mismo tiempo, si bien el concepto de vivienda digna es variable, ciertos aspectos, tales como *seguridad jurídica de la tenencia*, *habitabilidad*, entre otros estándares mínimos desarrollados por el Comité DESC de las Naciones Unidas, resultan de obligatorio cumplimiento para cualquier contexto estatal. Es decir, que aunque el contenido de los derechos requiera de cierto margen de adaptación de acuerdo con las particularidades de los Estados, aspectos uniformes serán siempre aplicables en todos ellos¹⁰⁴.

Las injusticias económicas no son el resultado de crisis económicas coyunturales, son más bien efecto de crisis estructurales y permanentes, que surgen como consecuencia del sistema socioeconómico dominante a escala mundial. La ineficacia productiva no ha provocado el gran problema de la escasez como miseria de grandes masas sociales, sino que lo ha sido la concepción de apropiación y distribución de bienes existentes. De ahí la necesidad y urgencia de promover un sistema democrático, económico y global que beneficie efectivamente la solidaridad, el desarrollo, y garantice un mínimo de recursos

¹⁰² PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *ibidem*, p. 28.

¹⁰³ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, cit., párr. 5.

¹⁰⁴ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, cit., p. 29.

esenciales¹⁰⁵. No se puede permitir que los programas de austeridad se tornen incompatibles con la protección de los derechos sociales¹⁰⁶.

Es preciso también recordar que ante las situaciones de crisis económicas o de recesión graves, la obligación de garantizar todos los derechos fundamentales subsiste y se recalca la importancia de priorizar a los grupos de personas que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad¹⁰⁷. Las crisis económicas, por ende, no pueden servir más de excusa para supeditar o ignorar el ejercicio de los derechos sociales¹⁰⁸. Al contrario, en estas circunstancias es cuando mayor relevancia cobran los mismos¹⁰⁹. Es necesario abogar entonces para que los derechos sociales sean considerados como auténticos derechos fundamentales, garantizadores de exigencias derivadas de la dignidad humana¹¹⁰, sin los cuales el ser humano no puede vivir.

1.3.4. Existe una indeterminación del sujeto obligado por los derechos sociales

Se objeta con frecuencia, y se considera además una diferencia frente a los derechos civiles y políticos, la dificultad de identificar a los obligados por los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, a los encargados de cumplir la pretensión que ellos imponen¹¹¹. De acuerdo con Peces-Barba, al analizar los derechos sociales desde el

¹⁰⁵ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, p. 17.

¹⁰⁶ BALLESTEROS, J., “Derechos sociales y deuda. Entre capitalismo y economía de Mercado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2018, pp. 15 y ss.

¹⁰⁷ AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, *cit.*, pp. 62 y 63; AÑÓN, M. J., “¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derechos y Libertades*, n.º 34, 2016, pp. 62 y ss. Ver también BILCHITZ, D., *Pobreza y derechos fundamentales: La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de J. Portocarrero, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 180 y ss.; DALLI, M., “En torno a la igualdad en la fundamentación de los derechos sociales”, *cit.*, pp. 59 y 60.

¹⁰⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *cit.*, p.162.

¹⁰⁹ BILCHITZ, D., “Derechos socioeconómicos, crisis económica y doctrina jurídica”, trad. de A. Díaz Azcúnaga, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n.º 5, 2017, pp. 99 y 150.

¹¹⁰ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, pp. 17 y 18. Sobre este punto véase también BELLOSO MARTÍN, N., “Los derechos sociales en tiempos de crisis: su progresividad y su exigibilidad como retos del Estado constitucional”, *cit.*, pp. 131 y ss.

¹¹¹ DE ROUX, C. y RAMIREZ, J., “Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Serie Estudios y Perspectivas*, n.º 4, 2004, pp. 13 y 14. Ver también MAYORGA, R., *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 179.

tipo de reacción jurídica que suponen, estos deben considerarse, sin lugar a dudas, como derechos subjetivos, toda vez que, frente al titular del derecho (sujeto activo) existe un sujeto obligado, concreto e identificado a priori por ese derecho (sujeto pasivo), que suelen ser los poderes públicos¹¹². En esa línea, el derecho a la educación, por ejemplo, corresponde a la administración educativa competente el deber de satisfacerlo¹¹³.

Por su parte, Nickel considera que los gobiernos son los primeros obligados de los derechos fundamentales de sus residentes, y les corresponden deberes tanto para respetar como para defender los derechos de estos, pero agrega que los particulares también tienen responsabilidades negativas de respeto hacia los derechos fundamentales de los demás, así como positivas de promoción de los derechos en su propio país¹¹⁴.

Los críticos, sobre todo aquellos de posturas neoliberales, rechazan toda posibilidad de que los derechos sociales supongan obligaciones a personas que no las aceptaron previamente y, en consecuencia, no pueden depender de acciones voluntarias¹¹⁵. Que si bien se tiene la obligación de no matar o de no robar a otros, no puede defenderse en cambio que un individuo pobre tenga derecho de exigirle a un particular alimentación, alojamiento o cualquier otro bien¹¹⁶.

Esa postura anterior sostiene que los derechos a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda, entre otros, han sido implementados constriñendo a determinados grupos al pago de tributos, al fomentar el Estado la obligatoriedad de la caridad y la desaparición de los actos de compasión, cuya finalidad es la asistencia a las personas en

¹¹² PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, cit., p. 61.

¹¹³ RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, cit. Ver también RIVEROS, D., “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: Una visión estructural”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, pp. 37 y 38.

¹¹⁴ NICKEL, J., “Poverty and Rights”, *The Philosophical Quarterly*, n.º 220, 2005, p. 396. Sobre este punto véase también CASAL, J., “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”, en BAZÁN, V. y STEINER, C. (eds.), *La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2015, p. 28.

¹¹⁵ RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, cit.

¹¹⁶ KELLEY, D., *A Life of One's Own: Individual Rights and the Welfare State*, Cato Institute, Washington, D. C., 1998, p. 24.

mayor situación de pobreza. Reivindican que el único mecanismo que existe para promover el bienestar de una comunidad es el mercado¹¹⁷.

En contraste, algunos autores advierten que con el principio de subsidiariedad se ha admitido que la sociedad tiene las capacidades para atender sus propias necesidades materiales y, si bien el constitucionalismo social defiende que hay áreas que han de ser asumidas por el Estado, ello no impide que la sociedad actúe y asuma un rol importante en materia de protección de los derechos sociales¹¹⁸.

Actualmente, el Estado ha dejado de considerarse el único actor responsable de las violaciones de los derechos fundamentales¹¹⁹. En ese mismo orden, advierte Bilbao Ubillos que los particulares pueden incluso resultar más peligrosos que los poderes públicos, porque se imponen frecuentemente respecto de aquellos con quienes comparten relaciones desiguales de poder y, en ocasiones, sus actuaciones quedan impunes dadas las dificultades de control efectivo de las mismas por parte del Estado¹²⁰. Igualmente los abusos a los derechos sociales pueden ser ocasionados por las empresas multinacionales o transnacionales¹²¹. De ahí que los derechos fundamentales deban protegerse frente al poder (abusivo), independientemente de que este tenga el adjetivo de público o privado¹²².

La tesis del efecto horizontal de los derechos fundamentales plantea que los derechos fundamentales tienen influencia en las relaciones jurídicas entre dos o más

¹¹⁷ RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *cit.*

¹¹⁸ POYANCO, R., “Los derechos sociales y la sociedad. El principio de subsidiariedad”, en MIRANDA, R., da SILVA, F., y SANTOS, C. (eds.), *O Direito actual e as novas fronteiras jurídicas no limiar de uma nova era*, Universidade Católica, Porto, 2017, pp. 1067 y 1068.

¹¹⁹ CHAMPEIL-DESPLATS, V., “Droits de l’homme et libertés économiques: éléments de problématique”, en CHAMPEIL-DESPLATS, V. y LOCHAK, D. (dirs.), *Libertés économiques et droits de l’homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, París, 2011, p. 29.

¹²⁰ BILBAO UBILLOS, J., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 243.

¹²¹ BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos efectos perversos de la globalización: Las empresas transnacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de derechos humanos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, 2013, pp. 3 y ss.

¹²² BILBAO UBILLOS, J., “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *drittwirkung*: una visión de conjunto”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21, 2017, p. 51.

particulares¹²³. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán señala: “Las normas de derecho fundamental contienen no solo derechos subjetivos del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica de Derecho constitucional, es válida para todos los ámbitos del Derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la Administración y la jurisdicción”¹²⁴.

Por su parte, hay una vertiente que defiende la eficacia horizontal directa o inmediata, la cual fue formulada por Nipperdey en 1950, al sostener que los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas entre particulares de modo inmediato, aun al margen del desarrollo legislativo, y los jueces deben aplicarlos entonces de manera directa y sin mediaciones en sus decisiones. Los derechos fundamentales, en consecuencia, modifican normas existentes de Derecho privado y crean normas nuevas¹²⁵. Por otro lado, la vertiente sobre la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales fue planteada por Dürig, la cual postula que los derechos fundamentales al ser desarrollados por la ley, deben interpretarse en la forma en la que el legislador ha deparado su contenido, alcances y límites. Pero, además, la ley deberá ser interpretada conforme al sentido de aquellos y los conceptos abiertos y cláusulas generales constituyen puntos de penetración de los derechos fundamentales en el Derecho civil¹²⁶. Esta postura condiciona la operatividad de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones

¹²³ VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y autonomía privada*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 227. Ver también MARSHALL BARBERÁN, P., “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2010, p. 53.

¹²⁴ Alemania, Tribunal Constitucional Federal, Sentencia 39 (1), 25 de febrero de 1975. Sobre este punto véase ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 465.

¹²⁵ NIPPERDEY, H., “Grundrechte und Privatrecht”, en NIPPERDEY, H., (ed.), *Festschrift für Erich Molitor*, C.H. Beck, Múnich-Berlín, 1962, pp. 23 y ss. Sobre este punto véase MENDOZA ESCALANTE, M., “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 11, 2005, pp. 221 y 222; VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y autonomía privada*, cit., pp. 227 y ss.

¹²⁶ DÜRIG, G., “Grundrechte und Privatrechtsverkehr”, en MAUNZ, T. y DÜRIG, G., *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, Múnich, 2001, pp. 66 y ss. Sobre este punto véase MENDOZA ESCALANTE, M., *ibidem*, pp. 222 y 223.

entre particulares a la mediación de un poder público, que sí se encuentra vinculado de manera directa a estos derechos¹²⁷.

La tesis de la eficacia horizontal indirecta fue asumida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal alemán, en la conocida sentencia del *Caso Lüth* del 15 de enero de 1958¹²⁸ por la cual se anuló una resolución de un tribunal civil que no verificó que la norma civil aplicable al caso se encontrase en concordancia con los valores que subyacen a los derechos fundamentales en virtud del efecto irradiación que tienen sobre el ordenamiento jurídico. Sobre el particular, el ordenamiento alemán limitaba la admisibilidad de la demanda de violación de derechos constitucionales a que dicha violación fuese cometida por un poder público, de ahí, el desarrollo de esta doctrina que considera que cuando la violación proviene de una decisión judicial (que es un acto de un poder público) puede impugnarse, porque los órganos judiciales están compelidos a interpretar siempre todas las normas jurídicas de conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales y a darles efectividad a estos últimos¹²⁹.

Con respecto a los actores nacionales y sus obligaciones en materia de derechos sociales, vale reiterar lo expresado en cuanto a que la garantía de los DESC involucra a todas las ramas de los poderes públicos¹³⁰. Corresponde al poder legislativo regular normativamente el ejercicio y goce de los derechos sociales, aprobar los tratados internacionales que consagran estándares sobre DESC, así como aprobar el presupuesto nacional y velar porque se destine el máximo disponible de recursos para la satisfacción de dichos derechos¹³¹. Además, la garantía de los derechos sociales debe consagrarse de manera expresa en las leyes, concebirse como derechos fundamentales justiciables,

¹²⁷ BILBAO UBILLOS, J., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 283; BILBAO UBILLOS, J., “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *drittwirkung*: una visión de conjunto”, cit., p. 53.

¹²⁸ MENDOZA ESCALANTE, M., “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, cit., p. 223. Ver también COMELOUP, S., “Code civil et constitution(s): Le cas de l’Allemagne”, en VERPEAUX, M. (ed.), *Code civil et constitution(s), Journée d’Études du 25 mars 2004 à l’Assemblée Nationale*, Economica, París, 2005, pp. 85 y ss.

¹²⁹ BILBAO UBILLOS, J., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 145 y ss.

¹³⁰ CASAL, J., “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”, cit., p. 21.

¹³¹ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., p. 35.

dejando de plantearse como asuntos de caridad o solidaridad informal. Sobre todo, es imprescindible avanzar en la constitucionalización directa de estos derechos debido a que ello facilita asegurarlos ante los cambios de gobiernos u otros pormenores¹³².

En virtud de que los derechos fundamentales exigen una actividad por parte del legislador para que puedan realizarse en la práctica, no cabe duda entonces de que el legislador puede ser obligado a acciones positivas a favor de titulares concretos de derechos fundamentales. Por ello, se aclara que la exigencia de una decisión dirigida al legislador ha de considerarse como una consecuencia de la vulneración del principio de igualdad, lo que puede ocurrir, por ejemplo, a partir de la desigual consideración de un colectivo en la admisión a un programa o a un puesto oficial¹³³.

El poder ejecutivo también está vinculado a los derechos fundamentales. La obligación del ejecutivo constitucionalmente a acciones positivas generales a favor del individuo se torna más clara en aquellos casos en los que la Administración tiene un ámbito decisorio propio, por ejemplo en la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados¹³⁴. Además, el ejecutivo es responsable de garantizar que la legislación esté respaldada por políticas y programas adecuados y que los presupuestos se preparen y ejecuten correctamente y su utilización se someta a una auditoría, en aras de alcanzar la mayor efectividad de los derechos sociales¹³⁵.

La administración de justicia por su parte, se encuentra vinculada a los derechos sociales fundamentales toda vez que tiene que actuar en la interpretación y la aplicación de las leyes de conformidad con la Constitución, puede incluso ser obligada a un actuar positivo por un juez jerárquicamente superior o por el Tribunal Constitucional ante determinadas violaciones¹³⁶. El poder judicial y en especial el Tribunal Constitucional, no solo son responsables de declarar cuándo ha sido violado un derecho social en los casos

¹³² CALVO GARCÍA, M., “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. 122 y ss.

¹³³ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., pp. 96 y ss.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., p. 35.

¹³⁶ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., p. 100.

en que se encuentren apoderados, también son los encargados de precisar su contenido¹³⁷. Efectivamente, si bien su rol no ha de ser el diseño de las políticas públicas adecuadas y de distribución de recursos financieros, en el contexto de un sistema constitucional equilibrado y en el que los derechos sociales son tomados en serio, tienen que desarrollar un papel muy importante. Para ello, es necesario superar la concepción de que ellos, al ejercer determinadas funciones, usurpan las competencias de los demás poderes públicos¹³⁸.

En el ámbito de la justicia, otros actores nacionales como el Defensor del Pueblo, las comisiones de derechos humanos, entre otros, de acuerdo con las funciones que les son atribuidas, también realizan una importante labor de promoción y protección de los derechos sociales¹³⁹. Estos actores resultan muy útiles porque no tienen algunos de los inconvenientes que sí poseen las garantías jurisdiccionales, además son gratuitos, informales y rápidos¹⁴⁰.

Por todo lo anteriormente señalado urge superar las distinciones entre tipologías de derechos, defender la tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales, así como insistir en el carácter polifacético de todos los derechos, puesto que todos conllevan obligaciones positivas y negativas, en parte son prestacionales y no, costosos y no, determinados e indeterminados, entre otras, lo que no les resta valor como derechos fundamentales ni los torna inexigibles judicialmente como se pretende¹⁴¹. Como advierte Ansuátegui, el discurso que insiste en los elementos que diferencian los derechos sociales de otros derechos, ha provocado su estancamiento y los ha devaluado en relación con los demás¹⁴². Corresponde más bien reflexionar ahora en lo que las teorías

¹³⁷ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 36.

¹³⁸ CALVO GARCÍA, M., “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, *cit.*, p. 105.

¹³⁹ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 36.

¹⁴⁰ ESCOBAR ROCA, G., BRAGE CAMAZANO, G., *et. al.*, “Garantías”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, *cit.*, p. 732.

¹⁴¹ CALVO GARCÍA, M., “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, *cit.*, p. 93.

¹⁴² ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *cit.*, pp. 145 y ss.

evidencian, los elementos y problemas comunes que tienen todos los derechos¹⁴³ y los desafíos para su ejercicio efectivo, pues unos y otros no son estructuralmente distintos, ni en su fundamentación, ni en su formulación o titularidad¹⁴⁴.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los DESC son llamados *derechos de segunda generación* por encontrarse situados en una segunda etapa del proceso de positivación de los derechos. La razón de lo dicho radica en que, en la primera etapa de la historia de los derechos fundamentales, las Declaraciones consagraron derechos civiles y políticos, y en un segundo período se fueron reconociendo paulatinamente unos derechos nuevos que atendían a inquietudes sociopolíticas distintas y salvaguardaban intereses diferentes. Esos derechos son finalmente incorporados en forma expresa y puntual a varios textos constitucionales del primer tercio del siglo XX¹⁴⁵, época de la postrevolución francesa¹⁴⁶.

Escobar Roca no obstante estima que los derechos sociales son un problema tan antiguo como el Estado constitucional, pero más bien desatendido por la ideología burguesa y liberal predominante de los siglos XIX y parte del XX. Entiende que resulta medianamente falsa dicha tesis de la aparición tardía de los DESC, puesto que, como reivindicaciones, nacen desde el inicio de la historia de los derechos fundamentales y ya en el siglo XIX se aprecian logros aislados de su positivación¹⁴⁷.

Vale aclarar que, aunque con frecuencia se identifica su nacimiento en un segundo momento del desarrollo histórico de los derechos fundamentales, no supone que se trate

¹⁴³ CASAL, J., “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”, *cit.*, p. 29.

¹⁴⁴ ROSSETTI, A., “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, *cit.*, p. 108.

¹⁴⁵ DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, *cit.*, pp. 22 y 23.

¹⁴⁶ REY CANTOR, E., *Las generaciones de los derechos humanos*, Universidad Libre, Bogotá, 2011, p. 153.

¹⁴⁷ ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, *cit.*, p. 89.

de unos derechos de segunda clase en relación con los individuales¹⁴⁸. En este sentido, resultaría absurdo y contraproducente valorar los derechos civiles y políticos como derechos más importantes que los derechos sociales, puesto que todos los derechos fundamentales representan un conjunto indivisible¹⁴⁹ y ningún derecho se encuentra subordinado a otro¹⁵⁰. Todos los derechos fundamentales han emergido gradualmente y respondiendo a aspiraciones y órdenes de valores múltiples¹⁵¹.

Con respecto a los factores que influyeron en el nacimiento de los derechos sociales, cabe resaltar entre ellos los siguientes: Las grandes transformaciones económicas y sociales producidas a lo largo del siglo XIX, los consiguientes cambios ideológicos y la presión ejercida por las nuevas clases sociales, principalmente la conquista del derecho de asociación y de sufragio universal para todos¹⁵² y, en consecuencia, la incorporación al Parlamento de representantes de los partidos obreros, que trae consigo la toma de conciencia de las necesidades de los trabajadores y la defensa de sus intereses. Al adquirir las trabajadoras y trabajadores una voz política que les permitiese enfrentar la inequidad económica creciente entre ellos y los empresarios¹⁵³, se formulan unos nuevos derechos, los derechos económicos, sociales y culturales, a la educación, a las condiciones del trabajo, a la seguridad social, etc. Al no ser cubiertas las necesidades básicas con los derechos civiles y políticos, se esperaba corregir los

¹⁴⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *cit.*, pp. 150 y ss.

¹⁴⁹ CORCUERA CABEZUT, S., “Derechos sociables exigibles”, en CALVA, J. (coord.), *Derechos y políticas sociales*, La H. Cámara de Diputados, LX Legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México-Miguel Ángel Porrúa, México, D. F., 2007, p. 53. Ver también lo planteado por BONET DE VIOLA, A., “Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana*, n.º 124, 2016, pp. 22 y ss.

¹⁵⁰ Respecto a esto, ver punto sobre la interdependencia con otros derechos humanos.

¹⁵¹ CHAMPEIL-DESPLATS, V., “Droits de l’homme et libertés économiques: éléments de problématique”, *cit.*, p. 21.

¹⁵² PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, *cit.*, p. 33. Ver además del mismo autor *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, *cit.*, p. 169.

¹⁵³ MICHELINÉ, I., *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, University of California Press, Ltd., Londres, 2004, p. 9.

desequilibrios que había llegado a provocar la incontrolada acción de una autonomía individual ilimitada¹⁵⁴ basada en un concepto vacío de libertad¹⁵⁵.

Por otro lado, contribuyó también al surgimiento de estos derechos la convicción de que la organización estatal ya no era por sí misma el enemigo natural de la autonomía individual contra el que resultaba imprescindible defenderse y establecer garantías, sino más bien, un auxiliar decisivo y el principal organizador de la liberación social. De este modo se llegó a una conciencia generalizada de la necesidad de que el Estado pasase a intervenir de forma positiva en la lucha por el disfrute general e igualitario de los derechos fundamentales tradicionales y por la conquista de nuevas cuotas de bienestar por parte de todos los ciudadanos y ciudadanas. Por último, ayudó igualmente la atribución de una progresiva importancia al principio organizativo de la igualdad, el reconocimiento del protagonismo de los grupos sociales frente a los individuos y la insistencia en la dimensión social de la justicia¹⁵⁶.

2.1. El desarrollo de los principales instrumentos jurídicos en materia de derechos sociales

A lo largo del siglo XIX el proletariado va adquiriendo protagonismo histórico a medida que avanza el proceso de industrialización, y cuando desarrolla una conciencia de clase, reivindica unos derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos individuales. A partir de entonces, el derecho al trabajo, a sus frutos y a la seguridad social pasan a ser las nuevas exigencias cuya protección jurídica se reclama¹⁵⁷.

¹⁵⁴ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, cit., pp. 169 y 170.

¹⁵⁵ MICHELINE, I., *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, cit., p. 9. Sobre este punto véase MARTÍN MARTÍN, S., “Sozialstaat y derechos sociales en el trance constituyente (1977-1981)”, en BARRERO ORTEGA, A. (coord.), *Derechos sociales: Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, cit., pp. 25 y 26.

¹⁵⁶ DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 39 y ss.

¹⁵⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 122; PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 38. Sobre este punto véase también NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 20.

Marx en la *Crítica al Programa de Gotha*, dará ya paso a formulaciones que son claramente de derechos económicos, sociales y culturales, pues sostuvo que la educación solo podrá ser nacional, con la condición de ser una deuda del Estado y un deber por parte del ciudadano, es decir, gratuita y obligatoria. También y quizás lo más importante es para él, y luego para la tradición socialista, el derecho al trabajo, que no implicaba la negación del derecho de propiedad, sino su generalización, rechazando la idea fisiocrática de que era un derecho natural de los propietarios. Para Marx, toda propiedad que no provenga del trabajo será ilegítima y todo trabajo que no conduzca a la propiedad, opresivo¹⁵⁸. En esa misma línea, Fichte, precursor del nacional socialismo y del Estado interventor, también defendió el derecho inalienable del hombre a la alimentación saludable, al vestido y a una vivienda sana y sólida¹⁵⁹.

La unión de necesidades que deben ser satisfechas y su consideración como un derecho del ser humano fue dando origen entonces a la cultura de los derechos sociales. Es decir, que los DESC se plasman jurídicamente con cierto éxito al determinar un mínimo de condiciones materiales para el ejercicio de la libertad y la consideración de la dignidad humana, por debajo del cual no podía colocarse a los obreros¹⁶⁰ y, en general, a toda persona. Se trata del establecimiento de un *mínimo nacional*, tanto en las condiciones de trabajo como en la educación, sanidad, ocio, etc.¹⁶¹.

A continuación, se analizan cronológicamente las normas que han tenido mayor impacto en el desarrollo de los derechos sociales.

¹⁵⁸ MARX, C., *Crítica del Programa de Gotha*, versión castellana, Ricardo Aguilera Editor, Madrid, 1971. Ver también PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, cit., pp. 39 y ss.

¹⁵⁹ PECES-BARBA, G., *ibidem*, pp. 35 y ss.

¹⁶⁰ CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, cit., p. 50. Ver también MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, cit., pp. 12 y ss.

¹⁶¹ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, cit., pp. 29 y ss.

2.1.1. Los instrumentos normativos surgidos antes de la Segunda Guerra Mundial

Algunos autores sostienen que la formulación más antigua de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra en el proyecto de Constitución francesa republicana del 24 de junio de 1793, a su vez, inspirada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esa Constitución incorporaba, a través de los artículos 17, 21 y 22, varios principios de signo marcadamente económico o social¹⁶². A pesar de que el proyecto no llegó a entrar en vigor, consagraba con respecto a la libertad de elección de trabajo que ningún tipo de trabajo, de cultivo o de comercio podía ser prohibido a la actividad de los ciudadanos, lo que elimina las limitaciones que tenían los individuos cuando no tomaban parte de los privilegios nobiliarios, estamentales o gremiales.

Dicho proyecto también disponía que la sociedad debiera asegurar la subsistencia de los ciudadanos menos favorecidos a través de la garantía del trabajo y su debida instrucción, con ello se inicia la positivación esencial de derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la asistencia pública y el derecho a la educación. Así, destaca Rodríguez Olvera que además de los anteriores derechos se abogó por la seguridad, la existencia, el desarrollo de la capacidad del hombre, la libertad, la oposición contra la opresión y la igualdad¹⁶³. Para algunos, lo que se pretendía era proteger el valor de la persona humana en todas sus manifestaciones individuales y sociales¹⁶⁴.

Más tarde, con el movimiento revolucionario *La Comuna* que tuvo lugar en Francia en 1848 y en los movimientos de 1871, como consecuencia de las fuertes tensiones sociales y económicas, se reivindica la materialización de los principios de igualdad y justicia social, además de lo relativo a la libertad política como el

¹⁶² SÁNCHEZ, R., “Claves sobre la emancipación de los derechos humanos”, en GONZÁLEZ MONGUÍ, P. (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, Cátedra Gerardo Molina-Universidad Libre, Bogotá, 2009, pp. 116 y ss. Sobre dicha Constitución ver lo descrito por CASTRO BUITRAGO, E., RESTREPO YEPES, O. y GARCÍA MATAMOROS, L., “Historia, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, 2007, pp. 81 y 105.

¹⁶³ RODRÍGUEZ OLVERA, Ó., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, cit., pp. 13 y 14.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, cit., p. 84.

establecimiento del sufragio universal, sobre contenido social, las mejoras de las condiciones de vida, el derecho al trabajo y a la instrucción de las masas. Estos principios se consagraron en el preámbulo de la Constitución francesa de la Segunda República, aprobada el 4 de noviembre de 1848¹⁶⁵.

En el artículo 13 de la referida Constitución se proclamó la garantía constitucional a los ciudadanos de su libertad de trabajo y de industria, y se dispone asimismo que la sociedad tenía que favorecer y fomentar el desarrollo del trabajo por la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad de relaciones entre el patrono y el obrero, las instituciones de previsión y de crédito, las instituciones agrícolas, las asociaciones voluntarias, los departamentos y los municipios de obras públicas adecuadas para emplear los brazos desocupados; además de proporcionar la asistencia pública a los niños abandonados, a los enfermos y a los ancianos sin medios económicos con imposibilidad de que sus familias los pudieran socorrer¹⁶⁶. Por todo lo anterior, la Constitución francesa de la Segunda República que estuvo en vigor casi tres años, es considerada como el momento de génesis de los derechos sociales¹⁶⁷.

Posteriormente, a finales del siglo XIX, en Alemania nace una política social en forma de seguros sociales como respuesta a una necesidad de regulación de unas relaciones cada vez más complejas en el marco de los procesos de industrialización y de urbanización de las sociedades capitalistas. Con las leyes de Bismarck, Alemania se convirtió en el primer país del mundo que adopta un programa de seguro social para la vejez. El canciller conservador Otto von Bismarck introdujo el seguro social para promover el bienestar de los trabajadores y evitar la demanda de opciones socialistas más radicales, debido a que los métodos represivos para contrarrestarla no resultaban eficaces¹⁶⁸. Bismarck buscó sembrar bienestar para todos, especialmente para los más

¹⁶⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 123.

¹⁶⁶ GARCÍA MANRIQUE, R., “La Constitución francesa de 1848”, en PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., DE ASIS, R. y ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XXI*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1 y ss. Ver también AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., et. al., *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 24.

¹⁶⁷ GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, cit., p. 85.

¹⁶⁸ HOFMAN, M. (ed.), “Responder a la crisis: construir una protección social básica”, *Revista Trabajo*, n.º 67, 2009, p. 2.

frágiles y necesitados, utilizando los mecanismos y herramientas con los que cuenta la sociedad¹⁶⁹.

La Ley del 15 de junio de 1883 estableció un seguro obligatorio para los obreros, destinado a cubrir las inclemencias o contingencias originadas por razón de enfermedad. Los beneficios dependían de la cuantía de la cotización y de la entidad aseguradora, pero comprendían prestaciones médicas y farmacéuticas durante trece semanas, también prestaciones económicas por un valor de la mitad del salario del asegurado. Luego, con la Ley de 1884 se previeron inspecciones en las fábricas para la prevención de accidentes y se establecieron cotizaciones obligatorias para los patronos, quienes corrían con todos los gastos, con el fin de establecer un seguro que cubriera los riesgos de accidentes de trabajo¹⁷⁰.

En caso de incapacidad total, el trabajador percibiría una renta equivalente al 66% de su salario, y en el supuesto de que falleciera, la viuda cobraría un 20% más el 15% por cada hijo menor de quince años. El otorgamiento de la renta iría de acuerdo con la incapacidad para el trabajo¹⁷¹. Finalmente, la Ley de 1889 estableció un seguro, que se pagaba a partes iguales por parte de patronos y obreros, en previsión de los riesgos originados por la vejez e invalidez. La pensión se concedía a los setenta años, y su cuantía era proporcional al número de cotizaciones del asegurado. Se critica que los seguros solo cubrían a trabajadores del sector industrial y minero, y excluían a otros sectores y a la familia del trabajador/a¹⁷².

Este primer sistema de jubilación y protección obligatorio de los trabajadores se completó, posteriormente, con otras medidas en la misma dirección; así, por ejemplo, en 1891 se aprueban normas que fijan la jornada laboral máxima de once y diez horas para las mujeres y los niños respectivamente, descanso dominical obligatorio, entre otras mejoras de las condiciones de trabajo, y la instauración en 1895 del primer impuesto

¹⁶⁹ SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., *La seguridad y la protección social en México: Su necesaria reorganización*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2012, p. 6.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² REYES, F., PÉREZ, A., *et. al.*, *Seguridad Social*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2007, p. 20.

progresivo de carácter moderno sobre la renta. De este modo, el Estado social supone el control de la reproducción de la fuerza de trabajo y se concreta a través de la reforma social autoritaria o integración subordinada, desde arriba, de las clases trabajadoras¹⁷³. A tal efecto, los modelos actuales de Seguridad Social encuentran su base u orígenes en los modelos diseñados por Bismarck y Beveridge y de alguna manera, expresa el autor, el futuro de la Seguridad Social y de la protección social sigue transitando por dichas ideas¹⁷⁴.

En otro orden, cabe destacar que la Constitución de Querétaro de 1917 ha sido considerada como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, y superar así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo¹⁷⁵. Dicha Constitución es creada luego de la culminación de un período revolucionario en el que sobresalieron los reclamos sociales, cuya lucha estuvo acentuada por los reclamos campesinos sobre el derecho de libertad y propiedad de la tierra que se trabaja, a la cual, posteriormente, se le adjuntaron también los reclamos laboral y educacional¹⁷⁶. De acuerdo con Rey Cantor y Rodríguez Ruiz, la Constitución de Querétaro aportó el concepto de *justicia social*, entendida esta como el sistema ideológico mediante el cual el Estado se propone el *continuo progreso* económico, social y cultural de las personas¹⁷⁷. También promovió la idea de que una Constitución no debía circunscribirse solo a delimitar la organización del gobierno y sus límites, sino que debía insistir también en los derechos a bienes y servicios básicos de sus ciudadanos¹⁷⁸ y constituye un valioso precedente en la lucha contra los problemas sociales de la pobreza, la desigualdad y las necesidades básicas insatisfechas¹⁷⁹.

¹⁷³ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 25.

¹⁷⁴ SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., *La seguridad y la protección social en México: Su necesaria reorganización*, *cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁷⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 39.

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ OLVERA, Ó., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, *cit.*, p. 19.

¹⁷⁷ REY CANTOR, E. y RODRÍGUEZ RUÍZ, M., *Las generaciones de los derechos humanos: Libertad, igualdad, fraternidad*, Página Maestra Editores, Bogotá, 2003, pp. 172 y 173.

¹⁷⁸ GARGARELLA, R., “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e irrupción, Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, n.º 4, 2013, p. 245.

¹⁷⁹ BERNAL PULIDO, C., “Los derechos constitucionales sociales en América Latina”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n.º 5, 2017, p. 7.

Pero sin duda el texto constitucional reconocido como el más importante, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, es la Constitución germana de Weimar de 1919¹⁸⁰. Con ella surge el denominado Derecho constitucional económico como conjunto de preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden económico y se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales o preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden social, es decir, se institucionaliza el Estado social. Esa transformación significó un factor de integración y desarrollo de la vida social y estatal; surgieron nuevas determinaciones jurídicas fundamentales, los derechos fundamentales sociales, derechos de libertad, protección de la vida comunitaria e innovación y además, la apertura de principios constitucionales¹⁸¹.

Si bien la Constitución Política de los Estados Mexicanos o Constitución de Querétaro, y la Constitución alemana de la República de Weimar no establecieron mecanismos de garantía de los derechos sociales ni su exigibilidad ante los tribunales, debe señalarse, sin embargo, que supusieron un hito en la historia del constitucionalismo social¹⁸². Mientras la Constitución mexicana significó la primera proclamación de derechos a nivel constitucional sobre bases no liberales, destinada a proteger a los trabajadores y campesinos¹⁸³, la Constitución de Weimar representa el tránsito de las Constituciones del siglo XVIII, con solemnes Declaraciones de derechos encaminadas a garantizar la libertad individual, a las Constituciones en sentido moderno, caracterizadas por el intervencionismo estatal a fin de hacer reales y efectivos los ideales de solidaridad y justicia social. Esto último en un contexto que contemplaba con recelo el aumento de los gastos sociales y albergaba toda clase de prejuicios contra la idea del Estado social de Derecho que entonces empezaba a germinar¹⁸⁴.

¹⁸⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, cit., p. 39.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ OLVERA, Ó., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, cit., pp. 20 y 21.

¹⁸² GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Los derechos sociales y la igualdad real y efectiva: Presupuestos teóricos para una acción práctica de emergencia”, cit., p. 47.

¹⁸³ GUTIÉRREZ, R. y SALAZAR, P., *Igualdad, no discriminación y derechos sociales, una vinculación virtuosa*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, D. F., 2011, p.54.

¹⁸⁴ GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, cit., p. 86.

Con dichas Constituciones se consagraron en forma solemne e inequívoca principios sociales de tanta trascendencia como el derecho de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a participar en los beneficios, el derecho de huelga, el derecho a un salario justo, el derecho a vacaciones, el derecho a la educación, la prohibición del trabajo infantil, la protección a las mujeres embarazadas, el salario mínimo, la prohibición de monopolios, derechos de los consumidores, etc., que constituyeron referentes obligatorios para los demás países de sus respectivas regiones¹⁸⁵.

Resulta importante también resaltar que la primera institución internacional especializada en derechos fundamentales fue la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), la cual se ha convertido en un mecanismo fundamental para el reconocimiento y protección de los derechos del trabajador. Gracias a esta se han materializado considerables tratados internacionales, que conforman lo que se denomina un *verdadero código de justicia social internacional*¹⁸⁶. La OIT se constituyó con el fin de establecer estándares internacionales del trabajo, no solo para evitar una reducción de los esquemas en los costes de producción, sino también como herramienta para promover que se optimicen las condiciones de trabajo, concomitantemente con el crecimiento económico de los países¹⁸⁷.

La primera Constitución de la OIT fue elaborada tras la Primera Guerra Mundial por la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo de la Conferencia de Paz de 1919¹⁸⁸, la cual consideró que la paz no puede existir sin justicia social, y resulta además

¹⁸⁵ CARBONELL, M., “La Constitución mexicana de 1917 y su significado para los derechos sociales”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y FLORES, R. (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2017, p. 196; HERNÁNDEZ VALLE, R., “La influencia de la Constitución de Querétaro en el Derecho constitucional latinoamericano”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y FLORES, R. (coords.), *ibidem*, pp. 444 y 445.

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ OLVERA, Ó., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, cit., p. 22.

¹⁸⁷ Organización Internacional del Trabajo, “Promover una recuperación centrada en el empleo”, *Revista Trabajo*, n.º 70, 2010, p. 2.

¹⁸⁸ Cabe aclarar que esta Constitución surgió antes de la de Weimar, sin embargo se presenta en este orden para describirla junto con las demás normas adoptadas por la OIT que son posteriores a la citada Constitución.

indispensable fijar reglas mínimas respecto de la relación capital-trabajo con el fin de afrontar la injusticia, la pobreza extrema y las penurias¹⁸⁹. Se trató del primer intento de crear una organización de carácter universal para hacer frente a los problemas sociales y económicos que el mundo tenía ante sí en los primeros años del siglo XX. Cabe destacar que la OIT ha sido la principal precursora y el organismo que más ha contribuido al desarrollo de la Seguridad Social a escala internacional¹⁹⁰.

La Constitución de la OIT, además de establecer las bases de la Organización y especificar los fines, objetivos y pormenores de su estructura, propuso procesos y estándares de importancia y urgencia para la regulación del trabajo, especialmente para que el sector industrial tratara de emplear si la realidad lo permitiera. Los nueve principios generales rectores de la labor de la OIT, establecidos en el artículo 427 del Tratado de Versalles, consagraron que el trabajo no debe considerarse como una mercancía o artículo de comercio, el derecho de asociación, tanto para los asalariados como para los patronos, el pago a los obreros de un salario que asegure un nivel de vida conveniente, la adopción de la jornada de ocho horas diarias de trabajo, adopción de un descanso semanal de veinticuatro horas, por lo menos, supresión del trabajo de los niños, y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes de uno u otro sexo las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y asegurar su desarrollo físico, entre otros¹⁹¹.

Desde el preámbulo de esta primera Constitución de la OIT de 1919, se declaraba que una de sus metas sería la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres¹⁹². De ahí que los primeros convenios adoptados por la organización versaran

¹⁸⁹ URIBE, A., “Aprendiendo los DESC”, en Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, México, D. F., 2005, p. 133.

¹⁹⁰ TREJO, E. y ALVAREZ, M., *Estudio jurídico internacional y de Derecho comparado sobre Seguridad Social*, Cámara de Diputados LX Legislatura-Centro de Documentación, Información y Análisis, México, D. F., 2007, p. 14.

¹⁹¹ RODGERS, G., LEE, E., SWEPSTON, L. y VAN DAELE, J., *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, versión castellana, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, pp. 7, 270 y 271; VILLÁN, C., “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”, en GONZÁLEZ MONGUÍ, P. (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, cit., p. 12.

¹⁹² HUMBLET, M., ZARKA-MARTRES, M., et. al., *Las normas internacionales del trabajo, un enfoque global*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, p. 173.

sobre la protección a la maternidad, 1919 (n.º 3), el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (n.º 4), la edad mínima de trabajo (industria), 1919 (n.º 5) y el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919 (n.º 6), instrumentos internacionales que, dicho sea de paso, fueron de los primeros tratados que existieron en el ámbito de los derechos del niño y de las mujeres y de los derechos fundamentales en general¹⁹³.

2.1.2. Los instrumentos normativos creados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial

Con la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas se inicia la protección universal de los derechos de la persona humana, que busca obtener de los Estados la obligación jurídica de respetarlos. La Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 representa un paso adelante en el reconocimiento internacional de los derechos sociales, pues establece que para proporcionar estabilidad y prosperidad, la Organización de las Naciones Unidas debe preocuparse por fomentar mejores niveles de vida, el pleno empleo, así como la creación de condiciones favorables para el progreso económico y social (artículo 55.a.), al ser uno de los propósitos de la Organización (artículo 1.3 de la Carta), realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de todos¹⁹⁴.

En el preámbulo y artículos 13.1.b, 55.c; 62.2; 68; y 76.c de la Carta se advierten disposiciones que pueden interpretarse en favor tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos y sociales¹⁹⁵. La importancia de la Carta reside en ser el cimiento para la inspiración de un sinnúmero de instrumentos internacionales y para la creación de órganos especiales de derechos fundamentales, en virtud de que las

¹⁹³ RODGERS, G., LEE, E., SWEPSTON, L. y VAN DAELE, J., *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, cit., p. 63.

¹⁹⁴ LLANOS MANSILLA, H., *Teoría y práctica del Derecho internacional público*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, pp. 31 y 32.

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ OLVERA, Ó., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, cit., pp. 23 y 24.

disposiciones de la Carta, sobre todo sus principios, han fomentado un sistema internacional¹⁹⁶.

A partir de dicho instrumento se sientan las bases del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁹⁷, pues su interpretación evolutiva y progresiva ha permitido el desarrollo de los actuales mecanismos de protección universal de los derechos, incluida la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, que rompe con la inicial función genérica de promoción que se le atribuía a las Naciones Unidas, mayormente enfocada a la consecución y mantenimiento de la paz, seguridad y relaciones de amistad entre los Estados¹⁹⁸.

Otro instrumento importante es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, aprobada en Bogotá y que comprende tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales que se fundan en la naturaleza misma de la persona humana¹⁹⁹. Los artículos del I al IX y del XVII al XXVII contienen los derechos civiles y políticos; mientras los artículos del XI al XVI se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentran la Constitución y protección a la familia, la protección de la maternidad y la infancia, la preservación de la salud y el bienestar, la educación, derecho a los beneficios de la cultura, al trabajo y a una justa retribución, al descanso y a su aprovechamiento, a la seguridad social, entre otros.

Dicho instrumento aporta estándares internacionales para avanzar en la construcción del fundamento de los derechos sociales, en la consolidación del concepto de interdependencia e indivisibilidad y del carácter universal de los derechos y, en última instancia, en el desarrollo del Derecho internacional público contemporáneo. Se configura como el paso inicial dentro de la Organización de los Estados Americanos para el

¹⁹⁶ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, cit., p. 58.

¹⁹⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas, Hoy*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 2007, p. 280.

¹⁹⁸ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, cit., p. 58.

¹⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano: Actualizado a junio de 2016*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2017, p. 5.

desarrollo progresivo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que, por su prelación temporaria, ayudó en algunos debates para la adopción de ciertas normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas. La Declaración ha permitido, además, acordar a los Estados cuáles eran los derechos a los que hacía referencia la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y sirve como base jurídica de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁰⁰.

Por otro lado, se apunta que el valor más importante adquirido de ella es que se ha convertido en un instrumento de respeto obligatorio para todos los países pertenecientes a la Organización de los Estados Americanos, so pena de sanción y responsabilidad internacional. Esto quiere decir que es una fuente de obligaciones internacionales²⁰¹ y que todos los Estados Partes de la Organización de los Estados Americanos se encuentran sometidos, al menos, a este instrumento del Sistema Interamericano, en tanto ella refiere y completa las disposiciones de la Carta de la Organización de los Estados Americanos²⁰².

La Declaración Americana se inspiró en el amplio principio de la justicia distributiva y a diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, presenta una articulación más detallada de los derechos. En otro orden, dicha Declaración subraya en términos más positivos la importancia esencial de la cultura para la dignidad del hombre, mientras que la Declaración Universal hace referencia una sola vez a la cultura en el artículo 27, pero como mera función del derecho de participación en ella y sin atribuir valores positivos a la cultura en sí²⁰³.

²⁰⁰ SALVIOLI, F., “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Memoria del seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, t. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, p. 682.

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *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-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A, párr. 45.

²⁰² SALVIOLI, F., “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos”, *cit.*, p. 694.

²⁰³ CAROZZA, P., “La perspectiva histórica del aporte latinoamericano al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en ELY YAMIN, A. (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, Plaza y Valdés, México, D. F., 2006, pp. 56 y ss.

Cabe destacar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala en el capítulo dos los deberes ante la sociedad para con los hijos y los padres, deberes de instrucción, de tipo político, económicos y sociales. En cambio la Declaración Universal de Derechos Humanos solo menciona en el artículo 29 que toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que solo en esta puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. Las ideas vertidas en la Declaración Americana reflejan la preocupación de la región por los aspectos comunales de la personalidad desde la familia hasta el entorno social y económico más amplio y, principalmente, su dimensión cultural, dándose pruebas de la interpretación de la libertad como algo más que la simple ausencia de límites, una interpretación que conlleva el desarrollo integral de la persona, incluso a través del trabajo y la educación²⁰⁴.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 es la piedra angular de la legislación contemporánea en materia de derechos fundamentales²⁰⁵, pocos documentos poseen su significado moral y político adquirido²⁰⁶. La Declaración concreta los esfuerzos de una protección de los derechos fundamentales típicos y junto con ellos, en los artículos 22 al 27, diversos derechos sociales como el de la seguridad social, el del trabajo, la protección en caso de desempleo, derecho a sindicarse y a fundar sindicatos, derecho a un nivel de vida adecuado, a cuidados y asistencia especiales a la maternidad e infancia, a la protección de la salud, a la educación, etc²⁰⁷. Para Villán, este instrumento sienta las bases del principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales al reconocerlos con el mismo grado de convicción y de necesidad de protección²⁰⁸.

La importancia de la Declaración Universal reside en que constituye el estándar mínimo de protección y garantía que los países pudieron consensuar, especialmente por

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas, Hoy, cit.*, p. 280.

²⁰⁶ WELCH, C., “La Declaración Universal de Derechos Humanos cumple 60 años”, en *Ejournal Estados Unidos de América, 60 Años de la Declaración de Derechos Humanos*, Departamento de Estado de Estados Unidos, Washington, D. C., 2008, p. 6.

²⁰⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, cit.*, pp. 79 y 80.

²⁰⁸ VILLÁN, C., “La obligatoriedad jurídica de la Declaración Universal”, en PRONER, C., OLASOLO, H., *et. al.* (coords.), *70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 115.

las diferencias nacionales y regionales, los distintos hechos históricos e ideológicos de estos y sus sistemas jurídicos, al servir de parámetro para cualquier regulación posterior²⁰⁹. Además de su obligatoriedad moral, por ser el primer instrumento de aprobación internacional que define de manera universal los derechos básicos de todo ser humano, la Declaración forma parte del Derecho internacional consuetudinario o costumbre internacional, por la aceptación que han hecho los Estados, implícita o explícitamente, a través de la práctica a nivel internacional y nacional, aunque para otros su cumplimiento es obligatorio, tal y como fue declarado por el Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968²¹⁰.

La Declaración Universal ha sido suscrita por todos los países del mundo²¹¹ y sus treinta artículos inspiraron al menos cuarenta y tres Constituciones, así como una variedad de leyes que expresamente citan o reproducen disposiciones de la Declaración. Entre las Constituciones en las que la Declaración influyó se encuentran la de Guinea (1958), Madagascar (1959), Costa de Marfil, Malí y Níger (1960), Gabón y Mauritania (1961), Burundi (1962), Argelia, la República del Congo, Senegal y Togo (1963), Zaire (1967), Dahomey y Alto Volta (1970), Camerún (1973) y otras. Aclara Llanos Mansilla que su reconocimiento continuo y extendido, así como el de sus principios, es lo que le otorga el concepto de Derecho consuetudinario²¹².

En otro orden, la toma de conciencia respecto al principio de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos hizo necesaria la adopción de un instrumento que recogiera los derechos sociales y completara así el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950²¹³ el cual solo consagra el derecho a la educación y la prohibición de la

²⁰⁹ GARRIDO MUÑOZ, A., “El valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en PRONER, C., OLASOLO, H., *et. al.* (coords.), *ibidem*, p. 100.

²¹⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Proclamación de Teherán*, *cit.* Ver también MARTIN, C., RODRÍGUEZ-PINZÓN, D. y GUEVARA, J., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Distribuciones Fontamara, México, D. F., 2004, pp. 24 y ss.; PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, *cit.*, pp. 59 y ss.

²¹¹ WELCH, C., “La Declaración Universal de Derechos Humanos cumple 60 años”, *cit.*, p. 5.

²¹² LLANOS MANSILLA, H., *Teoría y práctica del Derecho internacional público*, t. III, *cit.*, p. 41.

²¹³ TERRÁDEZ SALOM, D., “Carta Social Europea, derecho a la salud y personas migrantes: El caso español”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, HURI-AGE, *Consolider Ingenio 2010*, n.º 26, 2014, p. 3. [Consulta: 7 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-26-14.pdf>.

esclavitud y del trabajo forzado²¹⁴. Es así como la Carta Social Europea fue adoptada el 18 de octubre de 1961 en Turín y revisada en 1996. Su función es ser una herramienta de garantía para los derechos económicos y sociales²¹⁵. Además de constituir el instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de derechos sociales, la Carta cuenta con un mecanismo internacional de supervisión para garantizar que los Estados Partes que la han ratificado respeten los derechos y libertades consagrados en ella²¹⁶. La Carta Social Europea es destacable por su influencia para la introducción del concepto de vulnerabilidad y de grupos vulnerables en el lenguaje jurídico-político²¹⁷.

Entre los derechos protegidos por la Carta Social Europea se encuentran: el derecho a la vivienda; a la protección de la salud; a la educación; al trabajo; a la seguridad social; al libre tránsito de las personas; a no ser discriminado, entre otros²¹⁸. Según la Carta, los Estados se consideran obligados a cumplir al menos seis de los nueve artículos siguientes: art. 1 (derecho al trabajo), 5 (derecho sindical), 6 (derecho de negociación colectiva), 7 (derechos de los niños y adolescentes a protección), 12 (derecho a la seguridad social), 13 (derecho a la asistencia social), 16 (derecho de la familia a protección social, jurídica y económica), 19 (derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia) y 20 (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo) y por un número adicional de artículos de la Parte II de la Carta que se elijan, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligado no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos numerados²¹⁹.

Nótese que este tipo de disposición no se encuentra en los tratados de derechos civiles y políticos, y lo alarmante de ello es que no se consideran obligatorios ni el

²¹⁴ MESTRE I MESTRE, R., “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 33, 2016, p. 114.

²¹⁵ DÍAZ, F., *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004, p. 18.

²¹⁶ BELORGEY, J., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, n.º 70, 2007, p. 349.

²¹⁷ BARRÈRE UNZUETA, M., “Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. subdiscriminación?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2016, p. 18.

²¹⁸ Consejo de Europa, “The European Social Charter”. [Consulta: 18 de junio de 2015]. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/aboutcharter_EN.asp.

²¹⁹ Consejo de Europa, *Carta Social Europea (Revisada)*, Estrasburgo, 3.V., 1996.

derecho a la protección de la salud, ni el derecho a la educación, sino que se deja al Estado elegir si se obligará a garantizar estos derechos o a garantizar otros. Dichos derechos deben incluirse debido a la gran importancia que tienen para el desarrollo de la persona, así como por la interdependencia con otros derechos, y no deben considerarse optativos para que los Estados elijan comprometerse con aquello que no les requiera mucho esfuerzo²²⁰. Al comparar la Carta Social Europea con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), afirma Rainer Grote que las obligaciones consagradas en la Carta son aun más débiles que las del Pacto y que los Estados contratantes identifican apenas como meta de su política instituir las condiciones que permitan hacerse efectivos los derechos y principios señalados en la Carta²²¹.

Las reclamaciones en las que se denuncia la aplicación insatisfactoria de la Carta pueden ser presentadas por las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores a que se refiere el apartado dos del artículo 27 de la Carta; otras organizaciones internacionales no gubernamentales, reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental; y las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación²²². Cabe resaltar que no se trata entonces de un mecanismo de quejas individuales, sino más bien colectivas y que solo pueden ser presentadas por determinadas organizaciones.

El Comité Europeo de Derechos Sociales es el órgano integrado por quince miembros²²³ independientes, elegidos por el Comité de Ministros, que se encarga de

²²⁰ BELORGEY, J., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”, *cit.*, p. 351.

²²¹ GROTE, R., “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: ¿Hacia una aplicación más efectiva de los derechos sociales?”, en VON BOGDANDY, A., FIX-FIERRO, H., MORALES, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2011, p. 130.

²²² Consejo de Europa, Comité de Ministros, *Protocolo Adicional a la Carta Social Europea*, Estrasburgo, 1995.

²²³ TERRÁDEZ SALOM, D., “Carta Social Europea, derecho a la salud y personas migrantes: El caso español”, *cit.*, p. 6.

determinar si las leyes y su ejercicio por los Estados Partes están de conformidad con la Carta²²⁴. Todos los años, los Estados Partes presentan un reporte que indica cómo implementan las disposiciones de la Carta, el Comité examina estos informes y decide en forma de “conclusiones” si las situaciones de preocupación están de conformidad con el instrumento internacional. Cuando el Estado no toma acción alguna sobre lo recomendado por el Comité Europeo, el Comité de Ministros dirige una recomendación al Estado, que solicita su cambio de actitud en cuanto a las normas y a su práctica. Con la apertura a firma, en 1995, del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea y entrado en vigor en 1998, las denuncias de violaciones a la Carta pueden ser recibidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales²²⁵.

Entre las diferencias existentes respecto del mecanismo de protección brindado por la Carta Social y el Convenio Europeo, hay que señalar que mientras el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta sentencias que se pronuncian sobre violaciones del Convenio, el Comité de Ministros, en cambio, a partir de los informes presentados por los Estados, adopta recomendaciones que no son vinculantes o directamente ejecutivas en cuanto al incumplimiento de la Carta Social Europea²²⁶. Un aspecto positivo en relación con esto último, es que la evaluación hecha por el Comité incluye la observación no solo de normas sino de prácticas contrarias a ella²²⁷. Finalmente, es inaceptable que mientras los derechos civiles y políticos cuentan con un sistema judicial de quejas individuales presentadas bajo la protección del Convenio, los derechos sociales, por el contrario, no disponen de un mecanismo jurisdiccional de petición individual, sino más bien colectiva, no judicial y limitada²²⁸ para los organismos reconocidos y aceptados para ello por el Sistema Europeo.

²²⁴ Consejo de Europa, “European Committee of Social Rights (ECSR)”. [Consulta: 18 de junio de 2015]. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ECSR/ECSRdefault_en.asp.

²²⁵ Consejo de Europa, “The European Social Charter”, *cit.*

²²⁶ CARMONA CUENCA, E., “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 100, 2017, p. 1213.

²²⁷ BELORGEY, J., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”, *cit.*, pp. 353 y 354.

²²⁸ ABRISKETA, J., *Derechos humanos y acción humanitaria*, Alberdania, Irún, 2005, p. 204.

Otro instrumento de gran envergadura fue adoptado mediante la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 16 de diciembre de 1966. Se trata del PIDESC, el cual entró en vigor el 3 de enero de 1976. Entre los derechos que son reconocidos, se encuentran: el derecho a la libre determinación de los pueblos; a la igualdad entre hombres y mujeres; al trabajo en condiciones justas y satisfactorias; a fundar sindicatos y a sindicarse; a la seguridad social; a la protección de la familia, de las madres y de los niños; a un nivel de vida adecuado, que incluye la alimentación, el vestido y la vivienda adecuados; a la protección de los niveles de salud física y mental más altos posibles; a la educación, entre otros²²⁹. Se trata del principal esfuerzo de la Organización de las Naciones Unidas para precisar, desarrollar y dotar de eficacia jurídica directa a estos derechos²³⁰. Los sujetos de derecho, según el tratado, son los pueblos (art. 1), toda persona (art. 6-9), particulares y entidades (art. 13.4), grupos (art. 5), la familia (art. 10 y 11) y los sindicatos (art. 8.1)²³¹.

Una de las disposiciones más controversiales e importantes se encuentra en el artículo 2, cuando se afirma: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente (...), la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Esas referencias a la *obligación progresiva* y al *máximo de los recursos*, consagradas en el art. 2, no han de ser utilizadas para pretender que solo una vez que un Estado haya alcanzado un determinado nivel de desarrollo económico deben hacerse efectivos los derechos proclamados en el Pacto²³².

Se trata más bien de un estándar aplicable a los DESC que obliga a todos los Estados Partes, independientemente de cuál sea su nivel de riqueza nacional, a avanzar de inmediato y tan rápidamente como sea posible hacia *la efectividad* de los derechos

²²⁹ VILLÁN, C., “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 21.

²³⁰ MARTÍNEZ ROLDÁN, L., “Los derechos sociales como derechos humanos y como derechos constitucionales”, en ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, *cit.*, p. 135.

²³¹ RAMCHARAN, B. (ed.), *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Material*, *cit.*, p. 21.

²³² Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, pp. 16 y 19.

económicos, sociales y culturales²³³, puesto que tal y como lo defienden Monereo Atienza²³⁴ y Wildhaber²³⁵, además de los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³⁶, se busca obligar a garantizar *la efectividad* de unos derechos o estándares mínimos de subsistencia para todos. Las tendencias a interpretar esto erróneamente tienen como finalidad el negarles las posibilidades de exigibilidad a los derechos sociales, y a que los Estados puedan aplazar indefinidamente sus esfuerzos para asegurar el goce de esos derechos.

Debe aclararse que la obligación de progresividad consecuentemente implica una obligación de no regresividad²³⁷, de modo que la derogación o reducción de los derechos del Pacto contradice el compromiso internacional asumido. Para determinar, por ejemplo, cuándo puede entenderse que una norma que regula o incorpora un derecho social es regresiva respecto de otra, lo será en principio cuando el nivel de efectividad del derecho social regulado por la norma cuestionada resulte menor al que había logrado en el Derecho interno antes de la sanción de la norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, condicione o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio restricciones que con anterioridad no debían requerirse. En definitiva, que la norma impugnada sea menos favorable para el titular del derecho que la sustituida²³⁸.

²³³ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos”, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Nueva York y Ginebra, 2004. p. 11.

²³⁴ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, cit., pp. 29 y ss.

²³⁵ WILDHABER, L., “Soziale Grundrechte”, en SALADIN, P. y WILDHABER, L. (eds.), *Der Staat als Aufgabe. Gedächtnisschrift für Max Imboden*, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Stuttgart, 1972, p. 385. Sobre este punto véase ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., p. 69.

²³⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptados en Maastricht, del 2 al 6 de junio de 1986, principio 25.

²³⁷ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., p. 21.

²³⁸ AÑÓN, M. J., “¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, cit., pp. 62 y ss.; COURTIS, C., *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006. pp. 11 y 42; PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, pp. 23 y 24.

Con relación a la expresión *recursos de que disponga*, se debe asumir y aplicar tanto a los recursos nacionales como a la asistencia o la cooperación internacional de carácter económico y técnico con que cuenta el Estado Parte para garantizar a todos la satisfacción de las necesidades de subsistencia, así como la de suministrar los servicios esenciales²³⁹. Al respecto, es importante valorar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC) ha insistido en que los Estados que tienen medios adecuados para prestar asistencia tienen la obligación de prestarla a aquellos que, por motivos económicos, no pueden cumplir su obligación de garantizar dentro de su jurisdicción el disfrute de esos derechos para todos, lo que incluye el deber de asumir la responsabilidad de sus actos u omisiones si no prestan esa asistencia o lo hacen inadecuadamente²⁴⁰. Este criterio es empleado con frecuencia en las observaciones generales, y puede apreciarse en aquellas que versan sobre el derecho a la protección de la salud²⁴¹, al agua²⁴², a la educación²⁴³, a la alimentación²⁴⁴, a la seguridad social²⁴⁵, entre otras.

Igualmente, cuando el Pacto indica *adoptar medidas*, impone a los Estados la obligación de implementar, en un plazo razonablemente breve a partir de su ratificación, actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción

²³⁹ COURTIS, C., *ibidem*, p. 42.

²⁴⁰ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 1 de enero de 1991, párr. 14. Ver también Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos”, *cit.*, p. 16.

²⁴¹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14, Artículo 12: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 38 y 45.

²⁴² Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 15, Artículos 11 y 12: El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 38.

²⁴³ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 11, Artículo 14: Planes de acción para la enseñanza primaria*, E/C.12/1999/4, 10 de mayo de 1999, párr. 9.

²⁴⁴ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 12, Artículo 11: El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 36.

²⁴⁵ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 19, Artículo 9: El derecho a la seguridad social*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 61.

de la totalidad de las obligaciones²⁴⁶. Si bien algunos derechos pueden prestarse más a hacerse efectivos en función de la *obligación progresiva*, está claro que muchas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto pueden cumplirse inmediatamente. Esto se aplicaría, según el art. 3 en particular, a las disposiciones no discriminatorias y a la obligación de los Estados Partes de abstenerse de violar activamente derechos económicos, sociales y culturales o de anular las medidas protectoras legales o de otro tipo relacionadas con esos derechos²⁴⁷.

El 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, se celebró la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos²⁴⁸ y se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴⁹. A partir del 16 de julio de 1978, entró en vigencia²⁵⁰. Se trata de un tratado de alcance regional y obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él y representa la culminación de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando las naciones de América se reunieron en México y decidieron que una Declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención²⁵¹. Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, Melish concibe que, a pesar de que la Convención Americana de Derechos Humanos es considerada por la doctrina como un tratado de derechos civiles y

²⁴⁶ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 79.

²⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., p. 19.

²⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano: Actualizado a junio de 2016*, cit., p. 8.

²⁴⁹ MEDINA, C. y NASH, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p.17.

²⁵⁰ MEDINA, C., *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 1.

²⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano: Actualizado a junio de 2016*, cit., p. 8.

políticos, protege directa o indirectamente una amplia gama de derechos sociales²⁵². Y es que el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”²⁵³.

Como puede observarse, dicha disposición refleja cierta dificultad para su interpretación²⁵⁴, esto ha llevado a que diversos autores opinen que la Convención no protege un derecho social concreto²⁵⁵; sin embargo, de los arts. 34 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos se deduciría que los derechos al trabajo, a la educación, a la sindicación, a la huelga, a la alimentación adecuada, a la protección de la salud, a la seguridad social, a la vivienda, entre otros, podrían ser alegados ante la Corte por medio del artículo 26²⁵⁶.

La disposición del artículo 26 de la Convención Americana, no individualiza ningún derecho²⁵⁷, sino que al referirse a *derechos* que se *derivan* de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la

²⁵² MELISH, T., *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2005, p. 176; MELISH, T., *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*, Center for Human Rights and Global Justice, New York, 2006, pp. 49 y ss.

²⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano: Actualizado a junio de 2016*, cit., p. 30.

²⁵⁴ COURTIS, C., *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, pp. 24 y 25.

²⁵⁵ Sobre este punto véase CAVALLARO, J. y SCHAFFER, E., “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, n.º 2, 2004, pp. 225 y ss.; CRAVEN, M., “Economic, Social and Cultural Rights”, en HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S., *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 297 y ss.

²⁵⁶ MELISH, T., *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano*, cit., p. 5.

²⁵⁷ COURTIS, C., “Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, en STEINER, C. y URIBE, P. (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, México, D. F.-Bogotá, 2014, p. 656.

Organización de los Estados Americanos, llama al intérprete a tomar en consideración otras normas, como puede ser el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Protocolo de San Salvador), para que a través de una interpretación convencional, de acuerdo con los tiempos actuales y estado evolutivo y dinámico del Derecho internacional de los derechos humanos, pronuncie violaciones directas de derechos sociales²⁵⁸.

Este último argumento puede fortalecerse más si se toma en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que a la hora de interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, de conformidad con el principio *pro homine* o *pro persona*²⁵⁹ que los tratados de derechos humanos deben considerarse como instrumentos vivos que deben igualmente interpretarse a la luz de las condiciones actuales y del marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho internacional contemporáneo, y cabría finalmente añadir que es la propia Convención, en su artículo 29, que señala que ninguna de sus disposiciones pueden interpretarse en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²⁶⁰.

Desde este punto de vista, se señala que no solo el artículo 26 de la Convención consagra derechos sociales, pues el artículo 17, cuando establece obligaciones relativas a la protección de la familia, infiere en dicha disposición normativa una perspectiva social, aunque generalmente esto no sea considerado como tal²⁶¹. Igual podría afirmarse que el

²⁵⁸ FERRER MAC-GREGOR, E., “Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot”, *cit.*, párrs. 25, 38 y 40. Ver también FERRER MAC-GREGOR, E., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2017, pp. 7 y ss.

²⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 220, Serie C de 26 de noviembre de 2010, párrs. 37 y 38.

²⁶⁰ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, *cit.*, pp. 84 y 85.

²⁶¹ AGUILAR CAVALLO, G., “¿Son los derechos sociales solo aspiraciones?: Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en VON BOGDANDY, A., FIX-FIERRO, H.,

artículo 19 instaure derechos sociales, en vista de que formula obligaciones para la protección de los niños.

El primer instrumento regional de derechos fundamentales del continente africano es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, fue adoptada el 27 de junio de 1981 por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la antigua Organización de la Unidad Africana, en Nairobi, Kenia²⁶². En ella se consagran los derechos de las personas al trabajo (art. 15); a la protección de la salud (art. 16); a la educación y vida cultural (art. 17); a la protección de la familia y de grupos vulnerables (art. 18), así como los derechos de los pueblos a la libre disposición de las riquezas y recursos naturales (art. 21); al desarrollo económico, social y cultural (art. 22); a la paz y a la seguridad nacional e internacional (art. 23); a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo (art. 24), entre otros²⁶³. Este tratado internacional marca un hito al consagrar, jerárquicamente igual y en el mismo documento, no solo derechos civiles y políticos y derechos sociales, sino también los denominados de tercera generación, colectivos o de los pueblos, lo que aporta un matiz comunitario a la concepción tradicional de los derechos fundamentales. La Carta, además, incorpora un catálogo de deberes más amplio que otros instrumentos de su tipo²⁶⁴ a cargo tanto del Estado como de los individuos y promueve la justiciabilidad de los DESC²⁶⁵.

Cabe destacar, que desde el preámbulo de la Carta se plantea el carácter de indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales, al afirmarse: “Convencidos de que en lo sucesivo es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los DESC

MORALES, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, cit., p. 200.

²⁶² SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y., “El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, p. 672.

²⁶³ Organización de la Unidad Africana, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Carta de Banjul*, Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, 27 de julio de 1981.

²⁶⁴ SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y., “El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos”, cit., pp. 675 y 681.

²⁶⁵ Centre for Human Rights, *A Guide to The African Human Rights System: Celebrating 30 years since the entry into force of the African Charter on Human and Peoples' Rights 1986 – 2016*, Pretoria University Law Press (PULP), Pretoria, 2016, p. 5.

en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los DESC constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”²⁶⁶.

Por otro lado, en virtud de la resolución 1985/17, del 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se instituyó el Comité DESC como el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del PIDESC por sus Estados Partes²⁶⁷. Todos los Estados Partes deben presentar ante dicho organismo informes periódicos sobre la manera en que se ejercen esos derechos. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones en forma de *observaciones finales*. También se publican las interpretaciones de las disposiciones del Pacto en forma de observaciones generales²⁶⁸. Las reuniones se celebran en Ginebra y normalmente se efectúan dos períodos de sesiones al año.

Como complemento del Convenio de Naciones Unidas, en 1986 se aprobaron los Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en 1997, se redactaron las Directrices de Maastricht respecto de las formas de violación de los derechos de dicho Pacto. Cabe señalar que este último documento formula algunos estándares para diferenciar las conductas aceptables e inaceptables por parte de los Estados Partes a la hora de cumplir con sus obligaciones establecidas en el referido Pacto²⁶⁹.

En otro orden de cosas, el Protocolo de San Salvador²⁷⁰ fue adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988²⁷¹ y se trata del instrumento más extenso del Sistema Interamericano referido a los derechos sociales. Según Renato Leão,

²⁶⁶ Organización de la Unidad Africana, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Carta de Banjul*, cit.

²⁶⁷ VILLÁN, C., “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., p. 22.

²⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”. [Consulta: 1 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

²⁶⁹ AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, cit., pp. 50 y 51.

²⁷⁰ Cabe aclarar que este instrumento surgió después del Protocolo de San Salvador, sin embargo, se presenta en este orden para describirlo junto con los Principios de Limburgo por la relación de estos con el PIDESC.

²⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano: Actualizado a junio de 2016*, cit., p. 8.

el preámbulo del Protocolo²⁷² constituye un elemento vital para la tesis de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales²⁷³. El artículo 19 del Protocolo regula la presentación de peticiones individuales para los casos en que sean violados los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13. En el referido artículo 13, los Estados Partes también se obligan a la presentación de informes periódicos sobre las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el respeto de los derechos protegidos por el Protocolo.

A pesar de que el Protocolo de San Salvador es un instrumento muy completo en cuanto al mecanismo de supervisión de su cumplimiento, se han presentado algunos inconvenientes. Primero, porque el mecanismo general de supervisión y el sistema de informes se han puesto en funcionamiento a partir de mayo de 2010. Y segundo, la justiciabilidad de los derechos del Protocolo está limitada, en el propio instrumento, a los derechos sindicales y al derecho a la educación²⁷⁴. Sin embargo, la Corte Interamericana lo utiliza frecuentemente como un instrumento para la mejor interpretación de los derechos²⁷⁵.

Concomitantemente, desde 1990 se inició una discusión interna en el Comité DESC de Naciones Unidas sobre la posibilidad de adoptar un protocolo facultativo que permita presentar las denuncias de los particulares en la materia de los derechos sociales. En el 2003 se creó para ello el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

²⁷² “Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros;”.

²⁷³ LEÃO, R., *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2001, p. 95.

²⁷⁴ COURTIS, C., *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, cit., p. 25. Ver también MELISH, T., *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano*, cit., p. 5.

²⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta contra Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 261, Serie C de 21 de mayo de 2013, párr. 131. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlan y Familiares contra Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 246, Serie C de 31 de agosto de 2012, párr. 129, entre otras.

Culturales, el cual presentó la propuesta del proyecto el 23 de abril de 2007²⁷⁶, y mediante la resolución n.º 63/117 es aprobado el 10 de diciembre del 2008. Autores como Walker establecen que la adopción del Protocolo podría eliminar la falsa dicotomía entre los DESC y los derechos civiles y políticos, reafirmar su interdependencia e indivisibilidad, corregir el desequilibrio existente entre las garantías de protección de unos derechos y otros, y finalmente confirmar la justiciabilidad de los derechos sociales²⁷⁷.

El Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue abierto a la firma el 24 de septiembre del 2009, y entró en vigor el 5 de mayo de 2013²⁷⁸. Según su art. 2, tanto las personas como los grupos de personas pueden presentar comunicaciones donde aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos consagrados en el Pacto. Igualmente, se faculta al Comité, en cualquier momento, hasta antes de pronunciarse sobre el fondo, a dirigir al Estado Parte una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias tendientes a evitar posibles daños irreparables a las presuntas víctimas de las violaciones²⁷⁹ y se prevé el mecanismo de solución amigable²⁸⁰ para resolución de controversias.

En el art. 10 del Protocolo se contempla la posibilidad de que los Estados Partes presenten comunicaciones respecto a otro Estado Parte, en las que se alegue incumplimiento de las obligaciones del Pacto, sin embargo, solo son recibidas y examinadas las que presente un Estado que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del Comité en una declaración al efecto, de igual forma se habilita en el art.

²⁷⁶ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, cit., pp. 65 y 66. Latinoamérica siempre respaldó la adopción de dicho instrumento, al respecto véase DE ALBUQUERQUE, C. y LANGFORD, M., “The Origins of the Optional Protocol”, en LANGFORD, M. (ed.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Pretoria University Law Press (PULP), Pretoria, 2016, p. 18.

²⁷⁷ WALKER, S., “Nuevos desafíos en la protección internacional de los derechos humanos. Un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en COURTIS, C. (comp.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, D. F., 2005, pp. 260 y 261.

²⁷⁸ LANGFORD, M., PORTER, B., BROWN, R., y ROSSI, J., “Introduction”, en LANGFORD, M. (ed.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, cit., p. 1.

²⁷⁹ Organización de las Naciones Unidas, *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 10 de diciembre de 2008, art. 5.1.

²⁸⁰ *Ibidem*, art. 7.

11 un procedimiento de investigación para violaciones sistemáticas o graves que requiere del reconocimiento de la competencia del Comité para ello por parte del Estado Parte²⁸¹.

2.2. El desarrollo de otros instrumentos especializados que aportaron al progreso de los derechos sociales

La comunidad internacional, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de ciertos grupos o individuos afectados históricamente por situaciones de vulnerabilidad, y que en consecuencia requieren de una protección específica más allá del resguardo general que otorgan los instrumentos internacionales hasta aquí mencionados, ha creado diversos tratados de derechos humanos que, además de consagrar derechos civiles y políticos, contienen otros derechos que son esenciales para brindarles protección plena a esos grupos o individuos. Dichos tratados especializados han contribuido al desarrollo de los derechos sociales de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad²⁸².

Así, en el ámbito del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos o Sistema de la Organización de las Naciones Unidas, se cuenta con los siguientes tratados internacionales: a) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial²⁸³ del 21 de diciembre de 1965, la que prohíbe y ordena la eliminación de todas las formas de discriminación en el goce y ejercicio de los derechos, e incluye tomar medidas necesarias para garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho al trabajo, a fundar sindicatos y pertenecer a ellos, a la vivienda, a la protección de la salud, a la seguridad social, a la educación, a la cultura, al transporte, entre otros.

²⁸¹ LANGFORD, M., PORTER, B., BROWN, R., y ROSSI, J., "Introduction", *cit.*, p. 8.

²⁸² PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, *cit.*, pp. 71 y 72.

²⁸³ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965. Ver también VILLÁN, C., "Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales", *cit.*, p. 18.

b) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁸⁴ del 18 de diciembre de 1979, que consagra normas relativas a garantizar a la mujer y al hombre, la igualdad en el goce de todos los derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales y a eliminar los obstáculos o formas de discriminación que impidan su eficacia. Además, contiene disposiciones concernientes al derecho a la educación, a la protección de la maternidad, a la responsabilidad compartida del hombre y la mujer en el cuidado de sus hijos e hijas, a la atención médica, al asesoramiento y servicios de planificación familiar, al acceso a la seguridad social, acceso a la vivienda, a la electricidad, agua, protección de los derechos de las mujeres rurales, entre otros.

c) El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales²⁸⁵ del 7 de junio de 1989, que contiene disposiciones sobre el respeto de la identidad social y cultural, las costumbres, tradiciones e instituciones, la promoción de la eliminación de las diferencias socioeconómicas entre los miembros indígenas y la comunidad nacional con el respeto del consentimiento de ellos y protegiendo el medio ambiente, derecho a la participación en las políticas públicas, derecho a las condiciones de igualdad en el empleo, asistencia médica y social, derecho de asociación, derecho a la educación, etc.

d) La Convención sobre los Derechos del Niño²⁸⁶ del 20 de noviembre de 1989, que establece normas relacionadas a los derechos de asistencia necesaria para los niños con discapacidad, a prestar servicios y crear instituciones para el cuidado de los niños, incluyendo los que necesitan de cuidados especiales, así como el acceso efectivo a la educación (siendo la enseñanza primaria gratuita y obligatoria), servicios sanitarios, servicios de rehabilitación, preparación para el empleo, oportunidades de esparcimiento, fomento del desarrollo cultural y espiritual, Seguridad Social, alimentación adecuada,

²⁸⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979.

²⁸⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 7 de junio de 1989.

²⁸⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989. Ver también VILLÁN, C., "Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales", *cit.*, p. 18.

vivienda y vestido, protección de los niños y niñas indígenas o pertenecientes a minorías, protección especial contra la explotación laboral y sexual.

e) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares²⁸⁷ del 18 de diciembre de 1990, que estipula normas para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios a la igualdad de remuneración, a la seguridad social, protección de la salud, derecho a sindicarse, a la educación propia y de sus hijos e hijas, a la cultura y al disfrute de la vida familiar, entre otros.

f) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁸⁸ del 13 de diciembre del 2006, que señala los derechos de las personas con discapacidad a la vida independiente y a la integración a la esfera de la vida pública, el respeto a la familia, al derecho a la educación, a la protección de la salud, a la rehabilitación, al trabajo, a los estándares de vida adecuada y protección social, participación en la vida cultural, recreación y deporte, entre otros.

Por otra parte, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos existen tres instrumentos de suma importancia que han entrado en vigor y que protegen derechos sociales de personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Se trata de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (llamada también Convención de Belém Do Pará)²⁸⁹ del 9 de junio de 1994, que establece disposiciones normativas relativas a la protección de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia en todos los espacios de la vida pública y privada, incluido el lugar de trabajo, las instituciones educativas y de salud, que reconoce que la violencia impide y anula el ejercicio de todos los derechos, tanto de los derechos

²⁸⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Resolución 45/158, 18 de diciembre de 1990.

²⁸⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Resolución 61/106, 13 de diciembre de 2006. Ver también VILLÁN, C., “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 18.

²⁸⁹ Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”*, Asamblea General, Belém Do Pará, 9 de junio de 1994.

civiles y políticos, como los derechos sociales²⁹⁰, asimismo la Convención promueve la protección de la familia, de la libertad de asociación, la educación y valoración de la mujer libre de patrones estereotipados o basados en conceptos de subordinación, inferioridad o discriminatorios.

Además de esto, la Organización de los Estados Americanos cuenta con la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad²⁹¹ del 7 de junio de 1999, que consagra normas para propiciar la plena integración a la sociedad de las personas con discapacidad²⁹², proteger sus derechos sociales al empleo, transporte, vivienda, recreación, educación, deporte, calidad de vida, promoción de un nivel óptimo de independencia y autosuficiencia, eliminación de prejuicios y estereotipos, acceso a tratamiento y rehabilitación, etc.

También existe la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015 y entrada en vigor el 12 de enero de 2017²⁹³, que constituye el primer tratado internacional en la materia. Establece un sistema de peticiones individuales para que la Comisión Interamericana conozca de posibles violaciones de los derechos consagrados en ella²⁹⁴, entre los cuales se encuentran algunos derechos sociales como el derecho a recibir servicios de cuidado (art. 12), a la seguridad social (art. 17), al trabajo (art. 18), a la protección de la salud (art. 19), a la educación (art. 20), a la cultura (art. 21), a la recreación, esparcimiento y deporte (art. 22), a la vivienda (art. 24), a un medio ambiente sano (art. 25), etc. Igualmente, otorga a la Corte Interamericana competencia para conocer de casos de interpretación y aplicación de la Convención²⁹⁵.

²⁹⁰ *Ibidem*, art. 5.

²⁹¹ Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, Asamblea General, Ciudad de Guatemala, 7 de junio de 1999.

²⁹² *Ibidem*, art. II.

²⁹³ Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, Asamblea General, Washington, D. C., 15 de junio de 2015.

²⁹⁴ DABOVE, M., “Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, n.º 16(1), 2016, pp. 38-59.

²⁹⁵ Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, cit.

En fin, todos los instrumentos arriba mencionados han contribuido a intensificar la presencia y el influjo de este grupo de derechos, no solo en el ordenamiento jurídico internacional, sino también en los sistemas jurídicos estatales y, lo que es seguramente más importante, en las actitudes de los hombres y en la trama de las relaciones²⁹⁶.

3. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Por justiciabilidad se entiende la posibilidad de exigir ante un juez o tribunal de justicia, el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto de cada derecho. Con ello, las víctimas de violaciones de derechos pueden solicitar ante un ente independiente e imparcial, tras probarle la ocurrencia de una violación a sus derechos, la reparación adecuada²⁹⁷. Justiciabilidad deriva del verbo *ajusticiar* o *justiciar* que implica hacer justicia, y que en un ordenamiento jurídico se logra por vía institucional, concretamente por los mecanismos judiciales²⁹⁸.

El recurso a los tribunales y el litigio no deben ser considerados como los únicos medios para la realización efectiva de los derechos sociales, aunque la ausencia de recursos efectivos de exigibilidad judicial de dichos derechos limita la gama de mecanismos disponibles para que las víctimas de violaciones de derechos obtengan reparaciones; limita la responsabilidad de los Estados; debilita el poder de disuasión de las normas de derechos fundamentales y propicia la impunidad en caso de violaciones²⁹⁹.

En relación con este aspecto, y sobre la justiciabilidad de los DESC hay quienes afirman que para considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho, es posible únicamente si al menos en alguna medida el titular/acrededor está en condiciones

²⁹⁶ DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 56 y 57.

²⁹⁷ COURTIS, C. (coord.), *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales – Experiencias comparadas de justiciabilidad*, trad. de C. Fangmann, Comisión Internacional de Juristas, Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, n.º 2, Ginebra, 2010, p. 1.

²⁹⁸ URQUILLA, C., *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, pp. 84 y 85.

²⁹⁹ COURTIS, C. (coord.), *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales – Experiencias comparadas de justiciabilidad*, cit., p. 4.

de producir mediante una demanda o queja, el contenido de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho³⁰⁰.

De acuerdo con los planteamientos de Böckenförde, los derechos fundamentales de libertad son susceptibles de protección judicial porque el bien objeto de protección está natural y previamente dado, y le corresponde al juez solo reconocer lo que ya está allí y protegerlo contra las intromisiones estatales. Esto no ocurre con los derechos sociales, porque la prestación contenida en ellos es tan abstracta que los órganos jurisdiccionales a la hora de interpretarlos no pueden derivar de ellos pretensiones jurídicas determinadas a favor de los individuos³⁰¹, y en consecuencia dichos derechos no pueden ser justiciables, resultan ser estos últimos más bien metas o aspiraciones políticas que derechos fundamentales.

Desde este punto de vista, sostiene Böckenförde que “los diferentes derechos fundamentales de libertad, entendidos como derechos prestacionales, no contienen en sí mismos la medida de la extensión de su garantía”; tampoco disponen de criterio alguno para establecer las prioridades entre las pretensiones prestacionales de los distintos derechos fundamentales, ni indican qué porción de los medios financieros del Estado debe estar disponible para ellos. Es por esto que los derechos sociales necesitan entonces que su contenido sea concretado y configurado a través de la ley, reglamentar los escenarios posibles, el alcance de la prestación y lo que garantice su financiamiento³⁰². Solo cuando esto ha sucedido, es decir, cuando el tipo y el modo, la extensión y las dimensiones de la apropiación estén determinadas, podría ser tutelado y garantizado jurídicamente frente a incumplimientos del Estado³⁰³.

Ese menosprecio hacia los DESC se fundamenta en una contradicción entre valores y en la elección de una concreta opción ideológica. Que nada justifica la jerarquía

³⁰⁰ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 154.

³⁰¹ BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 76 y ss. Sobre este punto véase BERNAL PULIDO, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, *cit.*, p. 127.

³⁰² BÖCKENFÖRDE, E., *ibid.* Sobre este punto véase ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, *cit.*, p. 117 (nota 8).

³⁰³ BERNAL PULIDO, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, *cit.*, pp. 127 y ss.

axiológica que quiere atribuírseles a los derechos, pues en todo caso, aunque se admita la relación entre determinados valores y los tipos de derechos como la vinculación del valor libertad con los derechos individuales y el valor igualdad con los derechos sociales, se trata de postulados descriptivos, de los cuales no pueden derivarse consecuencias normativas para la protección reforzada de unos y el desamparo de otros³⁰⁴.

Como ha sido expresado, las violaciones de todos los derechos, incluidos los derechos sociales, pueden provenir de distintas modalidades de incumplimiento, las cuales son previsibles, como: a) Del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado o incumplimiento del deber de respeto y de no intromisión o negación de un derecho y, b) Del incumplimiento de obligaciones positivas del Estado u omisiones de las obligaciones para realizar acciones o tomar medidas de protección, aseguramiento y promoción de los derechos en cuestión³⁰⁵.

En sí los derechos sociales son justiciables, es decir, sancionables o al menos reparables. No cabe duda de la posibilidad de exigibilidad de los derechos, cuando de lo que se trata es del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado. Ahora bien, cuando se trata del incumplimiento de una obligación positiva, para que el individuo pueda exigirlos, basta con encontrarse en una situación en la que la omisión estatal (obligación objetiva) dañe inminentemente al individuo y lo haga sin justificación, lo que equivaldría a que la omisión lleve a infringir una norma *iusfundamental*. Dicho de otro modo, cuando una persona tiene una necesidad y el Estado tiene la posibilidad de satisfacerla, pero omite hacerlo, y tal omisión causa un daño a la persona, entonces la persona tiene un derecho a una acción positiva del Estado³⁰⁶.

Las obligaciones generales que se derivan de los DESC pueden clasificarse también en: Obligaciones de respetar, proteger y cumplir; de no discriminar; de progresividad y no regresividad; de garantizar contenidos esenciales de los derechos; de

³⁰⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, *cit.*, pp. 27 y 28. Sobre este punto véase también ESCOBAR ROCA, G., “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *Revista de Derecho Político*, n.º 71-72, 2008, p. 115.

³⁰⁵ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 157.

³⁰⁶ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, *cit.*, pp. 154 y 167.

ofrecer recursos legales adecuados³⁰⁷; de comportamiento y de resultado, entre otras. Respecto a las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, se afirma que la de *respetar* implica que los Estados no adopten medidas que impidan el acceso a los derechos o menoscaben su disfrute, y prohíban prácticas discriminatorias en relación con dichas acciones. La de *proteger* conmina a la adopción de medidas para evitar o prevenir que los particulares produzcan tales perjuicios y la de *cumplir* requiere del reconocimiento de los derechos en los sistemas legales y la adopción de políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos, es decir, a facilitarlos, promoverlos y proporcionarlos³⁰⁸.

A las obligaciones de *proteger* y *cumplir* las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales les llama obligaciones de garantizar y satisfacer. Advierten que el incumplimiento de cualquiera de las mencionadas obligaciones configura una violación de los derechos sociales. A modo de ejemplo, señalan que se viola el derecho a la vivienda cuando el Estado efectúa desalojos arbitrarios (por no *respetar*); se viola el derecho al trabajo por no garantizar que empleadores privados cumplan las normas laborales (por no *proteger* o *garantizar*); se viola el derecho a la protección de la salud al no facilitar cuidados médicos esenciales a los necesitados (por no *cumplir* o *satisfacer*)³⁰⁹.

En otro orden, la obligación de no discriminación no es más que una pauta imperativa o norma de *jus cogens*³¹⁰, cuya existencia no está sujeta a su enunciación explícita en un texto legal, es inmediata y no admite excusa, por lo que debe reconocerse expresamente igual título a toda persona a gozar de los derechos, y lograr que estas, además, efectivamente los puedan ejercer. En ese sentido, toda distinción debe estar justificada para que sea legítima, lo que ocurre cuando la diferenciación es razonable, es un medio útil, necesario y proporcionado para llegar a un objetivo compatible con los

³⁰⁷ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, cit., p.129.

³⁰⁸ *Ibidem*, pp. 130 y 131. Ver también BONET DE VIOLA, A., “Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales”, cit., p. 24.

³⁰⁹ Organización de las Naciones Unidas, *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*, Adoptadas en Maastricht, del 22 al 26 de enero de 1997, párr. 6.

³¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, párr. 101.

derechos. Esto así porque la igualdad abarca tanto el aspecto formal como el real y para alcanzar ambos debe recurrirse incluso a mecanismos válidos como las llamadas *acciones afirmativas* que vienen siendo un tipo de distinciones dirigidas a favorecer a personas pertenecientes a grupos que se encuentren en una situación fáctica de discriminación³¹¹. En los Principios de Limburgo, se invita a eliminar la discriminación de *jure*, suprimir inmediatamente las normas y prácticas discriminatorias que afecten el goce de los derechos sociales, así como a eliminar la discriminación de *facto* resultante del goce desigual de los DESC originado por la falta de recursos legales o por otro motivo³¹².

Por las obligaciones de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales se debe entender, tal y como ha sido reiterado en este trabajo³¹³, el deber de los Estados de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos, lo que implica gradualidad y progreso³¹⁴; avanzar tan rápido como sea posible a través de todos los mecanismos apropiados, ya sea mediante medidas legislativas, judiciales, administrativas, socioeconómicas, educativas, etc., y no pretendiendo diferir, interminablemente, los esfuerzos para la plena realización de los derechos sociales, independientemente del aumento de los recursos del Estado o nivel de desarrollo económico³¹⁵.

Así, cuando un Estado no toma medidas para progresar en el grado de goce de los derechos sociales, o cuando adopta otras que provocan la disminución del grado de satisfacción existente, incumple sus obligaciones. Un Estado solo podría justificar la adopción de una política regresiva, sin incumplir sus obligaciones, si demostrase que era

³¹¹ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, cit., pp. 134 y ss.

³¹² Organización de las Naciones Unidas, *Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., principios 37 y 38.

³¹³ Ver lo ya señalado correspondiente al artículo 2 del PIDESC.

³¹⁴ HOPENHAYN, M., “Desigualdades sociales y derechos humanos: Hacia un pacto de protección social”, Reunión de expertos sobre población, desigualdades y derechos humanos, División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 26 y 27 de octubre de 2006, p. 3. [Consulta: 10 de enero de 2016]. Disponible en: <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/6/27116/hopenhaynm.pdf>. Ver también POYANCO, R., “Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2017, p. 338.

³¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., principios 17, 21, 23 y 24.

ineludible para viabilizar la satisfacción de otros derechos sociales o su goce de modo más igualitario, y que la adoptó temporalmente, tras examinar todas las posibilidades, evaluado sus efectos y utilizado sus recursos hasta el máximo disponible³¹⁶. Finalmente, la regresividad puede medirse de dos maneras: cuando esta ocurre en los resultados o se vislumbra en las normas³¹⁷.

La obligación de garantizar niveles esenciales de satisfacción de los derechos se traduce en el deber de los Estados de adoptar, de forma inmediata, todas las medidas necesarias para garantizar un grado de disfrute mínimo de los derechos sociales a todas las personas sometidas a su jurisdicción³¹⁸. Dicha obligación no admite excusa, ni justificación para su inobservancia, por lo que cuando un Estado permite que un número significativo de personas carezca de alimentos básicos, de atención primaria en salud, de abrigo y de alojamiento básicos o de educación básica, a *prima facie* se deriva el incumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, resulta inaceptable cualquier medida regresiva que vulnere el contenido mínimo esencial de los DESC³¹⁹, pues aun en contextos de recursos escasos cabe preguntarse ¿cuánta desigualdad ha de ser éticamente aceptable?³²⁰

La obligación de brindar recursos legales adecuados implica el establecimiento de los mecanismos idóneos y efectivos que hagan posible interceder ante las autoridades gubernamentales, ya sean judiciales, administrativos o de otro carácter, con el fin de que ellas adopten las decisiones necesarias para el goce de estos derechos. Así, cuando un derecho social no pueda ejercerse plenamente sin la intervención del poder judicial, corresponde al Estado crear los recursos judiciales al efecto, habilitar a jueces y juezas

³¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 21.

³¹⁷ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, *cit.*, pp. 138 y ss. Al respecto señala Belloso Martín que la regresividad afecta la seguridad jurídica y al principio de dignidad humana, por eso debe evitarse, en BELLOSO MARTÍN, N., “Los derechos sociales en tiempos de crisis: su progresividad y su exigibilidad como retos del Estado constitucional”, *cit.*, p. 155.

³¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 21.

³¹⁹ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, *cit.*, pp. 142 y ss.

³²⁰ HOPENHAYN, M., “Desigualdades sociales y derechos humanos: Hacia un pacto de protección social”, *cit.*, p. 3.

para que puedan evaluar la debida diligencia por parte del Estado en la adopción de medidas (obligaciones de medio) así como también en la eficacia real concreta de esas medidas (obligaciones de resultado) en materia de DESC³²¹.

Cabe resaltar que para el cumplimiento de la obligación de ofrecer mecanismos para cuando se infringe el derecho³²², las víctimas de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, ya sean individuales o colectivas, tienen que poder recibir una reparación adecuada, la cual puede otorgarse como forma de restitución, compensación, rehabilitación y satisfacción o de garantías de no repetición³²³. No basta entonces con que el recurso sea adecuado o idóneo para establecer si se ha incurrido o no en una violación a los derechos sociales, sino que además debe ser eficaz o capaz de proveer lo necesario para remediarla, en los casos en que se declare violado el derecho en cuestión³²⁴.

Por último, las obligaciones de respetar, garantizar y satisfacer contienen a su vez elementos de las obligaciones de comportamiento y de resultado. Las de comportamiento o de medios son aquellas que exigen adoptar medidas razonables para que el goce de los derechos sea efectivo. En cambio las de resultado exigen alcanzar metas concretas³²⁵.

3.1. Obstáculos para su exigibilidad jurisdiccional

El gran problema de América Latina y el Caribe es que a pesar de ser una de las regiones que más han ratificado instrumentos internacionales de derechos humanos, y de contar con gran cantidad de Constituciones que contienen amplios catálogos de derechos, incluidos derechos sociales, la falta de medidas contundentes para el goce efectivo de

³²¹ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, cit., pp. 145 y ss.

³²² Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., p. 4.

³²³ Organización de las Naciones Unidas, *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., párrs. 20 y 23.

³²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo*, Sentencia n.º 4, Serie C de 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66.

³²⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., párr. 7.

estos últimos es muy notable. Los derechos sociales en América Latina y el Caribe no son plenamente respetados ni susceptibles de tutela judicial efectiva en la práctica cotidiana³²⁶.

¿Cuáles son los obstáculos que dejan trabas para la tutela judicial de los DESC? Dentro de las barreras que frecuentemente se alega que impiden una efectiva protección de los derechos sociales a nivel judicial se encuentran, entre otras: la ya mencionada falta de especificación concreta del contenido de estos derechos (llamada por De Fazio, la objeción metodológica)³²⁷. En ese sentido, Böckenförde, entre otros autores, insiste en que cuando una Constitución o un tratado internacional hablan específicamente del derecho a la protección de la salud, a la educación o a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas aplicables para el caso concreto³²⁸. Esto constituye, por supuesto, un obstáculo a la justiciabilidad de los DESC, debido a que indudablemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento que se vuelve inadmisibile si la conducta debida no resulta para algunos inteligible³²⁹.

La determinación del campo semántico de los derechos facilita el identificar las obligaciones mínimas que corresponden a los poderes públicos en relación con cada derecho social. Realizar dicha determinación compete, en primer lugar, al legislador, quien mediante leyes debe determinar los contenidos específicos de cada derecho³³⁰. A lo que cabe añadir que, el criterio del daño individual inminente resulta clave para resolver el problema de indeterminación del contenido del derecho positivo. Así que lo exigido para el goce del derecho concierne a lo que es necesario hacer para impedir su conculcación y, únicamente ante casos adversos, en que la acción requerida conlleva un

³²⁶ AGUILAR CAVALLO, G., “¿Son los derechos sociales solo aspiraciones?: Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 198. Ver también LANDAU, D., “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, vol. 53, n.º 1, 2012, p. 190.

³²⁷ DE FAZIO, F., “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales”, *cit.*, p. 190.

³²⁸ BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 76 y ss.; MICHELMAN, F., “The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n.º 1, 2003, pp. 15, 30 y 31.

³²⁹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, p. 122.

³³⁰ CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *cit.*, p. 55.

riesgo inadmisibles para el obligado, es cuando puede entenderse que la omisión de actuación no es condición suficiente de la consecuencia perniciosa. En ese mismo orden, también es clave para resolver dicho problema de la indeterminación la urgencia de la situación, y pronosticar tan solo lo que sucedería a la persona si su necesidad básica no es satisfecha³³¹.

Una vez que el contenido de los DESC ha sido definido por el poder legislativo, el argumento de que estos no ofrecen fundamento para su protección judicial se debilita. Los jueces pueden decidir desde diversas ramas del Derecho si las autoridades han cumplido o no con las obligaciones que les impone la ley, así como también pueden señalar si la legislación misma posee imprevisiones, lagunas o debilidades relacionadas con las obligaciones procedentes del Derecho constitucional y/o de otras normas que rigen los derechos sociales³³², todo lo cual dependerá del caso concreto, de las circunstancias y de las particularidades del asunto de que se trate³³³.

Abramovich y Courtis señalan también que otro de los frecuentes obstáculos para hacer exigibles judicialmente los DESC es el criterio fuertemente restringido que usualmente emplea la judicatura cuando tiene que evaluar su competencia para invalidar decisiones que pueden catalogarse de políticas. Así, si la reparación de la violación de los derechos sociales implica una prestación del Estado que envuelve recursos presupuestarios, o toca en cierta medida el diseño o la ejecución de políticas públicas, o conlleva favorecer y tutelar determinados grupos o sectores sociales, los jueces entienden tales materias como ajenas a sus funciones y propias de los órganos políticos³³⁴. Para muchos, el poder judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de políticas

³³¹ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., pp. 317 y ss.

³³² COURTIS, C. (coord.), *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales – Experiencias comparadas de justiciabilidad*, cit., p. 20.

³³³ FERRER MAC-GREGOR, E., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 2.

³³⁴ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 129. Ver también lo planteado por GARGARELLA, R., “Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions”, *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 2011, p. 1539; LANDAU, D., “The Reality of Social Rights Enforcement”, cit., pp. 194 y 195; MESTRE I MESTRE, R., “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., p. 118.

públicas³³⁵. Por otro lado, para algunos, se teme a la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos no planteados judicialmente³³⁶.

Contrario a estos planteamientos, para algunos el órgano competente para fijar el contenido y alcance de los derechos sociales no debe ser el Parlamento. Los derechos fundamentales conforman un Estado constitucional donde la política encuentra límites sustanciales, y tanto los derechos de libertad como los sociales no son más que precisamente límites impuestos a la democracia política³³⁷. La revisión de las políticas, para garantizar que se adecuen a la Constitución y al Derecho internacional de los derechos humanos es una función de la judicatura³³⁸.

Así, los derechos sociales deben ser tomados en serio, debe reconocerse su núcleo irreductible e intocable por el Parlamento y solo ha de ser determinado por el Tribunal Constitucional tomando como pauta la conciencia social del momento y lugar determinado. Lo que debe evitarse es el establecimiento de criterios concretos o porcentuales, la solución puede estar en los denominados *derechos fundamentales sociales mínimos*, aunque admitiendo que los que se encuentren fuera de estos, son vinculantes *prima facie* y susceptibles de ser ponderados³³⁹. En contraste, plantea Alexy que los Tribunales Constitucionales no son impotentes ante un poder legislativo inoperante, son competentes tanto para constatar una violación de la Constitución mediante la exhortación de un plazo para el desarrollo de una legislación conforme a la Constitución, como para formular de manera judicial directa lo mandado por la Constitución³⁴⁰.

Otro inconveniente de índole cultural es la ausencia de tradición de exigencia de estos derechos, en especial en los casos de derechos que requieren fundamentalmente de

³³⁵ CROSS, F., "The Error of Positive Rights", *cit.*, pp. 887 y ss.; POYANCO, R., "Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad", *cit.*, pp. 328 y ss.

³³⁶ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *ibidem*, p. 40.

³³⁷ MONEREO ATIENZA, C., "Una teoría de los derechos sociales es posible", *cit.*, p. 21.

³³⁸ Organización de las Naciones Unidas, "Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales", *cit.*, p. 39.

³³⁹ MONEREO ATIENZA, C., "Una teoría de los derechos sociales es posible", *cit.*, p. 21.

³⁴⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 456.

prestaciones, como los referentes a la protección de la salud, educación, vivienda, entre otros, a través de mecanismos judiciales. Pero además, aun cuando el conflicto sea divisado en términos jurídicos, las víctimas de estas infracciones dirigen su lucha hacia otras estrategias de reclamo como la protesta, las campañas de divulgación y de presión, entre otras, a partir de su desconfianza, en gran medida justificada, de la actuación del poder judicial y de los abogados y abogadas³⁴¹.

Se cree que su reconocimiento jurídico introduce en el sistema estatal ingredientes proteccionistas o paternalistas que se supone afectan negativamente al sistema de libertades. Que no se puede distribuir sin despojar a los demás de lo que disfrutan por un justo título. Por ello, el estado mínimo es el estado más extenso que se puede justificar. Cualquier estado más extenso viola los derechos de las personas, lo que equivale a rechazar toda dimensión social o comunitaria de la justicia³⁴².

Para algunos, se trata de derechos costosos³⁴³. Sin embargo, resulta irrazonable concebir que los derechos tienen que ser baratos para que su satisfacción no dependa de la contingente asignación de recursos escasos, puesto que esta condición de gratuidad supondría que el ejercicio del derecho no tiene coste alguno para nadie o, por el contrario, que tiene algún coste pero este debe ser siempre asumido por el propio titular del derecho³⁴⁴. Si el sistema de educación pública o de salud pública resulta más oneroso que el sistema policial o el electoral, lo cual es debatible³⁴⁵, esto solo demuestra una discrepancia cuantitativa que no debe concebirse como una diferencia ontológica entre los derechos a la educación y a la protección de la salud, de un lado y los derechos a la

³⁴¹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 131 y 132; HOFFMANN, F. y BENTES, F., "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil", en GAURI, V. y BRINKS, D. (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 113.

³⁴² PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 49 y 50. Sobre este punto véase también MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., *Políticas de bienestar: un estudio sobre los derechos sociales*, cit., pp. 17 y ss.

³⁴³ TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 169; TUSHNET, M., *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 227 y 234. Ver también HIERRO, L., "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", cit., p. 188.

³⁴⁴ HIERRO, L., *ibid.*

³⁴⁵ PEÑA FREIRE, A., "La teoría fuerte de los derechos sociales: Reconstrucción y crítica", cit., pp. 254 y 255.

seguridad y al voto, del otro³⁴⁶. En todo caso, como bien apunta Ferrajoli, aunque los derechos sociales cuestan, también es irrefutable que cuestan mucho más sus violaciones y su falta de satisfacción³⁴⁷.

En fin, todos los derechos requieren de la intervención de los poderes públicos y no existen derechos cuyo coste sea nulo³⁴⁸. Se trata de uno de los obstáculos que más han auspiciado el no reconocimiento de los derechos sociales como fundamentales y exigibles judicialmente, basado principalmente en una incorrecta lectura del artículo 2 del PIDESC, que hace mención del condicionamiento económico para encaminar las obligaciones de los Estados hasta el *máximo* de los recursos que disponga, y se abandonan malintencionadamente los demás elementos que consagran dichas obligaciones³⁴⁹. Argumentos formales para denegar la vinculación de las normas de derechos sociales plantean en ese sentido que en vista de los altos costos económicos para el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales, la efectividad de dichos derechos que pueden exigirse jurisdiccionalmente, implicaría que la política presupuestaria sea determinada, en partes fundamentales por el Derecho constitucional o los Tribunales Constitucionales³⁵⁰.

Tal y como sostiene el Comité DESC de las Naciones Unidas, “a veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a autoridades políticas y no a los tribunales. 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”. Dejar los derechos sociales fundamentales fuera del ámbito de los tribunales sería arbitrario e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes, y se

³⁴⁶ RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *cit.*

³⁴⁷ FERRAJOLI, L., “Derechos sociales y esfera pública mundial”, *cit.*, pp. 54.

³⁴⁸ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, p. 21. Ver también ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *cit.*, pp. 160 y 161.

³⁴⁹ CALVO GARCÍA, M., “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, *cit.*, p. 97.

³⁵⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 451.

reduciría además la capacidad de los tribunales de proteger los derechos de los grupos en situación más vulnerable de la sociedad³⁵¹.

La ausencia de vías procesales idóneas para hacer justiciables los derechos sociales es otro de los obstáculos por superar dentro de muchos ordenamientos jurídicos actuales, porque impide que las violaciones puedan ser reparadas por medio de instancias y recursos ante los tribunales. Les corresponde a las ciencias jurídicas proponer la creación de procedimientos de carácter judicial para superar la laguna generada por su inexistencia³⁵². Como bien ha sido expresado, la efectividad de un recurso judicial requiere no solo la existencia del mecanismo de acceso a un tribunal adecuado cuando ha ocurrido una violación o cuando esta es inminente, sino también que exista la posibilidad de otorgamiento de una adecuada reparación a la víctima, es decir, que debe ser adecuado y también efectivo³⁵³.

Si bien, como ha sido descrito, existen limitaciones a la exigibilidad judicial de los derechos sociales, no obstante también puede desprenderse que a pesar de su complicada estructura no hay derecho económico, social o cultural que no posea mínimamente una característica que permita su justiciabilidad en caso de conculcación. La carencia de vías o garantías jurisdiccionales adecuadas tampoco imposibilita reclamar jurisdiccionalmente estos derechos. Cualquier derecho, ya sea civil, político, social, económico o cultural, envuelve un conjunto de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado y, por lo tanto, es improbable que pueda atribuirse alguna característica exclusiva de los DESC que los imposibilite de recibir protección judicial³⁵⁴.

³⁵¹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 9, La aplicación interna del Pacto*, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10.

³⁵² CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *cit.*, p. 56.

³⁵³ COURTIS, C. (coord.), *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales – Experiencias comparadas de justiciabilidad*, *cit.*, p. 7. Ver también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, *cit.*, párrs. 64 y 66.

³⁵⁴ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, pp. 46, 47 y 117.

La existencia de un ser humano genera obligaciones y prerrogativas, las cuales existen con independencia de si la legislación las reconoce o no³⁵⁵. La vulneración sistemática de un derecho tampoco demuestra su inexistencia. Los judíos que eran legalmente enviados a la cámara de gas tenían derecho a la vida. Los millones de hambrientos del mundo actual tienen derecho a una alimentación suficiente, aunque sus Estados o el orden económico internacional imperante no sean capaces de satisfacerlo. Las exigencias éticas ínsitas en los derechos de las personas preexisten pues a las leyes positivas; el Derecho positivo intenta materializarlas, con mayor o menor fortuna³⁵⁶.

El Estado debe garantizar e impulsar el ejercicio de los derechos y deberes tanto de los individuos como de los grupos, completarlos o suministrarlos cuando se tenga la posibilidad parcial o absoluta, o cuando no se atiende adecuadamente las obligaciones jurídicas acordadas³⁵⁷. Y es que las penurias cada vez más numerosas y la incongruencia de la distribución de los recursos en la sociedad global y fragmentada han incitado a desatender los principios de solidaridad e igualdad evaluados de acuerdo con el nivel de libertad que viabilicen, y a fomentar la intervención y acercamiento de los sujetos en los aspectos sociales que les afecten como titulares de servicios básicos y como sujetos dinámicos y transaccionales. Ante este contexto, emerge un modelo jurídico-político novedoso por el cual las personas individuales y los colectivos continuarían recibiendo asistencia, pero su participación en el progreso del servicio público sería mayor, y se beneficiarían de una acción diferenciadora y equilibradora de todos los tipos de colaboración presentes para alcanzar una fórmula de armonización³⁵⁸.

3.2. La exigibilidad directa de los DESC

Cuando se produce la violación de una obligación del Estado o de particulares en materia de derechos sociales, y se reclama jurisdiccionalmente frente a dicha violación

³⁵⁵ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 36 y ss.

³⁵⁶ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, cit., p. 46.

³⁵⁷ GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 177.

³⁵⁸ *Ibid.*

específica, se trata de una exigencia directa de estos derechos. Tal y como ha sido planteado precedentemente, uno de los problemas que alegan los diversos autores con respecto a la exigibilidad directa de los DESC es la indeterminación de la conducta debida y exigible al Estado, dado el lenguaje deliberadamente vago³⁵⁹, flexible y con amplios márgenes de discrecionalidad a través del cual se expresan estos derechos y sus obligaciones correlativas³⁶⁰.

Cabe resaltar que además de poder recurrirse a la identificación de violaciones a las obligaciones que han sido reseñadas, para superar el *impasse* el Comité DESC de las Naciones Unidas, por medio de sus observaciones generales, también ha desarrollado como estándares de los derechos sociales las siguientes características elementales inherentes a estos derechos, entre ellas figuran: a) Disponibilidad, es decir, la cantidad de bienes y servicios relacionados a estos derechos, ha de ser suficiente; b) accesibilidad, se refiere a que sean accesibles a todos, sin discriminación; c) aceptabilidad, señala que sean tolerables para las creencias de las personas; y d) calidad, que significa que sean apropiados y adecuados. Se trata, como ya se ha mencionado varias veces, de garantizar un *mínimo nacional*³⁶¹ o unos estándares mínimos que beneficien potencialmente a todos y que sirvan de parámetro para determinar si existe violación o no del cumplimiento de las obligaciones positivas por parte del Estado en materia de estos derechos.

En los principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se advierte que los Estados Partes cometen violaciones al tratado cuando: no adoptan las medidas exigidas por el Pacto; no remueven, a la mayor brevedad, todos los impedimentos para la realización de los derechos; no aplican con agilidad un derecho exigido; no satisfacen, de manera intencional, una norma mínima; adoptan restricciones arbitrarias a los derechos; retrasan,

³⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 38.

³⁶⁰ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 158.

³⁶¹ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, *cit.*, pp. 29 y ss.

deliberada e injustificadamente, la realización progresiva de un derecho; y no presentan los informes exigidos por el Pacto³⁶².

En adición a esto, el referido Comité ha ido desarrollando un conjunto de estándares concretos y de gran importancia de cada derecho del PIDESC³⁶³, que sirven como parámetros para la exigibilidad directa de los derechos sociales. El Comité también ha aportado el concepto de *obligación fundamental mínima*, que no es más que el compromiso que tienen los Estados Partes de garantizar el disfrute de niveles esenciales mínimos de cada derecho contenido en el Pacto, de este modo si en un Estado las personas son privadas de alimentación básica, de atención mínima de salud, o de servicios de educación, se incurre a *prima facie* en violaciones de las obligaciones consagradas en el Pacto³⁶⁴.

A continuación, se presenta una síntesis de algunos de esos estándares y obligaciones fundamentales mínimas relativos a los derechos sociales. Para ello se agrupa el derecho a la vivienda con el derecho al agua y al saneamiento, por la interdependencia que tienen y porque en diversos instrumentos internacionales, las obligaciones respecto al derecho al agua y al saneamiento se encuentran junto a las disposiciones relativas al derecho a la vivienda³⁶⁵, esto deja entender que cuando se viola el derecho al agua y al saneamiento, se afecta también el derecho a la vivienda. Se vincula luego el derecho a la educación con el derecho al trabajo y a la seguridad social, en vista de que el derecho a la educación facilita el acceso al derecho al trabajo, el cual a su vez garantiza el derecho a la seguridad social. Por último, se agrupa el derecho a la protección de la salud con el derecho a la alimentación en virtud de la relación tan cercana que tienen ambos derechos entre sí, lo cual se refleja por la frecuencia en que los estándares internacionales refieren el uno al otro para su pleno goce y ejercicio como será demostrado. Por otro lado, el

³⁶² Organización de las Naciones Unidas, *Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., principio 72.

³⁶³ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., p. 13.

³⁶⁴ GROTE, R., “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: ¿Hacia una aplicación más efectiva de los derechos sociales?”, cit., p. 134.

³⁶⁵ Ver el párrafo 8 de la Observación General n.º 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Ver también el informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, el Sr. Miloon Kothari, del 20 de abril de 2001, entre otros.

orden elegido no obedece a un criterio de jerarquía, más bien corresponde al orden cronológico en que el Comité de Naciones Unidas se pronunció respecto de estos derechos en sus observaciones generales, se refirió primero al derecho a la vivienda, luego al derecho a la educación, y posteriormente, al derecho a la protección de la salud.

3.2.1. El derecho a la vivienda y el derecho al agua y al saneamiento

El derecho a la vivienda ha sido reconocido significativamente en el plano nacional –constitucional y legal- e internacional, sin embargo, continúa estando tutelado de forma débil y pobre³⁶⁶, aun cuando resulta ser el más tangible entre los DESC para verificar su cumplimiento³⁶⁷. Por ello uno de sus mayores desafíos es la creación de mecanismos jurisdiccionales efectivos para su protección³⁶⁸. Sobre el derecho a la vivienda, el Comité DESC de las Naciones Unidas ha señalado que no comprende simplemente el cobijo que resulta del “mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza”, sino más bien “el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”, el cual ha de ser garantizado a todos y a todas, independientemente de sus ingresos o del acceso que tengan a los recursos económicos. La vivienda, además, ha de ser adecuada, esto significa que se disponga de un lugar donde se pueda aislarse si se desea, que contenga un espacio, seguridad, iluminación, ventilación e infraestructura básica adecuados y todo ello a un costo razonable³⁶⁹. Si bien los Estados al ratificar el PIDESC se comprometen a garantizar a todo individuo bajo su jurisdicción el goce del derecho a la

³⁶⁶ GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., “Globalización, espacio y derecho a la vivienda”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., p. 278.

³⁶⁷ ESCOBAR ROCA, G. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B., “El derecho a la vivienda”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 1297.

³⁶⁸ KUCS, A., SEDLOVA, Z. y PIERHUROVICA, L., “The Right to Housing: International, European and National Perspectives”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 64/65, 2008, p. 101.

³⁶⁹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 4, Artículo 11: El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991, párr. 7.

vivienda adecuada³⁷⁰, como puede notarse, la obligación no se satisface con el mero hecho de proporcionar un lugar³⁷¹, sino que debe ajustarse a lo descrito por el Comité sobre el concepto de una vivienda adecuada.

El Comité DESC en su Observación General n.º 4 marcó de manera más concreta los estándares mínimos que deben ser tenidos en cuenta para proteger y respetar el derecho a la vivienda adecuada, a saber: Seguridad jurídica de la tenencia. En ese sentido, todos los seres humanos deben gozar de seguridad de tenencia que les garantice una protección jurídica contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas y los Estados deben garantizarlo. Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada ha de contener ciertos servicios imprescindibles para la protección de la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición.

Respecto de los gastos soportables, los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no imposibilitara ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deben adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso y crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una³⁷². La habitabilidad significa que una vivienda adecuada debe estar acondicionada, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la protección de la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.

En cuanto a la asequibilidad, la vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de vulnerabilidad un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Es importante también el lugar, pues la vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el

³⁷⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, art. 11.

³⁷¹ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ONU-HABITAT, “El derecho a una vivienda adecuada”, Folleto informativo n.º 21, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra, pp. 3 y 4. [Consulta: 3 de mayo de 2015]. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf.

³⁷² Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 4, Artículo 11: El derecho a una vivienda adecuada*, cit., párr. 8, literales a, b y c.

acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales, y adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir apropiadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda³⁷³. Para Guiglia este derecho constituye un presupuesto lógico y necesario para salvaguardar idóneamente a la familia y sus derechos, brinda protección contra la pobreza y exclusión y, sirve de garantía efectiva de los derechos de primera generación³⁷⁴.

En el primer dictamen emitido por el Comité DESC presentado bajo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 5 de mayo de 2013, se determinó que España violó el derecho a la vivienda de una señora, identificada como I.D.G., cuyo hogar fue objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria dada la falta de pago de las cuotas del préstamo hipotecario a una entidad bancaria³⁷⁵. El Comité consideró que no fueron tomadas todas las medidas razonables para notificar debidamente a la autora de la demanda de ejecución hipotecaria, a fin de garantizar que estuviera informada sobre el inicio del procedimiento; como consecuencia, se privó a la autora de defender su derecho a la vivienda ante un

³⁷³ *Ibidem*, párr. 8, literales d, e, f y g.

³⁷⁴ GUIGLIA, G., “El derecho a la vivienda en la Carta Social Europea: a propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales”, trad. de C. Vidal Prado, *Revista de Derecho Político*, n.º 82, 2011, pp. 555 y 556. En igual sentido véase GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., “Globalización, espacio y derecho a la vivienda”, *cit.*, pp. 274 y ss.; TERMINSKI, B., “The Right to Adequate Housing in International Human Rights Law: Polish Transformation Experiences”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 22, n.º 2, 2011, pp. 221 y ss.

³⁷⁵ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “España violó los derechos de una mujer cuya vivienda hipotecada podría ser subastada – Comité de la ONU”, Ginebra, 18 de septiembre de 2015. [Consulta: 15 de abril de 2017]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16457&LangID=S#sthash.E6ySqBcS.dpuf>.

tribunal, lo cual no fue remediado posteriormente por el Estado Parte³⁷⁶, lo que violó el artículo 11, párrafo 1 leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1 del Pacto³⁷⁷.

En dicho caso, el Comité DESC reiteró que todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, hostigamiento o amenazas, que los desalojos forzados son a *prima facie* incompatibles con el PIDESC, y que solo podrían justificarse en circunstancias muy excepcionales, observándose las garantías procesales que aseguren, entre otras razones, la oportunidad de consulta al afectado y un plazo suficiente y razonable de notificación con antelación a la fecha prevista para el desalojo, es decir, que se disponga de un recurso judicial efectivo y apropiado³⁷⁸.

Como medida de reparación, entre otras, se recordó el deber de adoptar medidas legislativas para garantizar que el procedimiento de ejecución hipotecaria y las normas procesales establezcan requisitos y procedimientos adecuados a seguir antes de proceder a una subasta de una vivienda o a un desalojo, en virtud de los derechos reconocidos en el Pacto³⁷⁹. Además, que se deberá asegurar la accesibilidad a recursos jurídicos para las personas que se enfrentan a procedimientos de ejecución hipotecaria por falta de pago de préstamos, y en el caso de la señora afectada, se deberá garantizar que la subasta de su

³⁷⁶ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *I.D.G. contra España*, Comunicación n.º 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13 de octubre de 2015, párrs. 13.7 y 14.

³⁷⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., art. 11. 1: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.* Art. 2. 1: *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

³⁷⁸ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *I.D.G. contra España*, cit., párrs. 11.2 y 11.4.

³⁷⁹ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “España violó los derechos de una mujer cuya vivienda hipotecada podría ser subastada – Comité de la ONU”, cit.

vivienda no sea ejecutada sin las garantías del debido proceso, así como reembolsar los costos incurridos en la tramitación de la comunicación a Naciones Unidas³⁸⁰.

Con respecto a tan importante derecho como el derecho al agua y saneamiento, actualmente siete personas mueren a cada minuto por causa de la insalubridad del agua y 884 millones de personas no cuentan todavía con acceso al agua potable³⁸¹. El derecho al agua ha sido definido como “el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, asequible para el uso personal y doméstico”. Este derecho se relaciona de manera directa también con el derecho al saneamiento, al cual toda persona debe acceder a través de servicios adecuados y seguros que salvaguarden la salud pública y el medio ambiente³⁸².

En virtud de lo establecido por el Comité DESC, el contenido normativo del mencionado derecho comprende: Disponibilidad; que el abastecimiento de agua sea continuo y suficiente para los usos personales y domésticos del individuo; calidad: que el agua sea salubre, con un color, olor y sabor aceptables; y accesibilidad: el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos y a todas sin discriminación y comprende la accesibilidad física, la accesibilidad económica, sin discriminación e informando adecuadamente sobre los temas relativos a esta³⁸³.

Las obligaciones de los Estados en relación con este derecho pueden agruparse en: Obligaciones de respetar, de proteger y de realizar. La obligación de respetar requiere que los Estados se abstengan de impedir directa o indirectamente el goce del derecho al agua; la de proteger, por su parte, demanda que los Estados no les permitan a terceros cualquier

³⁸⁰ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *I.D.G. contra España, cit.*, párrs. 16 y 17.

³⁸¹ CLEMENCEAU, B., “Où en est le droit des êtres humains à l'eau et à l'assainissement depuis l'adoption de la Résolution n.º 64/292 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 28 juillet 2010?”, *La Revue des Droits de l'Homme*, n.º 13, 2018, p. 1.

³⁸² GÓMEZ TREJO, O., “Los derechos a la alimentación, al agua, a la salud y a la vivienda contenidos en el artículo 4o. constitucional a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos en México”, en FERRER MAC-GREGOR, E., CABALLERO OCHOA, J. y STEINER, C. (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 594.

³⁸³ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 15, Artículos 11 y 12: El derecho al agua, cit.*, párr. 12.

injerencia en el disfrute de las personas de su derecho al agua y, la de realizar, exige a los Estados tomar medidas de toda índole, que sean adecuadas para garantizar efectivamente dicho derecho³⁸⁴. A dichas obligaciones, señala la Relatora Especial de las Naciones Unidas para el Derecho al Agua, que a pesar de que el Comité no formuló una observación general sobre el derecho al saneamiento, emitió una declaración formal en la que reconoce que son aplicables a dicho derecho, adoptando el enfoque sugerido por la Relatora Especial en 2009³⁸⁵. En este sentido, la escasez de normas positivas en el Derecho internacional e interamericano que protejan específicamente los derechos vinculados al ambiente y al agua, puede haber conspirado contra su progresividad³⁸⁶.

A pesar de esto, en el ámbito de Naciones Unidas existen algunos avances para la regulación del acceso al agua como derecho fundamental, cabiendo resaltar la Conferencia sobre el Agua (Mar del Plata, 1977), cuyo Plan de Acción señaló el derecho de todos los pueblos a disponer de agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas. Posteriormente, con la Resolución A/RES/35/18 del 10 de noviembre de 1980, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas planteó el reto de que para 1990 todas las personas tuvieran acceso a agua segura y suficiente, y declaró para ello el Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental. Asimismo, resultan importantes la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente (Dublín, 1992); la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992); la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994); la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Nueva York, 1999); la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo,

³⁸⁴ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho al agua”, Folleto informativo n.º 35, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos-ONU-HABITAT-Organización Mundial de la Salud, Ginebra, pp. 30 y 31. [Consulta: 4 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>.

³⁸⁵ Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. Violaciones corrientes de los derechos humanos al agua y el saneamiento”, A/HRC/27/55, 30 de junio de 2014, párr. 16.

³⁸⁶ CENICACELAYA, M. N., “Tutela del agua y del ambiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata*, n.º 46, 2016, p. 246.

2002), y la Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible «Río + 20» (Río de Janeiro, 2012), entre otras³⁸⁷.

El Comité DESC también ha resumido las siguientes obligaciones básicas de los Estados, a ser ejecutadas de manera inmediata, en: a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima, suficiente y apta de agua para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades; b) asegurar el derecho de acceso al agua, a las instalaciones y servicios sin discriminación; c) garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua y a una distancia razonable del hogar; d) velar para que sea seguro acudir a obtener el agua; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles; f) adoptar y aplicar periódicamente una estrategia y plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; g) vigilar el grado de materialización, o no, del derecho al agua; h) adoptar programas para proteger a los grupos en situación de vulnerabilidad y exclusión; e i) adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, mediante servicios de saneamiento adecuados³⁸⁸.

Con respecto a la obligación de garantizar el acceso a una cantidad mínima de agua para todos y todas, García señala que los organismos internacionales han indicado que veinte litros de agua al día es la cantidad suficiente para beber y para la higiene de una persona, cantidad que asciende a cincuenta litros si se toman en cuenta las necesidades diarias de agua para el baño y para lavar, lo que supone menos del dos por ciento del agua utilizada en el planeta³⁸⁹. Por último, se subraya la necesidad de gestión de los recursos hídricos de manera equitativa, solidaria y sostenible, que repudie el actual enfoque mercantilista adoptado y lo sustituya por un enfoque social cuyo objetivo sea guiar hacia una *nueva cultura del agua*³⁹⁰.

³⁸⁷ ESCOBAR, G. (dir.), “Derecho al agua”, Federación Iberoamericana de Ombudsman-Trama, Madrid, 2015, pp. 23 y 24.

³⁸⁸ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 15, Artículos 11 y 12: El derecho al agua, cit.*, párr. 37.

³⁸⁹ GARCÍA MORALES, A., *El derecho humano al agua*, Trotta, Madrid, 2008, p. 196.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 267. Sobre el manejo del agua ver también lo planteado por GAZZANIGA, J., LARROUY-CASTÈRA, X., MARC, P. y OURLIAC, J., *Le droit de l'eau*, Litec, París, 2011, pp. 329 y ss.

3.2.2. *El derecho a la educación, al trabajo y a la Seguridad Social*

El acceso a la educación es un derecho desatendido a nivel mundial. Esto se evidencia por la necesidad de su inclusión tanto en los Objetivos de Desarrollo del Milenio del 2000, como en los Objetivos de Desarrollo Sostenible del 2015³⁹¹. Con respecto al derecho a la educación, el Comité DESC indica que este derecho se clasifica tanto como un derecho económico, un derecho social y un derecho cultural, puesto que es todos esos derechos al mismo tiempo³⁹². El PIDESC lo reconoce de manera específica y detallada³⁹³.

Concerniente a este derecho, el Pacto establece la exigencia a los Estados Partes de adoptar un plan de acción en un plazo de dos años. El Comité ha declarado que esto “debe entenderse en el sentido de los dos años siguientes a la entrada en vigor del Pacto para el Estado de que se trate, o los dos años siguientes a un ulterior cambio de circunstancias que hubiera llevado a la inobservancia de la obligación pertinente”. Aclara además, que la obligación es constante y que los Estados no se encuentran exentos de la obligación por no haber tomado medida alguna en dicho plazo de los dos años³⁹⁴. Precisar de esta manera dicha obligación denota la consistencia del criterio de la progresividad (anteriormente expuesto) consagrado en el artículo 2 del Pacto.

Por otro lado, se reconoce el papel decisivo de la educación para la emancipación de la mujer, la salvaguardia de los niños frente a la explotación laboral, el trabajo peligroso y la prostitución, la promoción de los derechos fundamentales y la democracia,

³⁹¹ CORNEJO CHÁVEZ, L., “El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES, M. y FLORES, R. (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018, p. 235.

³⁹² Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 11, Artículo 14: Planes de acción para la enseñanza primaria*, cit., párr. 2.

³⁹³ CORNEJO CHÁVEZ, L., “El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., p. 239.

³⁹⁴ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 11, Artículo 14: Planes de acción para la enseñanza primaria*, cit., párr. 8.

la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico³⁹⁵. También se advierte que la falta de este derecho conlleva cierta relación con el incremento de los matrimonios infantiles³⁹⁶. Al resultar tan indispensable entonces para el desarrollo de las personas y de los niños, la obligación de proveer educación no se limita solo a la responsabilidad de brindar cualquier tipo de educación, sino que la misma debe ofrecer las capacidades para poder hacer algo con la formación recibida³⁹⁷. Por eso la importancia de que la misma sea de calidad³⁹⁸ y que promueva la ética y los valores³⁹⁹.

Para el Comité DESC la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas: Disponibilidad; que haya centros y programas educativos suficientes en el Estado Parte para que la población pueda hacer uso de ellos. Accesibilidad: que las instituciones y los programas de enseñanza sean accesibles a todos, sin discriminación. Dicha accesibilidad consta de tres dimensiones a su vez: a) No discriminación; b) accesibilidad material; y c) accesibilidad económica. Aceptabilidad: que la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, sean aceptables (pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, si procede, para los padres. Adaptabilidad: que sea adaptable a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y que responda a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados⁴⁰⁰. Esto último contribuye a que las sociedades sean estables y pacíficas⁴⁰¹.

³⁹⁵ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 13, Artículo 13: El derecho a la educación*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 1.

³⁹⁶ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 11, Artículo 14: Planes de acción para la enseñanza primaria*, *cit.*, párr. 4.

³⁹⁷ LEE, S., "Education as a Human Right in the 21st Century", *Democracy & Education*, vol. 21, n.º 1, 2013, p. 1.

³⁹⁸ BOLY BARRY, K., "Education is Not a Privilege, It is a Human Right", *Norrag Special Issue*, n.º 1, 2018, p. 14.

³⁹⁹ SINGH, K., "The Humanist Mission of Education", *Norrag Special Issue*, n.º 1, 2018, pp. 34 y 35.

⁴⁰⁰ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 13, Artículo 13: El derecho a la educación*, *cit.*, párr. 6, literales a, b, c y d. Ver también CORNEJO CHÁVEZ, L., "El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *cit.*, pp. 242 y 243.

⁴⁰¹ LEE, S., "Education as a Human Right in the 21st Century", *cit.*, p. 3.

El Comité no solo establece las características elementales de este derecho, sino que requiere a los Estados la obligación de respetar, proteger y llevar a efecto cada una de dichas características fundamentales, enumera posibles formas de violaciones a ellas y establece como obligaciones mínimas de los Estados las siguientes: el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación; proporcionar enseñanza primaria a todos; adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental; y velar por la libre elección de la educación sin la intromisión del Estado ni de terceros, de conformidad con las normas mínimas en esta materia, entre otras⁴⁰².

En otro orden, “el derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo. Engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo”, incluye el derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir empleo, a no ser obligado a ejercer un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso al trabajo. Además, implica el derecho a no ser privado injustamente de él⁴⁰³ y a la protección contra los riesgos sociales⁴⁰⁴.

El trabajo debe ser digno y no puede ser considerado una mercancía o artículo de comercio⁴⁰⁵. Es decir, que respete los derechos fundamentales, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración, debe ofrecer una renta que permita a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias y por supuesto, se incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo. “El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad

⁴⁰² Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 13, Artículo 13: El derecho a la educación, cit.*, párr. 57.

⁴⁰³ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 18, Artículo 6: El derecho al trabajo*, E/C. 12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 6.

⁴⁰⁴ MINÉ, M. y MARCHAND, D., *Le droit du travail en pratique*, Eyrolles, París, 2015, p. 19.

⁴⁰⁵ AZUELA, H., “Tipología y estructura de los derechos humanos del trabajo”, *Alegatos-Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, n.º 80, 2012, pp. 7 y ss.; PATLÁN PÉREZ, J., “Derechos laborales: una mirada al derecho a la calidad de vida en el trabajo”, *Ciencia Ergo Sum*, vol. 23, n.º 2, 2016, p. 122.

humana”⁴⁰⁶, es la condición básica y fundamental de la vida humana⁴⁰⁷, contribuye a la igualdad, al diálogo, a la paz social y a la eficiencia del trabajo humano⁴⁰⁸.

Como sustenta Avendaño Murillo las normas de derechos laborales están ampliamente desarrolladas⁴⁰⁹. Los estándares mínimos o esenciales para la promoción y respeto del derecho al trabajo han sido definidos por el Comité DESC de las Naciones Unidas de la siguiente manera: Disponibilidad; los Estados Partes han de contar con servicios especializados que tengan por función cooperar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él. Accesibilidad: el mercado laboral debe poder ser accesible a toda persona que esté bajo la jurisdicción de los Estados Partes, sin discriminación alguna, lo que incluye la accesibilidad física e informativa, y aceptabilidad y calidad. Las condiciones de trabajo han de ser justas, favorables y seguras, elegidas y aceptadas libremente y con la libertad para pertenecer o fundar sindicatos⁴¹⁰.

De dichos estándares se desprenden igualmente, las siguientes obligaciones básicas: a) Garantizar el derecho de acceso al empleo que permita una existencia digna; b) evitar las medidas que aumenten la discriminación; y c) adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de empleo sobre la base de las preocupaciones del conjunto de los trabajadores⁴¹¹. Hay que señalar, además, que por medio del derecho al trabajo se logran satisfacer las necesidades básicas del individuo, lo que permite el goce de la mayoría de los derechos sociales.

La protección o seguridad social es un derecho humano que se refiere al conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de vida. Dicho derecho incluye los beneficios familiares y por niño, las

⁴⁰⁶ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 18, Artículo 6: El derecho al trabajo, cit.*, párr. 7 y 1.

⁴⁰⁷ AVENDAÑO MURILLO, G., “El derecho laboral como derecho humano”, *Verba Iuris*, n.º 32, 2014, p. 55. Ver también REYNOSO, C., *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, D. F., 2006.

⁴⁰⁸ MINÉ, M. y MARCHAND, D., *Le droit du travail en pratique, cit.*, p. 19.

⁴⁰⁹ AVENDAÑO MURILLO, G., “El derecho laboral como derecho humano”, *cit.*, p. 55.

⁴¹⁰ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 18, Artículo 6: El derecho al trabajo, cit.*, párr. 12, literales a, b y c.

⁴¹¹ *Ibidem*, párr. 31.

prestaciones de maternidad, de desempleo, de accidentes de trabajo y de enfermedades, así como las pensiones por motivos de vejez, invalidez y sobrevivencia, y la protección de la salud⁴¹². Este derecho también implica el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias de la cobertura social existente, así como el derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales⁴¹³.

A pesar de esto, la OIT señala que solo el cuarenta y cinco por ciento de la población mundial tiene cobertura efectiva por al menos un beneficio de protección social, mientras que el cincuenta y cinco por ciento restante (unos 4000 millones de personas) no tienen protección alguna, pero, además, se estima que solo el veintinueve por ciento de la población mundial está protegida por un sistema de seguridad social integral que abarca todas las prestaciones, lo que significa que el setenta y uno por ciento (5200 millones de personas) tiene solo una cobertura parcial o ninguna⁴¹⁴. Los datos sirven de alerta de que existen serias problemáticas en el cumplimiento de este derecho fundamental, en salud, prestaciones económicas por maternidad, ingreso en la vejez, etc.⁴¹⁵.

De conformidad con el Comité DESC los elementos esenciales del derecho a la seguridad social son: Disponibilidad; que se haya establecido y funcione un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. Riesgos e imprevistos sociales: que el sistema de Seguridad Social abarque atención de salud, prestaciones por enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, por maternidad, discapacidad, supervivencia y orfandad. Nivel suficiente: que sean las prestaciones suficientes en importe y duración⁴¹⁶. Accesibilidad:

⁴¹² ORTIZ, I. y BEHRENDT, C. (coords.), *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2017, p. XXXi.

⁴¹³ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 19, Artículo 9: El derecho a la seguridad social*, cit., párr. 9.

⁴¹⁴ ORTIZ, I. y BEHRENDT, C. (coords.), *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, cit., pp. XXXi y XXXii.

⁴¹⁵ MEDINA CONDE, A. y FLORES ILHUICATZI, U., “La Seguridad Social como derecho humano en el contexto internacional”, *Dikê*, n.º 20, 2016-2017, p. 125.

⁴¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 19, Artículo 9: El derecho a la seguridad social*, cit., párrs. 11 a 22.

que todas las personas estén cubiertas por el sistema de Seguridad Social y que las condiciones para acogerse a las prestaciones sean razonables, proporcionadas y transparentes. Que los costos relacionados con las cotizaciones sean asequibles para todos y que los beneficiarios puedan participar en la administración del sistema, de manera informada. Que las prestaciones sean concedidas oportunamente y los beneficiarios tengan acceso físico a los servicios de Seguridad Social⁴¹⁷.

A partir de dichos elementos pueden desprenderse las siguientes obligaciones básicas para los Estados Partes del PIDESC: a) Asegurar el acceso a un sistema de Seguridad Social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones; b) asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de Seguridad Social sin discriminación; c) respetar y proteger los regímenes de Seguridad Social de injerencias injustificadas; d) adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de Seguridad Social; e) adoptar medidas para aplicar planes de Seguridad Social, en particular los destinados a proteger a grupos desfavorecidos; y f) vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social⁴¹⁸.

Cabe resaltar sobre este derecho, que el Comité DESC al entrar en vigor el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recibió la petición de un español que reclamaba del Estado la violación de su derecho a la seguridad social y a no ser discriminado, debido a la reducción del importe monetario de su prestación no contributiva por discapacidad. El Estado fundamentó la reducción por los costes de manutención del autor en el centro penitenciario en donde se encuentra privado de libertad⁴¹⁹. El Comité rechazó las violaciones alegadas de los derechos del autor por no constituir discriminación, por ser sustituida, en parte, la prestación por la provisión de manutención en el centro donde se encuentra privado de la libertad y además, por no ser probado el perjuicio causado de la medida sobre él,

⁴¹⁷ *Ibidem*, párrs. 23 a 27.

⁴¹⁸ *Ibidem*, párr. 59. Para mejor comprensión ver también la explicación detallada de cada elemento en ÖZDEN, M., *El derecho a la seguridad social*, versión castellana, Centro Europa-Tercer Mundo, Ginebra, 2012, pp. 9 y ss.

⁴¹⁹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Miguel Ángel López Rodríguez contra España*, Comunicación n.º 1/2013, E/C.12/57/D/1/2013, 20 de abril de 2016.

consecuentemente, declaró la no violación de los artículos 2 y 9 del Pacto⁴²⁰. Respecto del derecho a la seguridad social, recordó que los Estados Partes están obligados a apoyar a las personas y grupos que no puedan hacer suficientes cotizaciones para su misma protección y que toda supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, evaluada en cada caso, tomando en cuenta la situación del beneficiario, basarse en motivos razonables y proporcionales, realizarse por ley y garantizarse el nivel mínimo de prestaciones⁴²¹.

En fin, todos estos estándares que en materia de derechos sociales tanto el Comité DESC de las Naciones Unidas, como otros organismos y entes internacionales han ido desarrollando, son más que suficientes para que los Estados y la sociedad reconozcan que se trata de una falsa imputación la inferida falta de especificación concreta del contenido de estos derechos⁴²² y la indeterminación de la conducta debida y exigible al Estado en materia de derechos sociales.

3.2.3. El derecho a la protección de la salud y el derecho a la alimentación

“El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano”. Entraña ciertas libertades y derechos, como el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos ni experimentos médicos no

⁴²⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., art. 2. (...) 2. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* Art. 9: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.*

⁴²¹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Miguel Ángel López Rodríguez contra España*, cit., párrs. 10.4, 11.2 y 11.3

⁴²² COURTIS, C., “El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, en CERVANTES ALCAYDE, M., et. al., *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2014, p. 35.

consensuales⁴²³. Se trata de un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la protección de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición y vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la protección de la salud, incluida la sexual y reproductiva⁴²⁴.

Nótese que la percepción de la salud contiene elementos objetivos, subjetivos y culturales⁴²⁵. Al ser el concepto de salud tan amplio y vago se habla entonces de un derecho a la atención de la salud o a la protección de la salud⁴²⁶. Si la protección de la salud no se reivindica como un derecho humano, la alternativa es sujetarla al humanitarismo y esto contribuye a preservar una realidad inaceptable⁴²⁷. Este derecho de dimensiones individual y colectiva debe ser protegido tanto por el Estado como por los particulares⁴²⁸.

Por medio de la Observación General n.º 14, el Comité DESC estableció los siguientes principios o estándares esenciales requeridos para el respeto y garantía del derecho a la protección de la salud: Disponibilidad. Los Estados deben contar con toda la infraestructura de salud necesaria en todo su territorio. A su vez ha de tener agua, electricidad, personal capacitado y todos los medicamentos necesarios. Accesibilidad: la infraestructura, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación alguna. Esto comprende la accesibilidad física, la económica, así como la informativa. Aceptabilidad: la infraestructura, bienes y servicios de salud deben estar de

⁴²³ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14, Artículo 12: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, cit., párr. 8.

⁴²⁴ *Ibidem*, párr. 11.

⁴²⁵ PUYOL, A., “Del derecho a la salud a la ética del racionamiento sanitario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 52, 2018, pp. 46 y 50.

⁴²⁶ VÁSQUEZ, R., *Derechos humanos: una lectura liberal igualitaria*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, pp. 103 y 104. Sobre este punto véase también ESCOBAR ROCA, G., “El derecho a la protección de la salud”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 1091; ESCOBAR ROCA, G., “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, cit., p. 128.

⁴²⁷ PUYOL, A., “Del derecho a la salud a la ética del racionamiento sanitario”, cit., pp. 46 y 50.

⁴²⁸ GRÜNDLER, T., “Le droit à la protection de la santé”, *La Revue des Droits de l’Homme*, n.º 1, 2012, p. 213.

acuerdo con la cultura y las prácticas de las comunidades a las que atiende. Calidad: la infraestructura, bienes y servicios de salud deben ser científica y médicamente apropiadas, contando con todos los equipos, medicamentos, el personal necesario, y con agua potable y condiciones sanitarias adecuadas⁴²⁹.

De dichos principios se desprenden las obligaciones mínimas de los Estados para el respeto del derecho a la protección de la salud, a saber: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura; c) garantizar el acceso a un hogar, una vivienda, unas condiciones sanitarias básicos y a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) facilitar medicamentos esenciales; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y f) adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para toda la población⁴³⁰. Además, debe garantizarse la protección de los grupos vulnerables, incluso mediante medidas afirmativas⁴³¹.

En cuanto al derecho a la alimentación, señala Guematcha que este término fue utilizado por primera vez a principios de la década de 1940 por Franklin D. Roosevelt en el *Economic Bill of Rights* y que a la hora de garantizarlo debe pensarse siempre en la estrecha relación que tiene con la pobreza y la seguridad alimentaria⁴³². Según la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, existen más de mil millones de personas desnutridas⁴³³. Hay más de dos mil millones de personas carentes de las vitaminas y minerales esenciales en sus alimentos y alrededor de seis

⁴²⁹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14, Artículo 12: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, cit., párr. 12, literales a, b, c y d.

⁴³⁰ *Ibidem*, párr. 43.

⁴³¹ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud, “El derecho a la salud”, Folleto informativo n.º 31, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra, p. 10. [Consulta: 15 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>.

⁴³² GUEMATCHA, E., “Subventions agricoles des pays développés et droit à l’alimentation dans les pays en développement”, en CHAMPEIL-DESPLATS, V. y LOCHAK, D. (dirs.), *Libertés économiques et droits de l’homme*, cit., pp. 149 y 150.

⁴³³ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), “El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2009, Crisis económicas: repercusiones y enseñanzas extraídas”, Roma, 2009, p. 11.

millones de niños fallecen anualmente por malnutrición o enfermedades conexas⁴³⁴, todo lo cual es perfectamente evitable⁴³⁵. El derecho a la alimentación ha sido definido como el “derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”⁴³⁶.

El derecho a la alimentación constituye un derecho incluyente, no a una simple ración mínima de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos específicos. Es el derecho a todos los elementos nutritivos que la persona necesita para vivir sana y activamente, conforme a su dignidad, igualmente es el derecho a contar con los mecanismos para acceder a estos⁴³⁷. Por dicha razón, más recientemente el lenguaje de los instrumentos internacionales coincide en señalar el derecho a la alimentación adecuada como un componente del derecho a la nutrición adecuada, tal y como lo aborda la Convención sobre los Derechos del Niño que pone énfasis en el bienestar nutricional de cada niño⁴³⁸.

El contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente: a) La disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias, sin sustancias dañinas, y aceptables para una cultura determinada; y b) la accesibilidad de esos alimentos de manera sostenible y sin

⁴³⁴ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho a la alimentación adecuada”, Folleto informativo n.º 34, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra, p. 1. [Consulta: 10 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>.

⁴³⁵ GARCÍA NEUMANN, J., “La crisis mundial de alimentos y los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 27, 2010, p. 308.

⁴³⁶ Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, “El derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10 de la Comisión de Derechos Humanos”, E/CN.4/2001/53, 7 de febrero de 2001, párr. 14.

⁴³⁷ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho a la alimentación adecuada”, *cit.*, p. 3.

⁴³⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, *cit.* Sobre este punto véase AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 170; CERABONA, G., “La negación de los derechos económicos y sociales y la pobreza infantil”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 61, 2015, pp. 24 y ss.

impedir el disfrute de otros derechos⁴³⁹. Es importante aclarar que por accesibilidad, se entiende tanto la accesibilidad económica, que conlleva a que los costos para la adquisición de los alimentos estén a un nivel que no perjudique o amenace la satisfacción de otras necesidades elementales, como la accesibilidad física o social, que requiere del acceso para todos, especialmente para las personas en situación de vulnerabilidad⁴⁴⁰.

De acuerdo con el Comité DESC la principal obligación de los Estados en esta materia es tomar medidas para alcanzar progresivamente el goce pleno del derecho a la alimentación adecuada. Los Estados, además, tienen tres tipos de obligaciones para hacer efectivo el derecho, esto es: la obligación de respetar el acceso existente a una alimentación adecuada, no adoptar medidas que lo impidan o limiten. La obligación de proteger mediante medidas para prevenir que terceros despojen a las personas del acceso a una alimentación adecuada, y la obligación de realizar o facilitar a través de iniciativas que fortalezcan el acceso y el uso de los recursos que garanticen la seguridad alimentaria⁴⁴¹.

Para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la alimentación, los Estados deben informar a la población sobre sus derechos y reforzar su capacidad de participación en los procesos y en las tomas de decisiones sobre la materia. Asimismo, deben proveer de asistencia a las personas o grupos impedidos de ejercer este derecho, especialmente a los que se encuentren en mayor situación de vulnerabilidad y a las víctimas de desastres naturales⁴⁴². El problema radica en las limitaciones estructurales que tienen muchos países para su cumplimiento⁴⁴³. De ahí que Sen proponga considerarlo como un

⁴³⁹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 12, Artículo 11: El derecho a una alimentación adecuada*, cit., párr. 8.

⁴⁴⁰ BERNAL BALLESTEROS, M., “Seguridad alimentaria y derecho humano a la alimentación: desafíos para su garantía”, *Dereito*, vol. 26, n.º 2, 2017, p. 125; GÓMEZ TREJO, O., “Los derechos a la alimentación, al agua, a la salud y a la vivienda contenidos en el artículo 4o. constitucional a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos en México”, cit., pp. 587 y 588.

⁴⁴¹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 12, Artículo 11: El derecho a una alimentación adecuada*, cit., párrs. 14 y 15.

⁴⁴² Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho a la alimentación adecuada”, cit., p. 22.

⁴⁴³ GARCÍA NEUMANN, J., “La crisis mundial de alimentos y los derechos humanos”, cit., p. 315.

metaderecho que obligue no solo a las instituciones públicas y privadas, sino en general, a toda la sociedad⁴⁴⁴.

3.3. Las posibilidades de justiciabilidad indirecta de los derechos sociales

Aun cuando resulta imposible o inoperante la tutela judicial directa de un derecho social, debido a los obstáculos existentes en un contexto dado, existen sin embargo estrategias para protegerlo indirectamente, y forzar su consideración en juicio a través de diversas vías. Se trata de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos, de modo que se pueda permitir a través de estos el amparo del derecho social en cuestión⁴⁴⁵.

Estratégicamente, en virtud del principio de interdependencia e indivisibilidad se pueden invocar otros derechos que sí gozan de un sistema de protección fuerte como medio de salvaguarda de los derechos sociales⁴⁴⁶. Con base en esto, todas las normas de derechos fundamentales, inclusive aquellas que en principio tratan únicamente de los derechos civiles y políticos, pueden utilizarse para favorecer la reivindicación de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁴⁷. A continuación, una descripción de las posibilidades utilizadas más comúnmente para la tutela judicial indirecta de los DESC tanto en el Sistema Universal de Derechos Humanos como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁴⁴ SEN, A., *El derecho a no tener hambre*, trad. de E. Lamprea, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 9. En igual sentido véase BERNAL BALLESTEROS, M., “Seguridad alimentaria y derecho humano a la alimentación: desafíos para su garantía”, *cit.*, p. 125.

⁴⁴⁵ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, p. 168.

⁴⁴⁶ PACHECO RODRÍGUEZ, M., “Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho Social”, *cit.*, p. 277.

⁴⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos”, *cit.*, pp. 4 y 5.

3.3.1. *La prohibición de discriminación y el principio de igualdad*

En este caso, se articula la protección de un derecho social a través del principio de no discriminación y del principio de igualdad, debido a que puede afectar a todos los derechos⁴⁴⁸. Es el supuesto en el que un derecho social se reconoce a determinadas personas o grupos en una cierta medida. Para ello hay que probar exactamente el contenido concreto de la obligación de un Estado, y proceder a un juicio de comparación entre la situación de los beneficiarios y la de quienes aun no lo son, a través del principio de legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho⁴⁴⁹.

Desde el movimiento por los derechos de las mujeres que reclamaron equiparación salarial en los puestos de trabajo, hasta el movimiento de derechos civiles en los Estados Unidos, que utilizó esta vía para exigir igualdad de acceso a puestos de trabajo, equiparación salarial y equivalentes condiciones de educación y salud pública, la igualdad de trato y la prohibición de discriminación han sido vías exploradas con éxito para exigir indirectamente los DESC de grupos o sectores menos protegidos por el Estado. Este mecanismo es considerado como una herramienta de enorme potencialidad para la justiciabilidad de los DESC y se relaciona con la estrategia de exigencia de respeto de las obligaciones positivas que surgen de los derechos civiles y políticos⁴⁵⁰.

A nivel internacional, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas en el *Caso A. Yilmaz-Dogan contra Los Países Bajos*⁴⁵¹, donde una autoridad laboral y la Corte Cantonal terminaron el contrato de trabajo de una mujer embarazada, cuya nacionalidad es turca, por el alegato transmitido a la Corte Cantonal, a través de una carta del empleador, de que las mujeres extranjeras cuando tienen hijos suelen estar a menudo ausentes en el trabajo, el referido Comité encontró que la terminación del contrato, debido a la discriminación racial

⁴⁴⁸ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, pp. 22 y 23.

⁴⁴⁹ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 161.

⁴⁵⁰ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, pp. 170 y 177.

⁴⁵¹ Organización de las Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *A. Yilmaz-Dogan contra Países Bajos*, Comunicación n.º 1/1984, CERD/C/36/D/1/1984 (1988).

implícita en la carta, debió ser corregida por la justicia. Sin embargo, el tribunal no hizo referencia alguna a los fundamentos discriminatorios que conllevaba la solicitud del empleador⁴⁵², lo que constituyó una violación del art. 5. e. i. (prohibición de discriminación y garantía de la igualdad en cuanto al derecho al trabajo) de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En vista de la conculcación del derecho, el órgano internacional recomendó que la señora fuera empleada en otro trabajo o de lo contrario que se le proveyere de una indemnización razonable, es decir, que introduce en las medidas de reparación el principio de *restitutio in integrum*⁴⁵³.

Mediante el derecho a no ser discriminado se pudo entonces salvaguardar un derecho social, el derecho al trabajo. En este caso, no solo se declaró la violación de este, sino que adicionalmente se recomendó al Estado diligenciar la reinserción de la víctima en el mercado laboral o de no ser posible una indemnización apropiada, a pesar de que el Estado no había sido el empleador⁴⁵⁴. Resulta importante el hecho de que se recomienden este tipo de medidas de reparación, puesto que no suele ocurrir con frecuencia que organismos internacionales se pronuncien respecto a ello. Este criterio obliga a los tribunales y órganos nacionales a tenerlo presente para que cuando se vean frente a violaciones del derecho al trabajo, en específico frente al despido arbitrario, establezcan no solo la violación del derecho, sino que obliguen a garantizar el reintegro del trabajador o trabajadora como parte de la reparación integral del derecho infringido.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas conoció el *Caso Edward Young contra Australia*⁴⁵⁵, en el cual el autor de la petición había estado en una relación del mismo sexo durante treinta y ocho años y al fallecer su pareja aplicó para una pensión sobre la base de ser un dependiente de veterano de las fuerzas armadas, sin

⁴⁵² BAYEFSKY, A., “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho internacional”, trad. de Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990, p. 31.

⁴⁵³ LÓPEZ MARTÍN, A., “Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos en Derecho internacional”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, p. 156.

⁴⁵⁴ BAYEFSKY, A., “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho internacional”, *cit.*, p. 32.

⁴⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Edward Young contra Australia*, Comunicación n.º 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

embargo, la Comisión de Repatriación le negó dicha solicitud, por considerar que su caso no se incluía en el concepto de dependiente de veterano, definido por las normas, toda vez que no era del sexo opuesto al del combatiente fallecido⁴⁵⁶. A razón de que la denegación fue basada en su orientación sexual, el autor recurre al Comité de Derechos Humanos alegando ser víctima de violación a la igualdad ante la ley consagrada en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵⁷.

El Comité, al pronunciarse, resaltó su jurisprudencia constante de que no toda clase de distinción constituye discriminación bajo los términos del Convenio, siempre y cuando esté basada en criterios razonables y objetivos. Al no haber aportado el Estado argumentos concretos que justificaran razonable y objetivamente la distinción entre las parejas de un mismo sexo no casadas y aquellas heterosexuales no casadas, para concederles los beneficios de la pensión, y haberlos negado al autor, debido a su sexo u orientación sexual, el Comité encontró una violación del art. 26 del Pacto⁴⁵⁸. En consecuencia, se concluyó que la víctima tiene el derecho a un remedio efectivo, bajo el artículo 2, párrafo 3 del Convenio, que incluye la reconsideración de su solicitud de pensión sin criterios de discriminación basada en el sexo u orientación sexual, y que si llegara a ser necesario para ello, se realizaran las debidas reformas a la ley⁴⁵⁹. Cabe resaltar que claramente al señor Young se le defendió un derecho social bajo la exigibilidad indirecta provista por el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de este modo, a través del derecho a no ser discriminado, una persona a quien

⁴⁵⁶ RAMÍREZ GÓMEZ, L., “El derecho ¿fundamental? a la diversidad sexual”, en GÁMIZ, M. y RIVERA, J., (coords.), *Las aportaciones de las entidades federativas a la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2005, pp. 237 y 238.

⁴⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI), Nueva York, 16 de diciembre de 1966, art. 26: *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

⁴⁵⁸ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Edward Young contra Australia*, cit. Ver también RAMÍREZ GÓMEZ, L., “El derecho ¿fundamental? a la diversidad sexual”, cit., p. 238.

⁴⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas, *ibid.*

se le había negado su derecho a la pensión pudo obtener justicia al respecto, y se le reconoció adicionalmente el derecho a la diversidad sexual⁴⁶⁰.

En otro caso, *Gueye et. al. contra Francia*⁴⁶¹ varios denunciantes también reclaman ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ser víctimas de discriminación bajo el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que la Legislación francesa proveía para los soldados de nacionalidad francesa pensiones superiores a las de los soldados retirados de nacionalidad senegalesa, que habían servido en el Ejército francés antes de la independencia de Senegal de 1960. Según el Comité, no era la cuestión de la nacionalidad lo que determinaba la concesión de pensiones, sino más bien los servicios rendidos en el pasado, los cuales constituían los mismos que los de los franceses, además se estableció que la posibilidad de surgir algunos abusos de los derechos de pensiones no puede ser invocada como excusa para justificar un trato desigual, tampoco las diferencias económicas, financieras y sociales entre Francia y Senegal⁴⁶². Consecuentemente, se declaró violación del artículo 26 del Pacto por la discriminación prohibida bajo el supuesto de *cualquier otra condición social*, puesto que, de acuerdo con el Comité, la diferencia fundada en la nacionalidad no se encuentra prevista expresamente en el instrumento internacional⁴⁶³.

Por todo lo anterior, nótese el amplio margen que brindan las disposiciones relativas al derecho a no ser discriminado y a la igualdad para tutelar los DESC, pues toda distinción o restricción en el goce de los derechos debe hacerse bajo criterios razonables y objetivos, porque, de lo contrario, se puede constituir en una violación a los derechos fundamentales.

⁴⁶⁰ RAMÍREZ GÓMEZ, L., “El derecho ¿fundamental? a la diversidad sexual”, *cit.*, p. 238.

⁴⁶¹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Gueye et. al. contra Francia*, Comunicación n.º 196/1985, CCPR/35/D/196/1985 (1989).

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ *Ibid.* Ver también VILLÁN, C., “Los derechos humanos ante la epidemia del SIDA”, en GÓMEZ, F. (dir.) y PUREZA, J., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 780.

3.3.2. *El debido proceso y la tutela judicial efectiva*

Otro excelente mecanismo de justiciabilidad indirecta para las violaciones de derechos sociales reside en la utilización de las nociones de debido proceso y tutela judicial efectiva, las cuales permiten las reparaciones de las violaciones, a partir de la crítica a los procesos ante el Estado que afectaren la tutela judicial o administrativa del reclamante a la hora de haber acudido a exigir sus derechos⁴⁶⁴. Hay que tomar en cuenta que los procedimientos son medios necesarios para la protección de los derechos fundamentales, los cuales si bien no garantizan la ganancia de causa, aumentan la probabilidad de obtener un resultado que sea conforme a estos⁴⁶⁵.

A modo de ilustración, en *Schuler-Zraggen contra Suiza*⁴⁶⁶, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tutela derechos sociales bajo la protección de la cláusula del debido proceso, al entender que el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁶⁷ es aplicable a los seguros sociales, incluida la asistencia social. Ante el supuesto, alegan Abramovich y Courtis, de que la garantía del debido proceso se combina con la violación del artículo 14 del referido Convenio, prohibición de discriminación en el goce de los derechos establecidos en este, pues a la reclamante se le había denegado una pensión por discapacidad bajo el curioso razonamiento de que por ser mujer casada y con

⁴⁶⁴ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 179.

⁴⁶⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 434.

⁴⁶⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Schuler-Zraggen contra Suiza*, Sentencia de 24 de junio de 1993.

⁴⁶⁷ Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950, art. 6.1: *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*

un hijo de dos años, eran escasas las posibilidades de que, aun estando sana, volviera a trabajar, en lugar de ocuparse de sus tareas hogareñas como esposa y madre⁴⁶⁸.

En este caso, la Corte nacional consideró que se reclamaba un derecho económico individual para la subsistencia que estaba amparado en normas específicas bajo el Estatuto federal. El fundamento para no conceder la asistencia se basó en una diferencia de tratamiento apoyada solo en el sexo⁴⁶⁹, en consecuencia, al no haber ninguna justificación razonable y objetiva de tal distinción, el Tribunal estableció la violación de los arts. 14 y 6.1. Cabe resaltar que al pronunciarse el Tribunal Europeo sobre la no importancia de establecer la diferencia entre la Seguridad Social y la asistencia social para decidir en este caso, puesto que ambas se podían proteger bajo el art. 6.1, denota el reconocimiento de que los derechos son interdependientes e indivisibles⁴⁷⁰ y que por lo tanto, los derechos sociales pueden ser exigibles por medio de los derechos civiles y políticos.

En un caso diferente sobre el tema de la protección a la salud, una denunciante⁴⁷¹ reclama ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la alegada injusticia de los procedimientos en las Cortes alemanas, concernientes a las quejas de reembolso de gastos médicos a expensas de compañías de seguro médico privado. Se invocó el art. 6.1 (derecho a un proceso equitativo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos para su caso particular, en el cual exige el reembolso de los gastos de una operación de cambio de sexo⁴⁷². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró relevante en este caso el que el transexualismo tuviese amplio reconocimiento internacional como condición médica para la cual el tratamiento se provee en orden a costear la asistencia. Además, se consideró que la identidad de género es una de las más íntimas situaciones de la vida

⁴⁶⁸ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 183.

⁴⁶⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Schuler-Zraggen contra Suiza*, cit. Ver también VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., et. al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Oxford, 2006, p. 1046.

⁴⁷⁰ GARRIGA, A., "Derechos sociales, una aproximación a su concepto y fundamento", cit., pp. 644 y 645.

⁴⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Van Kück contra Alemania*, Sentencia de 12 de junio de 2003.

⁴⁷² LEACH, P., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone's Human Rights, Nueva York, 2005, p. 308.

privada de una persona y que el sufrimiento que se impone a una persona que en esta situación tenga que probar la necesidad médica del tratamiento, incluida la cirugía irreversible, resulta desproporcionado. En estas circunstancias, el Tribunal Europeo encuentra que la interpretación del término necesidad médica y evaluación de la evidencia en este aspecto no fue razonable⁴⁷³.

En dicho caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que no hay nada arbitrario ni caprichoso en la decisión tomada por una persona bajo la cual realiza una reasignación de sexo⁴⁷⁴. Finalmente, se concluyó que el procedimiento en cuestión, visto como un todo, no satisfizo los requisitos de un juicio justo, por lo tanto, hubo violación del art. 6 de la Convención. En cuanto a la alegada violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar)⁴⁷⁵ el Tribunal consideró, tal y como lo ha hecho anteriormente, que el concepto de vida privada no es susceptible de una definición exhaustiva. Cubre la integridad física y psicológica de una persona y elementos como la identidad de género, nombre, orientación sexual y vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8, así como también el derecho al desarrollo personal, el derecho a autodeterminarse⁴⁷⁶ y el derecho de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.

Por el impacto de las decisiones de las Cortes alemanas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que ningún balance justo fue interpuesto entre los intereses de la compañía privada de seguro médico y los intereses del individuo, porque las autoridades alemanas habían sobrepasado el margen de apreciación permitido bajo el párrafo 2 del artículo 6 y en consecuencia, además del artículo 6, encontró violado

⁴⁷³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Van Kück contra Alemania*, cit.

⁴⁷⁴ *Ibid.* Ver también SANZ-CABALLERO, S., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio”, *International Law Review*, n.º 4, 2014, p. 854.

⁴⁷⁵ Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, cit., art. 8: 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

⁴⁷⁶ SANZ-CABALLERO, S., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio”, cit., p. 854.

también el artículo 8.1 del Convenio⁴⁷⁷. Es importante destacar que se protege el derecho de acceder a la justicia y se critican las exigencias impuestas a la víctima de probar la necesidad de la cirugía de cambio de sexo, se establece con ello un precedente sobre el derecho de la persona a decidir su identidad y su relación con la protección de la salud, aunque indirectamente se invoque mediante otros derechos.

En cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, resulta interesante analizar el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú*⁴⁷⁸ decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la demanda se originó debido al despido de doscientos cincuenta y siete trabajadores cesados del Congreso Nacional de la República del Perú, quienes formaban parte de un grupo de mil ciento diecisiete trabajadores que fueron despedidos de dicha institución a través de Resoluciones del Congreso del 31 de diciembre de 1992⁴⁷⁹. A pesar de que los representantes de las víctimas alegaron que el Estado era responsable por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales)⁴⁸⁰, basándose en que el supuesto carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la violación de su derecho al empleo y del derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la Seguridad Social; la interrupción en la acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud. Sin

⁴⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Van Kück contra Alemania*, cit.

⁴⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 158, Serie C de 24 de noviembre de 2006.

⁴⁷⁹ GARCÍA RAMÍREZ, S., *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vol. IV, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2008, p. 689.

⁴⁸⁰ Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, art. 26: *Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

embargo, la Corte precisó que el objeto de la sentencia no era determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición⁴⁸¹.

Por dichas razones, la Corte Interamericana estableció que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para exigir los derechos que consideraran violados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia⁴⁸². Para la Corte, las consecuencias alegadas por las víctimas se desprendieron de la falta de garantías judiciales y de protección judicial que el Estado no subsanó a la hora de reclamar las víctimas su derecho, lo que podía ser considerado en lo relativo a las reparaciones y no como violación del artículo 26 de la Convención.

Cabe señalar que si bien se negó la violación directa de los derechos sociales consagrados en el artículo 26, se estableció la vulneración al derecho a un recurso judicial efectivo y con las debidas garantías y se ordenó la reapertura de los casos, pero sujeta a un proceso acorde con la Convención para la protección de los derechos exigidos⁴⁸³, lo que quiere decir que ciertamente se brindó una tutela indirecta para dichos derechos. Sobre la negación de violación del art. 26 dada por la Corte, el Juez Cançado Trindade, mediante su voto razonado expresó su disconformidad y estableció que “todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables”⁴⁸⁴.

En otro caso, el de *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*⁴⁸⁵, cinco magistrados provisionales de la Corte Primera de Venezuela, alegaron haber sido destituidos

⁴⁸¹ PARRA, O., *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D. F., 2011, p. 45.

⁴⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, cit. Ver también PARRA, O., *ibidem*, pp. 44 y 45.

⁴⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ibidem*.

⁴⁸⁴ CANÇADO, A., “Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, cit., párr. 7.

⁴⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 182, Serie C de 5 de agosto de 2008.

arbitrariamente de sus puestos de trabajo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la destitución se produjo luego de que se adoptara una sentencia que fue severamente criticada por las más altas esferas del Gobierno, se arguyó que las víctimas no debían ser magistrados y se manifestó públicamente que la sentencia sería desacatada⁴⁸⁶. En ese contexto y sobre el procedimiento disciplinario de destitución, la Corte Interamericana afirmó que la autoridad a cargo de un proceso debe conducirse imparcialmente, esto así, puesto que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias. En otro orden, debido a los indicios de que los encargados del proceso disciplinario podían ciertamente haber recibido presiones externas, se declaró que el Estado violó el derecho a ser juzgados por un tribunal con suficientes garantías de independencia.

Mediante la protección indirecta brindada por los artículos 8 y 25 se puede afirmar que, en este caso, se protegió el derecho al trabajo. Por otro lado, cabe resaltar que se le ordenó al Estado reintegrar al poder judicial a las víctimas, si estos lo desearan, en un cargo que tuviera las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que les corresponderían, si no hubieran sido destituidos, y pagarles además, los salarios y derechos debidos por causa de su destitución arbitraria⁴⁸⁷. Y si por motivos fundados, el Estado no pudiese reincorporarlos, deberá pagar una indemnización adecuada. En esta sentencia la Corte va más allá de declarar la violación del derecho, pues reconoce el derecho al reintegro luego de un despido o destitución arbitraria, lo que implica un gran avance para la justiciabilidad de los DESC.

3.3.3. La invocación de otros derechos civiles

Finalmente, otro medio de justiciabilidad de los derechos sociales consiste en emplear las vías de protección existentes para los derechos civiles y políticos para

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ PELLETIER, P., “Reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias reparatorias”, *Revista de Derecho y Desarrollo REDyD del Instituto OMG*, n.º 1, p. 28.

proteger por conexidad los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁸⁸, puesto que, en un contexto económico y social desfavorable, el ejercicio de los derechos civiles también se ve obstaculizado⁴⁸⁹. Desde este punto de vista pueden exigirse, por ejemplo, mediante la protección del derecho a la vida, a la integridad física o a la vida privada y familiar, el amparo del derecho social a la protección de la salud pues existe cierta conexidad entre estos derechos. También ha sido utilizado el derecho a la propiedad para salvaguardar el derecho a la seguridad social, derecho a la vivienda, entre otros.

A modo de ilustración, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el *Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá*⁴⁹⁰, con la aprobación de una ley de 1990 fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos doscientos setenta empleados públicos que habían participado en una manifestación de reclamos laborales. Respecto a dicha ley, la Corte Interamericana concluyó que el Estado violó los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁹¹, toda vez que fue aprobada posteriormente a los hechos que originaron los despidos. Por otro lado, se estableció que, al despedir a los trabajadores estatales, se despidió a dirigentes sindicales que se encontraban involucrados en una serie de reivindicaciones, lo que limita las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales. Por dichos motivos, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana⁴⁹², en perjuicio de los doscientos setenta trabajadores. De lo anterior puede observarse que se

⁴⁸⁸ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 200.

⁴⁸⁹ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., et. al., *Lecciones de derechos sociales*, cit., 163.

⁴⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 72, Serie C de 2 de febrero de 2001.

⁴⁹¹ Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., art. 9: *Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

⁴⁹² *Ibidem*, art. 16: *1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.*

trata de la protección a los derechos sociales de huelga y de libertad sindical a través del derecho a la libertad de asociación⁴⁹³.

Cabe resaltar que entre las medidas de reparación del *Caso Baena Ricardo contra Panamá*, la Corte ordenó al Estado restablecer en sus cargos a las víctimas que se encontraran con vida y, de no ser posible, brindarles alternativas de trabajo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que disfrutaban al momento de ser despedidos. En caso de ello no ser tampoco posible, pagar la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el Derecho laboral de Panamá. De la misma manera, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido, el Estado tendría que brindarles retribuciones por concepto de la pensión o retiro que les corresponda⁴⁹⁴. Esta fue la primera decisión de la Corte Interamericana en la que se protegió además del derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social⁴⁹⁵, y es destacable en ella, que la Corte no solo se limitó a declarar la violación del derecho, sino que también veló porque el Estado restituya el derecho conculcado a su situación anterior. En este orden de ideas, es interesante hacer notar lo ya resaltado por Melish de que las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de reparaciones, tienen la posibilidad de brindar mayor alcance para la protección de los derechos sociales, en comparación con otros sistemas⁴⁹⁶.

Con respecto al derecho a la protección de la salud, resulta importante traer a colación un caso sobre niños en Centros de Detención, se trata del *Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay*⁴⁹⁷, en donde la Corte Interamericana expresó que las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y

⁴⁹³ PARRA, O., *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, cit., p. 43.

⁴⁹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, S., *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vol. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2006, p. 658.

⁴⁹⁵ PELLETIER, P., “Reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias reparatorias”, cit., p. 28.

⁴⁹⁶ MELISH, T., *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano*, cit., p. 175.

⁴⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” contra Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 112, Serie C de 2 de septiembre de 2004.

culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños. Además, estableció que un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad, la obligación de proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida. Por consiguiente, expresa Melish que tanto la salvaguarda del derecho a la protección de la salud como del derecho a la educación son imprescindibles para el desenvolvimiento del niño y para asegurar su proyecto de vida⁴⁹⁸.

En el anterior caso, la Corte consideró demostrado el hecho de que los niños internos en el Instituto no tuvieron siquiera la atención de salud adecuada que se exige para toda persona privada de libertad⁴⁹⁹ y, por lo tanto, tampoco la supervisión médica regular que asegure a los niños un desarrollo normal, esencial para su futuro. Por otro lado, no se brindó a los niños internos la educación que estos requerían y a la cual se estaba obligado, en razón de la protección del derecho a la vida según la disposición del artículo 13 del Protocolo de San Salvador. El programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, carecía de maestros y recursos adecuados.

Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurrió en dicho caso, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida⁵⁰⁰. En cuanto al reconocimiento de los derechos sociales como tales, protegidos directamente por el artículo 26 del Pacto, la Corte lo rechazó debido a que ya había realizado un análisis de las condiciones referentes a la vida digna, protección de la salud, educación y recreación en las consideraciones relativas a los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad) de la Convención. Por ello, se consideró que no era necesario pronunciarse sobre dicho

⁴⁹⁸ MELISH, T., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Sergrafic, Quito, 2003, pp. 215 y 216.

⁴⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, p. 689.

⁵⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" contra Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, cit.

artículo⁵⁰¹, en vista de que los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen también los DESC.

Para las reparaciones se ordenó la creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad⁵⁰²; el brindar tratamiento psicológico a todos los ex internos del Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, tratamiento médico y/o psicológico a los ex internos heridos en los incendios; y el brindar asistencia vocacional, así como un programa de educación especial destinado a los ex internos del Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001⁵⁰³.

Se trata de una sentencia innovadora, en materia de DESC, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En primer lugar, porque reconoce que hay ciertas violaciones de derechos fundamentales que trascienden el ámbito de los derechos civiles y políticos. Esto denota el reconocimiento de la interdependencia e indivisibilidad que tienen todos los derechos fundamentales. Por otro lado, establece como obligación del Estado el proporcionar a menores de edad que se encuentran detenidos el acceso a derechos sociales como el derecho a la protección de la salud y el derecho a la educación, puesto que los obstáculos al goce de estos derechos destruyen el desarrollo del proyecto de vida de los niños. Finalmente, en materia de reparaciones no solo se determina la obligación del Estado de brindar atención médica y educación a los que se encuentran aún recluidos, sino que incluye a aquellos que pudieren haber dejado de estarlo⁵⁰⁴.

En el *Caso Cinco Pensionistas contra Perú*⁵⁰⁵, se originó la demanda ante el Sistema Interamericano debido a la modificación en el régimen de pensiones que los señores Benvenuto, Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández, Bartra Vásquez y Gamarra Ferreyra venían disfrutando conforme a la legislación peruana hasta 1992, y por el

⁵⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, cit., p. 843.

⁵⁰² PELLETIER, P., “Reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias reparatorias”, cit., pp. 20 y 32.

⁵⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” contra Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, cit.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Cinco Pensionistas” contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 98, Serie C de 28 de febrero de 2003.

incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de Perú, que ordenaron pagar a los pensionistas la pensión por un monto calculado de conformidad con la legislación vigente para el momento en que estos comenzaron a disfrutarla⁵⁰⁶, porque a los cinco pensionistas se les redujo el monto de las pensiones en aproximadamente un setenta y ocho por ciento de manera arbitraria. La Corte consideró al respecto, que el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido y que los Estados pueden limitar el goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o de interés social, asimismo en el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones, los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados.

En este caso, también se consideraron las disposiciones del artículo 5 del Protocolo de San Salvador⁵⁰⁷ relativas a la posibilidad de establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Por todo ello, la Corte constató que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las decisiones judiciales dictadas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por estas, violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención⁵⁰⁸, en perjuicio de los señores, en cuanto que fueron conculcados los derechos que ya habían sido reconocidos en las sentencias⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ GARCÍA RAMÍREZ, S., *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vol. II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2006, p. 242.

⁵⁰⁷ Organización de los Estados Americanos, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*, Asamblea General, San Salvador, 17 de noviembre de 1988, art. 5: *Los Estados partes solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.*

⁵⁰⁸ Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., art. 21: *1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.*

⁵⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Cinco Pensionistas" contra Perú*. Fondo, *Reparaciones y Costas*, cit.

A pesar de que se alegó el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, y en consecuencia, no cumplir con el deber de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte Interamericana estableció que los DESC tienen una dimensión tanto individual como colectiva y que su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los DESC 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 prevaleciente⁵¹⁰. Por esa razón se desestimaron las alegadas violaciones a los derechos sociales⁵¹¹.

Cabe resaltar que la Corte al pronunciarse de esta manera creó una barrera en la evolución de la justiciabilidad directa de los DESC. En el presente caso se daban todas las condiciones para establecer la violación del derecho a la seguridad social, no obstante, la Corte Interamericana decidió que para poder declararla, era necesario que el grupo fuera representativo de la sociedad. Al respecto, los jueces Roux Rengifo y García Ramírez manifestaron su disconformidad a través de sus votos separados⁵¹². Nótese pues, que de acuerdo con el precedente, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a los DESC, ha de ser aplicado no para proteger a cinco víctimas, sino para garantizar los derechos de toda una colectividad de víctimas⁵¹³. Con ello, pudiera darse a entender lo expresado por Courtis, en relación con que “la Comisión y los representantes de las víctimas no solo tienen la carga de demostrar la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también la de demostrar que la

⁵¹⁰ *Ibid.* Ver también PARRA, O., *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, *cit.*, p. 22.

⁵¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ibid.*

⁵¹² DE ROUX, C., “Voto razonado del juez De Roux Rengifo”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ibid.*; GARCÍA RAMÍREZ, S., “Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ibid.* Sobre este punto véase también CARMONA, J., FAÚNDEZ, H., NAVARRETE, J. y GONZÁLEZ, L., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, p. 90.

⁵¹³ PELLETIER, P., “Reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias reparatorias”, *cit.*, p. 20.

violación tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho o cuestión aislada”⁵¹⁴ para la exigibilidad directa de los derechos sociales.

Como bien explica Courtis, el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que *cualquier persona o grupo de personas* puede introducir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan reclamaciones de violación de la Convención Americana por un Estado Parte⁵¹⁵. Por otro lado, resulta interesante resaltar que la Corte empleó como criterio de interpretación el art. 5 del Protocolo de San Salvador, integrando allí el contenido del derecho de propiedad, cuando de lo que se trata es de créditos previsionales con consideraciones relativas al propósito y razón de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo dicho supone reconocer una dimensión individual justiciable al derecho a la seguridad social, por vía de su conexidad con el derecho de propiedad, aunque reconociendo principios de interpretación propios de los derechos económicos, sociales y culturales⁵¹⁶.

Si bien existe una obligación de garantizar el desarrollo progresivo de los derechos sociales, también existe una obligación de garantizar la no regresión o toma de medidas regresivas que afecten los derechos sociales. Al parecer esto fue obviado por el Tribunal, y puede inferirse que para este caso la Corte hizo suyo el criterio de que los derechos sociales no son coercibles ni justiciables⁵¹⁷, al menos no de manera directa.

Quizás por dicha razón, más recientemente, en el *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* contra Perú, la Corte Interamericana aclaró, de manera expresa, que “es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención,

⁵¹⁴ COURTIS, C., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en COURTIS, C. (comp.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, cit., p. 57. Ver también COURTIS, C., “Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, cit., pp. 657 y 658.

⁵¹⁵ COURTIS, C., *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, cit., p. 280.

⁵¹⁶ COURTIS, C., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, cit., p. 53.

⁵¹⁷ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 9.

inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma”⁵¹⁸ y el 31 de agosto de 2017, en el *Caso Lagos del Campo contra Perú*, declaró por primera vez su violación directa tras conocer del despido irregular de una víctima y la consecuente vulneración del derecho a la estabilidad laboral⁵¹⁹, instituyendo un nuevo paradigma jurídico para la jurisprudencia interamericana y el Derecho internacional público, porque le abre el camino a nivel regional, a que un determinado catálogo de derechos fundamentales, tengan la posibilidad de ser tutelados y analizados en vía internacional por un tribunal especializado en la materia⁵²⁰.

Finalmente, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos con respecto al derecho a la protección de la salud, en el *Caso Giacomelly contra Italia*⁵²¹ en donde la demandante alegó violación al artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque el persistente ruido y las emisiones nocivas de una planta, según ella, le causaban perturbación grave a su medio ambiente y un riesgo permanente para la protección de su salud y su hogar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observó que ni la decisión que concedió a la empresa licencia para operar en materia de almacenamiento y tratamiento de desechos, ni la decisión para autorizarla a realizar la desintoxicación de desperdicios industriales, habían estado precedidas de estudio de impacto ambiental, el cual se requirió luego de seis años de haberse iniciado las actividades.

⁵¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) contra Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 198, Serie C de 1 de julio de 2009, párr. 17.

⁵¹⁹ PARRA, O., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del *Caso Lagos del Campo*”, en FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES, M. y FLORES, R. (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, cit., p. 184.

⁵²⁰ CALDERÓN GAMBOA, J., “Consolidando los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: la justiciabilidad directa en la sentencia *Lagos del Campo* y la relatoría DESCAs”, en PRONER, C., OLASOLO, H., et. al. (coords.), *70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, cit., p. 346; CALDERÓN GAMBOA, J., “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia *Lagos del Campo*”, en FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES, M. y FLORES, R. (coords.), *ibidem*, p. 336.

⁵²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Giacomelli contra Italia*, Sentencia de 2 de noviembre de 2006.

En el referido caso, si bien las Cortes administrativas italianas habían ordenado la suspensión del ejercicio de las actividades de la empresa, dicha decisión nunca fue ejecutada. Aquí cabe destacar, que el Tribunal consideró el hecho de que por varios años el derecho al respeto de su domicilio había sido seriamente violado por las peligrosas actividades, emisiones de gases y humo, llevadas a cabo por la planta construida a treinta metros de la casa de la víctima⁵²². En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habla también de la falta del Estado de ponderar entre un bien de naturaleza colectiva y un derecho particular, es decir, entre el interés de la comunidad en tener una planta de tratamiento y el derecho de la denunciante al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar. Por estas razones, hubo violación del art. 8 del Convenio.

La carencia del estudio de impacto ambiental y las actividades durante varios años por parte de la empresa llevaron a que el Tribunal Europeo declarara la violación, especialmente por la falta de actuación de los poderes públicos frente a las graves molestias ocasionadas⁵²³. El Estado incumplió con su deber de tomar las medidas de protección y aseguramiento de los derechos, obligaciones positivas que con anterioridad se han visto definidas por los autores Añón, de Lucas, Abramovich y Courtis⁵²⁴. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido la primera jurisdicción internacional (*Casos Marckx y Airey*, 1979) que ha reconocido la posibilidad de que los derechos civiles y políticos generen no solo obligaciones negativas sino también obligaciones positivas a cargo del Estado y la imposibilidad de separar drásticamente los derechos civiles y políticos de los DESC⁵²⁵.

De todo lo anterior, se desprenden las amplias posibilidades de tutela de los derechos sociales que puede brindar el recurrir a la invocación de derechos civiles y políticos a la hora de exigir justicia por violación a dichos derechos, sobre todo ante contextos donde existen barreras notables que desfavorecen una potencial respuesta

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ REYES PÉREZ, M., “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Lex Social-Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n.º 1, 2011, p. 102.

⁵²⁴ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 157.

⁵²⁵ CARMONA CUENCA, E., “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *cit.*, pp. 1216 y ss.

positiva de amparo directo para los DESC⁵²⁶. Lo importante a tomar en cuenta a la hora de recurrir por una determinada vía judicial, es que la seleccionada sea adecuada y efectiva, es decir que sea idónea para resolver el conflicto presentado y capaz de producir el resultado esperado⁵²⁷.

⁵²⁶ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 200.

⁵²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*. Fondo, cit., párrs. 64 y 66.

CAPÍTULO II

EL NUEVO PARADIGMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL Y LA CONSECUENTE AMPLIACIÓN DE GARANTÍAS PARA LOS DERECHOS SOCIALES

Para una investigación que pretende demostrar la hipótesis de que los Tribunales Constitucionales tienen el deber de crear y/o modificar políticas públicas sociales ante ciertos supuestos, resulta ineludible esclarecer en qué consiste el fenómeno del *neoconstitucionalismo* y por qué provocó este un cambio de paradigma en la teoría del Derecho.

1. APORTES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO A LA TEORÍA DEL DERECHO

El neoconstitucionalismo es un término que hace referencia a un nuevo *constitucionalismo* y a una opción distinta para el Estado de Derecho. Su esencia reside en que es parte de una teoría del Derecho novedosa, aunque no radicalmente nueva¹, pero sí diferente, en la que prima la Constitución como fuente del Derecho que rige todas las demás normas jurídicas². Los textos constitucionales adscritos al neoconstitucionalismo comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir de los años setenta del siglo XX, y ya no se limitan solo a establecer competencias o separar los poderes públicos, sino que consagran gran cantidad de normas sustantivas y amplios

¹ NÚÑEZ LEIVA, J., “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2012, p. 513.

² GIL RENDÓN, R., “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, *Quid Iuris*, vol. 12, 2011, pp. 49 y 50.

catálogos de derechos fundamentales que apuntan a nuevas relaciones entre el Estado y los ciudadanos y ciudadanas³. Esto último ocurre, principalmente, porque con la elevación de la dignidad humana “a la categoría de núcleo axiológico constitucional y, por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental”⁴, a los individuos se les empieza a reconocer como los verdaderos sujetos o protagonistas de los derechos, en tanto que poseen dignidad.

Antecedentes importantes del neoconstitucionalismo resultan, entre otros, la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de 1919 que consagran normas sustantivas, los precedentes norteamericanos *Marbury contra Madison* (1803), *Dred Scott contra Sanford* (1857) y *Plessy contra Ferguson* (1896) que impulsan el activismo judicial antes de la Segunda gran Guerra⁵, así como las tempranas críticas, en los años sesenta, de Giovanni Sartori y Nicola Matteucci al positivismo jurídico⁶.

Por otro lado, este nuevo constitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones clásicas del constitucionalismo. Del constitucionalismo norteamericano se recoge la idea de supremacía constitucional y su consecuente garantía jurisdiccional⁷ que sitúa al poder judicial como el órgano encargado de velar por el cumplimiento debido de la Constitución⁸, al mismo tiempo promueve una correlativa desconfianza ante el

³ CARBONELL, M., “Neoconstitucionalismo”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá-Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Madrid, 2011, p. 1. [Consulta: 3 de marzo de 2016]. Disponible en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101.

⁴ MARTÍNEZ REAL, F., *El fenómeno neoconstitucional como objetivación jurídica de la dignidad humana*, Universidad Iberoamericana, Santo Domingo, 2010, p. 15.

⁵ CARBONELL, M., “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2007, pp. 11 y 12.

⁶ BARBERIS, M., “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, trad. de S. Sastre Ariza, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 260.

⁷ NÚÑEZ LEIVA, J., “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *cit.*, p. 514. Sobre este punto ver también CARROZZA, P., “Constitutionalism’s Post-Modern Opening”, en LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 179; GARDBAUM, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 21 y ss.

⁸ BARROSO, L., “La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, trad. de C. Peralta, *International Law Students’ Association Journal of International & Comparative Law*, vol. 16/3, 2010, p. 698.

legislador, que se traduce, en los límites a las decisiones de la mayoría⁹. Mientras, de la tradición francesa, se hereda un ambicioso programa normativo cargado axiológicamente que va más allá de la mera organización del poder¹⁰.

Recuérdese que la Constitución liberal vino a limitar y a legitimar el poder mediante un conjunto de disposiciones cuyo objetivo era impedir el gobierno arbitrario y proteger los derechos fundamentales. Ahora bien, dado que la Constitución no podía quedarse en mera técnica de ordenamiento y de limitación del poder, fue necesaria la construcción de Constituciones densas que reafirmaren el ideal de los derechos y las formas democráticas, al ser inconcebibles, sociedades igualitarias y Derecho legítimo sin la toma de los derechos en serio. Dicho carácter denso fundamentó la omnipresencia constitucional y contribuyó a que el constitucionalismo se torne en una teoría de los derechos¹¹. Se progresó de Constituciones garantizadas sin contenido normativo, por un lado, y de Constituciones con denso contenido normativo pero no garantizadas, por el otro, a la fusión de ambas: Constituciones normativas garantizadas¹².

El neoconstitucionalismo indujo así al fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, es decir, al proceso de transformación en el cual el ordenamiento se ve totalmente impregnado o irradiado por las normas constitucionales. Como explica Guastini, la Constitución se tornó invasora, fue capaz de limitar la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, el accionar de los actores políticos, incluidas las relaciones sociales¹³, y de ofrecer soluciones u orientaciones en todos los ámbitos de relación

⁹ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., “Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional: una mirada (de soslayo) al neoconstitucionalismo”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 1, n.º 2, 2009, pp. 12 y 13.

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, p. 127. Ver también: NÚÑEZ LEIVA, J., “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *cit.*, pp. 514 y 515.

¹¹ POZZOLO, S., “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, trad. de M. Fernández Pérez, en POZZOLO, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, trad. de M. Fernández Pérez y S. Pozzolo, Palestra, Lima, 2011, pp. 22-24.

¹² PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *cit.*, p. 128.

¹³ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, trad. de J. Lujambio, en CARBONELL, M. (ed.), *ibidem*, p. 49.

jurídica¹⁴. Ello no significa que la Constitución sea capaz de suministrar la respuesta correcta en todo problema jurídico que surja, sino que, para la resolución de dichos problemas es posible realizar una argumentación en el marco de los derechos fundamentales¹⁵. Dada esta transformación de la Constitución y del Derecho, que cada vez resultan más penetrantes e invasivos, Pozzolo advierte su tendencia antiliberal de la democracia¹⁶.

La utilización del término por primera vez se les atribuye a los integrantes de la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Paolo Comanducci, Susanna Pozzolo y Mauro Barberis), tras clasificar y criticar ciertas tendencias postpositivistas de la filosofía jurídica contemporánea y principalmente, a Susanna Pozzolo por su ponencia en el XVIII Congreso de la IVR (*Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie*) en Buenos Aires, en 1997¹⁷. Un año después, Pozzolo presentó en la Universidad Estatal de Milán un desarrollo más acabado del concepto en su tesis doctoral titulada *Giuspositivismo e neocostituzionalismo*, trabajo que publicó en 2001¹⁸.

Los primeros textos que se identifican como neoconstitucionales son la Constitución italiana de 1947 y la alemana de 1949, que perseguían prevenir la vuelta a regímenes genocidas fascistas o nazistas, caracterizados por la violación masiva y sistemática de los derechos fundamentales y gobiernos autoritarios; las Constituciones de Portugal de 1976 y de España de 1978 que intentaban también superar las recientes experiencias de regímenes autoritarios, y en Latinoamérica, la de Guatemala de 1985,

¹⁴ PRIETO SANCHÍS, L., “Principia iuris: Una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, 2008, p. 341; RIBEIRO MOREIRA, E., *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*, Método, São Paulo, 2007, pp. 81 y ss.

¹⁵ BERNAL PULIDO, C., “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, cit., p. 302.

¹⁶ POZZOLO, S., “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, cit., p. 27.

¹⁷ BARBERIS, M., “Le néoconstitutionnalisme existe-t-il?”, trad. de P. Brunet y J. Mercier, *Revus*, n.º 25, 2015, p. 102; GARCÍA JARAMILLO, L., “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del Derecho. El caso colombiano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, n.º 133, 2012, p. 96.

¹⁸ GARCÍA JARAMILLO, L., “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 212.

Brasil de 1988, Colombia de 1991 y Argentina de 1994¹⁹. Estos países experimentaron profundos cambios en la forma de concebir el Derecho y el Estado, de ahí que no sea casual que los principales doctrinarios del fenómeno sean nacionales de dichos países²⁰.

El contexto filosófico en que surgió ese nuevo Derecho constitucional es denominado por algunos como postpositivismo, fruto de la concurrencia de dos grandes corrientes del pensamiento: el iusnaturalismo y el positivismo. Se trata de dos corrientes opuestas, que singularmente se complementaron. Por un lado, con las demandas de la sociedad y los anhelos del espíritu humano por seguridad y objetividad, y por el otro, por medio de la legitimidad y justicia que propiciaron la superación de modelos puros y absolutos²¹.

La idea era buscar una salida a la concepción del Derecho como simple uso de las rígidas normas positivistas y convertirlo en un medio que procurase la mayor satisfacción de los derechos fundamentales²². Para Pozzolo y Prieto Sanchís, en cambio, el carácter del neoconstitucionalismo es más antipositivista que postpositivista, el cual promueve la sustitución del sistema legal o de base legislativa por el sistema constitucional mediado por valores²³. Como puede desprenderse, para algunos el neoconstitucionalismo es una superación y evolución del positivismo jurídico, mientras que para otros es una nueva teoría. Indiscutiblemente, se trata de una tendencia que origina cambios en la noción tradicional y formal del Derecho²⁴.

¹⁹ CARBONELL, M., “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Precedente*, 2010, p. 211. Ver también BON, P., “Code civil et constitution(s): Le cas de l’Espagne”, en VERPEAUX, M. (ed.), *Code civil et constitution(s), Journée d’Études du 25 mars 2004 à l’Assemblée Nationale*, Economica, París, 2005, p. 95.

²⁰ ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Abya-Yala-Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011, p. 53.

²¹ BARROSO, L., “La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, *cit.*, p. 704.

²² ANCHALUISA SHIVE, C., “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de Política Exterior, Línea Sur*, 5, 2013, p. 115.

²³ POZZOLO, S., “Apuntes sobre “neoconstitucionalismo””, trad. de P. Mattei-Gentili, en FABRA ZAMORA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, pp. 366 y 367; PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Palestra, Lima, 2018, pp. 8 y ss.

²⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, *cit.*, p. 53.

Profundizando más sobre el tema, Comanducci describe las diversas acepciones del término neoconstitucionalismo y se refiere a este fenómeno como una *ideología* basada en la limitación del poder y, sobre todo, para la garantía de los derechos fundamentales; una *metodología* con miras a sostener que los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituyen un puente entre el Derecho y la moral; y una *teoría* a la vez, porque abandona el legicentrismo y formalismo interpretativo para adoptar un modelo axiológico de la norma constitucional²⁵.

Conviene precisar que respecto al neoconstitucionalismo existen diversas posturas, algunas parecen tan divergentes que hacen que ciertos autores no sean considerados neoconstitucionalistas propiamente. De ahí que se prefiere hablar mejor de los diversos tipos de neoconstitucionalismos existentes. Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís y Gustavo Zagrebelsky son considerados los mayores exponentes de los diversos tipos de neoconstitucionalismos. Sin dejar de mencionar los valiosos aportes a este fenómeno de Luís Roberto Barroso, Peter Häberle, Jürgen Habermas, Ricardo Guastini, Juan José Moreso, Paolo Comanducci, Susanna Pozzolo, Alexei Julio Estrada, Alfonso García Figueroa, Neil MacCormick, Joseph Raz y Manuel Atienza, entre otros²⁶, quienes comparten, pese a las diferencias, elementos en común²⁷.

La principal clasificación del neoconstitucionalismo es la que distingue entre el neoconstitucionalismo principialista, conceptual o argumentativo seguido por los autores de la escuela genovesa, Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Atienza, entre otros, y el neoconstitucionalismo normativo, garantista o iuspositivista²⁸ de Ferrajoli y Andrés

²⁵ COMANDUCCI, P., “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, p. 83.

²⁶ ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, t. XXIII/1, 2010, p. 85; BARBERIS, M., “Le néoconstitutionnalisme existe-t-il?”, *cit.*, p. 103.

²⁷ GARCÍA JARAMILLO, L., “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, *cit.*, p. 245.

²⁸ Refiere Salazar Ugarte que el garantismo y el neoconstitucionalismo son dos aproximaciones que, con un enfoque ideológico y una política constitucional similares, se ocupan del modelo democrático constitucional. Ambas comparten algunas premisas importantes, pero, no deben confundirse (SALAZAR UGARTE, P., “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, en FABRA ZAMORA, J. y GARCÍA JARAMILLO, L. (coords.), *Filosofía del Derecho constitucional*.

Ibañez, entre otros. Ferrajoli explica que el constitucionalismo iuspositivista o garantista se diferencia del constitucionalismo argumentativo o principialista por el rechazo de sus tres elementos caracterizadores, esto es: a) La conexión entre Derecho y moral; b) la contraposición entre principios y reglas y el énfasis en su distinción cualitativa; c) el papel protagonista de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica de los jueces. Estos tres elementos y otros tantos, conducen para él a lo siguiente: a) Una especie de dogmatismo y de absolutismo moral vinculado con el constitucionalismo concebido como cognoscitivismo ético, el cual no tolera las opiniones morales disidentes; b) el debilitamiento de la función normativa de las Constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; c) el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la Ley y de la certeza del Derecho que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de los tribunales, porque para Ferrajoli, la subsunción y el apego al Derecho positivo es lo que legitima la labor jurisdiccional²⁹.

A los fines de la presente investigación solo se expondrán detalladamente los planteamientos del neoconstitucionalismo *principialista o argumentativo* y del nuevo constitucionalismo latinoamericano o neoconstitucionalismo transformador que es explicado posteriormente en un apartado separado. Esto independientemente de que algunas de sus notas concuerden con el denominado por Ferrajoli, *constitucionalismo normativo, garantista o iuspositivista*³⁰, razón por la cual este estudio recurrirá en

Cuestiones fundamentales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, pp. 573 y ss.). En cambio, García Figueroa, no separa tajantemente a los neoconstitucionalistas de los garantistas, sino que llama a los segundos neoconstitucionalistas normativos o débiles y a los primeros conceptuales o neoconstitucionalistas propiamente por ser los del respaldo originario y mayoritario de la postura (GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 18). Romero Martínez defiende que algunos puntos del garantismo se identifican con el nuevo constitucionalismo, por lo que bien se podría decir que Ferrajoli al presentar una crítica del positivismo y al centrar su interés en los sistemas de garantías de los derechos fundamentales, es un partidario, si se quiere moderado, del neoconstitucionalismo (ROMERO MARTÍNEZ, J., *Estudios sobre la argumentación jurídica principialista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2017, p. 32).

²⁹ FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. de N. Guzmán, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2011, p. 34. Sobre este punto véase también FERRAJOLI, L. y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.

³⁰ Ambas aproximaciones advierten y examinan las complicaciones que devienen de la materialización del principio de separación de poderes, fomentan la agenda de los derechos fundamentales y promueven su no retroceso. Conciben al legislador como un poder que se encuentra sujeto a la

ocasiones a este autor y a otros seguidores de este enfoque para explicarlas. Y es que según Ferrajoli los jueces no pueden colmar las lagunas estructurales en materia de derechos sociales, tan solo pueden evidenciarlas mediante indicaciones al Parlamento, ordenando reparaciones para el caso concreto³¹, tesis que no comparte la investigación, porque como será demostrado los jueces tienen un deber ineludible de inmiscuirse en las políticas públicas cuando los DESC son violados sistemáticamente y de tomar directamente las medidas necesarias para su subsanación.

1.1. Las características principales de los diferentes neoconstitucionalismos y su significado

Dado el carácter ambiguo que presenta el uso del neologismo, el cual se puede enarbolar en sentidos muy distintos, Prieto Sanchís justifica referirse mejor al término neoconstitucionalismos, en plural³². Ahora bien, el susodicho autor propone unos cuatro rasgos fundamentales que pueden identificar a los diferentes (neo)constitucionalismos, sean principialistas o garantistas, estos son: el reconocimiento de la fuerza normativa o vinculante de la Constitución como ley suprema o jerárquicamente superior, la incorporación a ella de un denso contenido material o sustantivo, en particular de derechos fundamentales, la garantía jurisdiccional y la rigidez frente a la reforma³³. En otras palabras, el o los neoconstitucionalismo/s supone/n un sistema jurídico dotado de una Constitución esencialmente larga, rígida y garantizada³⁴. A continuación, se pasa a describir cada una de dichas características y a especificar cuando alguno de los planteamientos sobre estas corresponde exclusivamente a un tipo de neoconstitucionalismo.

Constitución. Y se fundamentan desde los pilares del constitucionalismo liberal clásico que apuesta por el sometimiento del poder político a los rigores del Derecho como garantía de los derechos fundamentales. (SALAZAR UGARTE, P., “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *cit.*, pp. 576 y 577).

³¹ FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *cit.*, p. 34.

³² PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, 2010, p. 462.

³³ PRIETO SANCHÍS, L., “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2011, p. 231.

³⁴ POZZOLO, S., “Apuntes sobre “neoconstitucionalismo””, *cit.*, p. 365.

1.1.1. La supremacía constitucional y fuerza vinculante

Que la Constitución sea la norma suprema significa que condiciona la validez de todas las demás normas o componentes del ordenamiento jurídico, inviste el criterio de interpretación prioritario y, además, constituye la fuente de las fuentes o la base y el fundamento de todo el sistema jurídico³⁵. Si en el constitucionalismo decimonónico los derechos y obligaciones consagrados en la Constitución obtenían fuerza a partir de su desarrollo en la ley, en el nuevo constitucionalismo la ley es la que se ajusta y pasa a ser válida cuando su contenido está conforme con los principios y valores estipulados en la Constitución³⁶.

Agregan los neoconstitucionalistas principialistas que por Constitución normativa o de fuerza vinculante debe entenderse que ella regula la organización del poder, las fuentes del Derecho y que genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles³⁷. Consecuentemente, todas las normas constitucionales, independientemente de la estructura o contenido normativo que poseen, producen efectos jurídicos³⁸, es decir, son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios, no son simples programas de acción política ni catálogos de recomendaciones para los poderes públicos³⁹ que necesiten de desarrollo legislativo para ser aplicadas u operativas⁴⁰. Al estar dotadas de imperatividad, su inobservancia supone entonces la activación de los mecanismos propios de la coacción y del cumplimiento forzoso⁴¹. Todos los derechos

³⁵ GIL RENDÓN, R., “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 52. Ver también GARDBAUM, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, *cit.*, pp. 21 y ss.

³⁶ NÚÑEZ LEIVA, J., “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black Holes & Revelations’”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 1, 2015, p. 325.

³⁷ PRIETO SANCHÍS, L., “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, *Revista Enciclopédica Tributaria Opciones Legales-Fiscales*, n.º 16, 2010, p. 3.; PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*, pp. 16 y ss.

³⁸ GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, trad. de M. Bono, P. Andrés, J. Lujambio, A. Greppi y M. Carbonell, Fontamara, México, D. F., 2013, pp. 158 y ss.

³⁹ CARBONELL, M., “Neoconstitucionalismo”, *cit.*, p. 4.

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, L., “Principia iuris: Una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *cit.*, p. 335.

⁴¹ BARROSO, L., “La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, *cit.*, p. 708.

fundamentales resultan exigibles ante los mismos, en cualquier orden y en cualquier procedimiento sin necesidad de la intermediación legislativa previa para poder ser tutelados⁴². En esto se distancia el neoconstitucionalismo garantista seguido por Ferrajoli, porque entiende que cuando los jueces crean directamente normas para tutelar derechos anulan la separación de los poderes, de ahí que propone que cuando ello ocurra los jueces se limiten a exhortar al legislador a colmar las lagunas⁴³. Y es que, para el garantismo, la introducción de los derechos fundamentales en la Constitución y la incorporación de sus garantías solamente son posibles a través de la decisión del poder constituyente⁴⁴.

1.1.2. El denso contenido material o sustantivo

Como bien expone Ferrajoli, la diferencia esencial entre el Estado legislativo de Derecho y el Estado constitucional de Derecho reside en la rematerialización constitucional, y no en la mera presencia de la ley superior⁴⁵, lo que significa para Prieto que la validez de las normas ya no depende solo de la legitimidad democrática de su autor. El Estado constitucional de Derecho incorpora pues límites “que condicionan no solo *quién* manda y *cómo* se manda (normas de competencia y procedimiento), sino también *qué puede* e incluso *qué debe* mandarse”⁴⁶. Y es que los documentos jurídicos adscritos al neoconstitucionalismo se caracterizan, en efecto, porque están repletos de normas que les indican a los poderes públicos, e incluso a los particulares, qué no pueden hacer y, muchas veces, qué deben hacer.

⁴² ESCOBAR ROCA, G., MARTÍNEZ SORIA, J., *et. al.*, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 294; ESCOBAR ROCA, G., “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *Revista de Derecho Político*, n.º 71-72, 2008, p. 115.

⁴³ FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *cit.*, p. 34. Sobre este punto véase también FERRAJOLI, L. y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*, *cit.*

⁴⁴ SALAZAR UGARTE, P., “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *cit.*, pp. 591 y 595.

⁴⁵ FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *cit.*, pp. 24 y ss.

⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, L., “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, *cit.*, p. 231. Ver también RUIZ RUIZ, R., “El desplazamiento de la discrecionalidad del legislador al juzgador: causas y recelos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 27, 2011, p. 189.

La eficacia o concretización de esos pilares denominados valores, principios, directrices, derechos o garantías, al tratarse de normas supremas, tal y como ha sido señalado, para los neoconstitucionalistas principialistas no depende de la interposición de la voluntad legislativa o de la discrecionalidad de la Administración⁴⁷, sino que es directa e inmediata⁴⁸ y pueden ser aplicados por todos los jueces. Dichos pilares protagonistas de la rematerialización constitucional conllevan a que el Derecho se aproxime a la moral y viceversa, es decir, que la presencia de las Constituciones cargadas axiológicamente condujo a la moralización del Derecho y del razonamiento jurídico⁴⁹. A partir de ahora, se obedece el Derecho si este es conforme a una Constitución que posee determinado contenido, brindado por una moral que nace fuera del Derecho y que después es incorporado en su norma suprema⁵⁰.

Al encontrarse las nuevas Constituciones compuestas no solo de reglas ni instaurar estas un orden o sistema de valores clausurado y jerarquizado, sino un pluralismo de valores, principios y directrices que se contradicen⁵¹, surge la necesidad de acudir a otro método de interpretación distinto de los tradicionales métodos exegético, histórico, sistemático o teleológico⁵², subsunción o de aplicación estricta, etc. Es así como, actualmente, se recurre frecuentemente al principio de proporcionalidad, método de la ponderación o balanceo, a la teoría del contenido esencial del derecho⁵³, interpretación normativa, interpretación tópica, entre otros.

En otras palabras, dada la existencia de normas abiertas, abstractas y de aplicación directa, cuyo fin es resolver los problemas más profundos de la población, proveer una

⁴⁷ BARROSO, L., “La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, *cit.*, p. 708.

⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 3 y 4.

⁴⁹ NÚÑEZ LEIVA, J., “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *cit.*, p. 519.

⁵⁰ COMANDUCCI, P., “El neoconstitucionalismo como ideología”, en BAZÁN, V. (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 143.

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2014, p. 125.

⁵² ANCHALUISA SHIVE, C., “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho internacional de los derechos humanos”, *cit.*, pp. 120 y 121.

⁵³ GIL RENDÓN, R., “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 50, 52 y 58.

vida digna y garantizar la convivencia pacífica, para el neoconstitucionalismo principialista los operadores judiciales deben emplear nuevas técnicas que les permitan hallar el sentido de las normas y poder aplicarlas al caso concreto⁵⁴. Con razón Guastini menciona la necesidad de sobreinterpretar la Constitución, de modo que pueda extraerse todo su contenido implícito⁵⁵. De hecho, las innumerables normas implícitas, no expresadas, son idóneas para regular todos los aspectos de la vida social y política, sin quedar margen incluso para una doctrina de las cuestiones políticas⁵⁶. En ese aspecto Ferrajoli también se separa, porque entiende que esto afecta la seguridad jurídica. Para garantizar la certeza del Derecho, sugiere que el método que deben utilizar los jueces a la hora de decidir es la subsunción⁵⁷. En esa línea, se sostiene que cuando los preceptos constitucionales que contienen derechos, no son entendidos como reglas jurídicas, la Constitución se convierte en una mera norma orientativa, en un pretexto argumental de la ponderación judicial y las decisiones se tornan impredecibles, incontrolables y antidemocráticas⁵⁸.

De acuerdo con Prieto Sanchís, el tener que razonar el Derecho a partir de valores morales, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad o la prohibición de las penas inhumanas o degradantes, entre otros, ha contribuido a lo que para algunos supone el mayor aporte del neoconstitucionalismo principialista, la teoría de la argumentación jurídica⁵⁹. Y es que el neoconstitucionalismo principialista insiste en el contenido, en el sentido de los principios y en la protección de derechos y desestimula entonces, la aplicación textual de normas y consiente que los intérpretes realicen

⁵⁴ LÓPEZ CADENA, C., “Mutaciones constitucionales: Nuevo rol de la interpretación constitucional”, en OLEAS GALLO, Á. (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010, p. 87.

⁵⁵ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, *cit.*, p. 54.

⁵⁶ ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *cit.*, p. 90.

⁵⁷ FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *cit.*, p. 34. Sobre este punto véase también FERRAJOLI, L. y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*, *cit.*

⁵⁸ VILLAVERDE, I., “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI”, *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 144, vol. 45, 2018, pp. 554 y 555.

⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, *cit.*, p. 490.

pretensiones de mayor justicia⁶⁰, por ello es frecuente que los jueces/zas recurran a una interpretación conforme de la ley con la Constitución, para armonizar o adecuar su significado a la de ella⁶¹, lo que obliga a justificar o motivar las decisiones con fundamentos de cierta calidad⁶².

1.1.3. La garantía jurisdiccional

Con la instauración de Tribunales o salas constitucionales se materializa la garantía de los derechos y de la supremacía constitucional, debido a que la Constitución no incluía anteriormente normas directamente aplicables e incluso, cuando contenía una parte orgánica, la carencia de mecanismos de control de la constitucionalidad provocaba la pérdida de su carácter normativo⁶³. Actualmente, las Cortes adoptan un papel más activo e incluso concurrente con el del legislador, no se circunscribe solo a la aplicación y control de lo ordenado en la ley, sino que abarca la promoción y aplicación directa de la Constitución. Al coexistir en la Constitución reglas, valores, principios y directrices, las normas resultan potencialmente contradictorias, pero a su vez ofrecen mayor posibilidad de protección frente a los derechos⁶⁴.

Así, la Constitución del neoconstitucionalismo principialista formula una idea de la justicia con pretensiones universales, y a la vez, al ser pluralista o de visión ética genérica y amplia, ofrece diversas concreciones compatibles. Por ello, la tesis argumentativa que fundamenta la decisión interpretativa se caracteriza siempre como una

⁶⁰ POZZOLO, S., “Apuntes sobre “neoconstitucionalismo””, *cit.*, pp. 367 y 368.

⁶¹ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, *cit.*, p. 57.

⁶² ATIENZA, M., “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, *cit.*, p. 266.

⁶³ BREWER-CARÍAS, A., “La justicia constitucional como garantía de la Constitución”, en BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2010, p. 28.

⁶⁴ POZZOLO, S., “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, *cit.*, pp. 31 y 37.

elección entre varias posibilidades, todas viables en el marco de la Constitución⁶⁵. Desde la óptica garantista en cambio, si todo es revisable, aun las normas claras y precisas y se admite un uso alternativo del Derecho adaptado a las circunstancias o necesidades del momento en lugar de sus palabras textuales, se promueve un nivel muy alto de incertidumbre sobre las reglas jurídicas⁶⁶ y un moralismo jurisdiccional, porque los jueces crean o derivan normas sobre la base de lo que consideran justo o moralmente correcto⁶⁷.

En sí, el establecimiento de la garantía jurisdiccional tiene como objetivo el cumplimiento de la Constitución, garantizar su supremacía y su estabilidad en la aplicación⁶⁸, de ahí que el constitucionalismo norteamericano incorporara desde sus orígenes, la figura del *judicial review*⁶⁹. Para que la fuerza normativa suprema de la Constitución fuera real y no meramente formal era necesaria la posibilidad de su exigibilidad ante los órganos encargados de ello, es decir, ante los jueces⁷⁰.

Al respecto, apunta Prieto Sanchís que la señal de identidad del nuevo constitucionalismo o del constitucionalismo de los derechos, como le llama dicho autor al neoconstitucionalismo principialista, reside en que la aplicación de la Constitución se halla confiada a todos los jueces y no solo al Tribunal Constitucional, lo cual es criticado por el garantismo, al entender que mientras la libertad política del legislador queda

⁶⁵ POZZOLO, S., “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, trad. de P. Moreno Cruz, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 170 y ss.

⁶⁶ VILLAVERDE, I., “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI”, cit., pp. 542 y ss.

⁶⁷ BATTISTA RATTI, G., “Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo”, *Ius Humani*, vol. 4, 2014, p. 251. Explica Salazar Ugarte, que si bien el garantismo admite la necesaria actitud crítica que deben tener todos los jueces frente al Derecho, la misma debe circunscribirse solo a advertir y denunciar las lagunas normativas y expulsar del ordenamiento las antinomias o normas inconstitucionales. De modo que, para esta corriente, la función de garantía de los jueces limita la discrecionalidad judicial a lo que está normativamente establecido en la Constitución y en las leyes (SALAZAR UGARTE, P., “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, cit., pp. 594 y 595). Esto así porque el constitucionalismo garantista como modelo normativo de Derecho conlleva la sumisión estricta de todos a la Ley constitucional (DA SILVA ABREU, A. y SCHROEDER ABREU, G., “Constitucionalismo Garantista X Neoconstitucionalismo: Limite à Discricionariedade Judicial”, *Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, v. 2, n. 1, 2016, p. 48).

⁶⁸ ANCHALUISA SHIVE, C., “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho internacional de los derechos humanos”, cit., p. 120.

⁶⁹ NUÑEZ LEIVA, J., “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black Holes & Revelations’”, cit., p. 322.

⁷⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017, p. 27.

estrangulada, la del juez, dada la cantidad de valores, principios y derechos que consagra la Constitución, se incrementa hasta el infinito⁷¹. De hecho, se habilita a los órganos jurisdiccionales para solucionar diferencias políticas o conflictos de competencia entre órganos o entes del Estado, y se deja de lado la figura del *self restraint* ante las cuestiones políticas. Igualmente, las políticas públicas se ven condicionadas a los mandatos constitucionales y a los derechos fundamentales⁷². La justicia constitucional se convirtió así en la defensora permanente y ante cualquier circunstancia de la Carta Magna, e independientemente de quien fuere el transgresor, sus decisiones implican ineludible cumplimiento⁷³.

En adición a esto, y para cubrir el amplio abanico de derechos, todos justiciables, que propone el neoconstitucionalismo principialista e incorpora el Estado social y democrático de Derecho, las cartas magnas aportan también amplios mecanismos judiciales efectivos y de fácil acceso a ellos, como la acción de amparo o de tutela, la acción popular⁷⁴, el control de constitucionalidad concreto y abstracto, *a priori* o *a posteriori*, encomendado a órganos especiales o a los jueces ordinarios, etc⁷⁵. Cabe destacar que la acción de amparo constituye la más significativa invención procesal para la efectiva garantía de los derechos fundamentales⁷⁶.

⁷¹ PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, en CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, cit., pp. 215 y 217. Insisten los defensores del constitucionalismo garantista que esto confiere a los jueces una especie de poder constituyente permanente que les permite adaptar la Constitución a sus preferencias políticas y valorativas, en detrimento del legislador electo, lo que viola el principio de separación de poderes y promueve el activismo judicial (DA SILVA ABREU, A. y SCHROEDER ABREU, G., “Constitucionalismo Garantista X Neoconstitucionalismo: Limite à Discricionariade Judicial”, cit., pp. 60 y 61).

⁷² CARBONELL, M., “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit., p. 162.

⁷³ CEA EGAÑA, J., *Escritos de justicia constitucional*, Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional n.º 35, 2007, p. 163.

⁷⁴ TRUJILLO GONZÁLEZ, J., y GIRALDO GALEANO, S., “Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”, *Revista Conflicto y Sociedad*, n.º 1, 2014, p. 44.

⁷⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 116.

⁷⁶ GARCÍA JARAMILLO, L., “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del Derecho. El caso colombiano”, cit., p. 99.

1.1.4. La rigidez frente a la reforma

Con respecto a la rigidez frente a la reforma, algunos autores sostienen que constituye un rasgo cardinal de la Constitución, propio de la posición jerárquica ocupada por dicha norma en el ordenamiento jurídico⁷⁷ y de la distinción entre normas constitucionales y normas complementarias u ordinarias⁷⁸. La clasificación de las Constituciones en rígidas o flexibles, toma en cuenta fundamentalmente la forma o procedimiento para su modificación⁷⁹. Así, por Constitución rígida o firme se entiende aquella cuyas disposiciones normativas se pueden modificar a través de procedimientos especiales y de un órgano calificado para ello o que para ser modificada debe transcurrir un período de tiempo específico. Mientras que la Constitución flexible o elástica será aquella que puede ser modificada mediante el mismo procedimiento que para la reforma de leyes ordinarias⁸⁰. De modo que, a partir de la introducción de estas diferencias, comenzaría la escala de rigidez, la que podría llegar hasta la prohibición absoluta de la modificación de la Constitución, como las denominadas Constituciones o cláusulas pétreas⁸¹.

En esa línea destaca Ferreres Comella que entre los factores para identificar la rigidez constitucional se encuentra en primer lugar, la cantidad de órganos políticos cuyo consentimiento debe intervenir para poder reformar la Constitución. En Estados Unidos, por ejemplo, es necesario no solo el consentimiento del congreso federal, sino también el de los legisladores de tres cuartas partes de los Estados⁸². Un segundo parámetro a tener

⁷⁷ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., “Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional: una mirada (de soslayo) al neoconstitucionalismo”, *cit.*, p. 16; FERRAJOLI, L., “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”, trad. de I. de la Iglesia, G. Pisarello y R. Manrique, en FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 91 y 92.

⁷⁸ ARIAS LÓPEZ, B., “Rigidez e interpretación constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 18, 2013, p. 255.

⁷⁹ BURSTIN, D., DELGADO MANTEIGA, S., FRANCOLINO, L., GÓMEZ LEIZA, J., *et. al.*, “La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo”, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, 2009, p. 16.

⁸⁰ JORGE PRATS, E., *Derecho constitucional*, vol. I, Ius Novum, Santo Domingo, 2014, p. 91.

⁸¹ BURSTIN, D., DELGADO MANTEIGA, S., FRANCOLINO, L., GÓMEZ LEIZA, J., *et. al.*, “La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo”, *cit.*, p. 16.

⁸² FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000, pp. 30 y 31.

en cuenta para evaluar la rigidez frente a la reforma constitucional es el tamaño de las mayorías necesarias para lograr la reforma. Aquí cabe señalar las Constituciones que exigen una supermayoría parlamentaria como la de los Estados Unidos, Grecia y España, mientras que para otras, basta una mayoría simple como la de Suecia y Dinamarca⁸³.

Un tercer indicador por considerar es si se requiere o no la participación del pueblo, ya sea de manera directa, con el referéndum aprobatorio, entre otras figuras, o indirecta, como la elección de la asamblea que ratifica la reforma. Las Constituciones de Irlanda, Suecia, son algunos ejemplos⁸⁴. A ello se puede agregar que también se identifica la característica de rigidez cuando las disposiciones constitucionales se encuentran redactadas de tal manera que no se permite la adaptación del texto constitucional a los cambios sociales sin tener que recurrir a enmendarlo⁸⁵.

La rigidez constitucional no es más que una garantía de la Constitución contra las alteraciones constantes, imprevistas y precipitadas⁸⁶. Constituye el soporte de la eficacia jurídica de las normas constitucionales propiamente, porque si el procedimiento para aprobar y modificar la ley es el mismo que el de reformar la Constitución, cualquier ley contraria a la Constitución podría reformarla, sin que pueda distinguirse la Constitución de la ley, ni garantizarse, en consecuencia, la supremacía constitucional⁸⁷. Advirtiendo con razón Ferrajoli que la Constitución que no posee la característica de ser rígida, no es más que una ley ordinaria⁸⁸. Y es que si la Constitución es flexible, se corre el riesgo de que el Parlamento pueda sin dificultad reformar la Carta Magna antes o después del proceso de control judicial de constitucionalidad de cualquier ley y/o norma enjuiciada y al incorporar el precepto cuestionado o anulado en la Constitución misma, no cabría

⁸³ BURSTIN, D., DELGADO MANTEIGA, S., FRANCOLINO, L., GÓMEZ LEIZA, J., *et. al.*, “La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo”, *cit.*, p. 17.

⁸⁴ FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, *cit.*, p. 31.

⁸⁵ BURSTIN, D., DELGADO MANTEIGA, S., FRANCOLINO, L., GÓMEZ LEIZA, J., *et. al.*, “La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo”, *cit.*, p. 18.

⁸⁶ JORGE PRATS, E., *Derecho constitucional*, vol. I, *cit.*, p. 91.

⁸⁷ ARIAS LÓPEZ, B., “Rigidez e interpretación constitucional”, *cit.*, p. 255.

⁸⁸ FERRAJOLI, L., “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”, *cit.*, p. 92.

ninguna duda acerca de la validez de dicha ley o norma. Sin embargo, en la medida en que la ley sustantiva es rígida, estas tentadoras tácticas se ven obstaculizadas⁸⁹.

Por otro lado, la ventaja de la figura de la rigidez es que promueve el debate y asegura que los cambios a la Carta Magna se adopten con mayor nivel de consenso que el requerido para las demás leyes. Asimismo, protege la estabilidad y desenvolvimiento de las instituciones políticas, especialmente la estructura de gobierno elegida⁹⁰ y, en el caso de los derechos fundamentales, se garantiza su no derogación y al mismo tiempo su desarrollo y evolución⁹¹.

La rigidez efectiva de la Constitución depende de los requerimientos jurídico-formales, por un lado, y de las condiciones políticas, históricas y sociales por otro. Allí entonces, donde se produce un notable divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario existente en la sociedad⁹², no debe operar siempre la excesiva rigidez de las Constituciones, pues como bien planteó en su momento el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793: Un pueblo tiene el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución, y una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras⁹³.

En contraste, sostiene el mayor exponente del constitucionalismo garantista, Ferrajoli, que la rigidez más bien ata las manos de las generaciones presentes para imposibilitar que estas cercenen las de las generaciones futuras. De ahí la pertinencia de sus planteamientos respecto de que debe postularse la rigidez absoluta de las normas que consagran el principio de igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales, los principios de representación política y de separación de poderes. Mientras que correspondería abogar por formas agravadas de rigidez para las normas que versen sobre la organización y el funcionamiento de los poderes públicos; y formas leves

⁸⁹ FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, *cit.*, p. 39.

⁹⁰ BURSTIN, D., DELGADO MANTEIGA, S., FRANCOLINO, L., GÓMEZ LEIZA, J., *et. al.*, “La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo”, *cit.*, pp. 11 y 42.

⁹¹ FERRAJOLI, L., “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”, *cit.*, p. 92.

⁹² FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, *cit.*, p. 33.

⁹³ FERRAJOLI, L., “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”, *cit.*, p. 95.

de rigidez para las normas menos trascendentales⁹⁴. De esta manera, se mantiene cierto sentido de fidelidad respecto del acuerdo original, sin embargo, se permite el desarrollo constante y necesario de la Constitución⁹⁵.

Es bueno resaltar que, entre los conceptos de supremacía, rigidez y garantía de la Constitución existe una interdependencia, pues la supremacía persigue que la ley no consagre disposiciones contradictorias a la Constitución, mientras que la garantía asegura que, cuando eso ocurra, el sistema mismo pueda depurar sus infracciones. Con razón, habitualmente se infiere entonces, que una Constitución solo puede resultar norma suprema si es rígida frente a su reforma y garantizada frente a su infracción⁹⁶.

En fin, la novedad de los neoconstitucionalismos está no en cada elemento característico tomado por separado, sino en la integración de estos a un conjunto en el mismo tiempo y espacio. Ello permite ver, consecuentemente, sus efectos, el Estado social y democrático de Derecho en funcionamiento⁹⁷.

1.2. La dignidad humana como principio fundante y la cláusula del Estado social y democrático de Derecho en las nuevas Constituciones

Para comprender actualmente el significado de la dignidad humana como premisa antropológico-cultural del ordenamiento jurídico y del propio Estado, cuya consecuencia organizativa es la democracia comprometida con la justicia social⁹⁸, es preciso recurrir a su evolución histórica conceptual y filosófica.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 9 y ss.

⁹⁵ LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1 y ss.

⁹⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, *cit.*, p. 160.

⁹⁷ CARBONELL, M., “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, *cit.*, p. 11.

⁹⁸ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2016, pp. 183, 184 y 280.

En la Edad Antigua el concepto de dignidad se asociaba con la idea del hombre como un ser grande, perfecto y diferente de los animales⁹⁹. Entre los antiguos, venía a constituir más que nada, una determinada función social¹⁰⁰, de ahí que el honor y estatus la harían merecer. Durante la Edad Media el cristianismo, en cambio, promueve la idea de la dignidad inherente a toda persona, en tanto creación y obra de Dios, y aporta el criterio de que es algo que se posee, que no se pierde y que no necesita de acción alguna para alcanzar tal condición¹⁰¹. En todo caso, ambas concepciones de la dignidad no autónoma se basan en elementos externos para su configuración (proveniente de un rango o jerarquía, o de Dios)¹⁰², razón por la que dichas teorías serán descartadas en el Renacimiento.

Gracias a las obras renacentistas de Pico della Mirandola, Lorenzo Valla, Angelo Poliziano, Pietro Pomponazzi y Giordano Bruno, entre otras, la dignidad humana empieza a concebirse a partir de rasgos inherentes a la propia condición del ser humano y se rechaza, por tanto, la idea de una dignidad derivada o dependiente de factores ajenos¹⁰³. La nueva visión de la condición humana y su valor en cuanto tal inspiró a los frailes dominicos Pedro de Córdoba, Antón de Montesinos y Bartolomé de las Casas, a declarar inaceptables los maltratos cometidos por los colonizadores contra los habitantes de la Española¹⁰⁴, quienes, frente a los españoles, en inolvidable sermón pronunciado por Montesinos el cuarto domingo de adviento de 1511, denunciaron: “(...) ¿Con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras

⁹⁹ PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 21. Ver también VITERI CUSTODIO, D., “La naturaleza jurídica de la dignidad humana: Un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Federal Alemán”, *Revista Estudios de Derecho*, n.º 153, 2012, p. 115.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ REAL, F., *El fenómeno neoconstitucional como objetivación jurídica de la dignidad humana*, *cit.*, p. 26.

¹⁰¹ PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, *cit.*, p. 27. Ver también RESTREPO OSPINA, A., “Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana”, *Revista electrónica, Diálogos de Derecho y Política*, n.º 6, 2011, pp. 6 y ss.

¹⁰² VITERI CUSTODIO, D., “La naturaleza jurídica de la dignidad humana: Un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Federal Alemán”, *cit.*, p. 115.

¹⁰³ PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, *cit.*, pp. 30 y ss. Ver también VITERI CUSTODIO, D., *ibidem*, p. 116.

¹⁰⁴ MARTÍNEZ REAL, F., *El fenómeno neoconstitucional como objetivación jurídica de la dignidad humana*, *cit.*, p. 34.

mansas y pacíficas (...)? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados (...) por sacar y adquirir oro cada día? (...) ¿No son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? (...)”¹⁰⁵.

Poco después, el iusnaturalismo racionalista sitúa a esta en el núcleo fundamental del sistema de ética pública, política y jurídica. En ese orden, plantea Pufendorf que la ética se explica porque el hombre es digno y su objetivo es desarrollar esa dignidad¹⁰⁶. Ahora bien, la maduración conceptual de la dignidad humana es alcanzada en el siglo XVII a través del legado de Kant. Dicho pensador desvinculó el fundamento teológico, y lo relacionó a la propia razón humana¹⁰⁷. Sostuvo entonces, la idea de la dignidad como categoría ética, asociada a la dimensión moral de la persona, donde la autonomía personal constituye el rasgo esencial del hombre, lo que a su vez implica la libertad que tiene de decidir sobre su vida o de autodeterminarse¹⁰⁸.

Con Kant la dignidad se reconoce como valor no instrumental, un bien inherente a la persona, que no se encuentra sujeto a condición o requisito alguno¹⁰⁹ y que se traduce en la obligación de su reconocimiento, respeto, promoción y protección, por ello no puede ser creada, conferida ni retirada¹¹⁰. Esencialmente, aporta la idea del ser humano en el centro del mundo y la prohibición absoluta de su cosificación o utilización como un medio para cualquier fin¹¹¹. A partir de estos planteamientos filosóficos, los derechos se

¹⁰⁵ CASTAÑEDA DELGADO, P., *La teocracia pontifical en las controversias sobre el nuevo mundo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1996, p. 359.

¹⁰⁶ PUFENDORF, S., *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, trad. de M. Asunción Sánchez y S. Rus Rufino, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 35 y ss.

¹⁰⁷ COPETTI NETO, A. y FERNANDES MOTTA, L., “Elementos filosóficos sobre el Derecho constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger”, *Revista Latina de Sociología*, n.º 3, 2013, p. 75.

¹⁰⁸ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de C. García Trevijano y M. García Morente, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 53 y ss.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 49 y ss. Sobre este punto véase RESTREPO OSPINA, A., “Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana”, *cit.*, p. 8.

¹¹⁰ COPETTI NETO, A. y FERNANDES MOTTA, L., “Elementos filosóficos sobre el Derecho constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger”, *cit.*, p. 80.

¹¹¹ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *cit.*, pp. 41 y ss. Sobre este punto véase PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, *cit.*, p. 67.

fundamentan en la idea de dignidad, principio legitimador del Estado moderno¹¹² que inspiró el proyecto del Estado social y democrático de Derecho¹¹³.

Por otro lado, el temor a la repetición de hechos tan lamentables como los ocurridos durante las guerras mundiales fue el detonante principal para la consagración de la dignidad humana en los instrumentos jurídicos más importantes¹¹⁴. A escala internacional, la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el PIDESC (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), entre otros, fomentaron la configuración de los derechos fundamentales como afirmación esencial de la idea de dignidad de la persona. Y en el ámbito interno, la Constitución de Irlanda (1937); Italia (1947); Alemania (1949); República Dominicana (1963); Portugal (1976); España (1978); Perú (1979); Chile (1980); Brasil (1988); y Colombia (1991) fueron pioneras¹¹⁵, al asentar, implícita o explícitamente a la dignidad humana como premisa de todos los derechos fundamentales¹¹⁶, lo que se explica también como fruto del repudio a las violaciones cometidas por los regímenes autoritarios del pasado¹¹⁷ y del deseo de dar pruebas de democratización¹¹⁸.

¹¹² RESTREPO OSPINA, A., “Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana”, *cit.*, p. 10. Sobre este punto véase también ETO CRUZ, G., *Derecho procesal constitucional*. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial, Grijley, Lima, 2019, p. 331.

¹¹³ COPETTI NETO, A. y FERNANDES MOTTA, L., “Elementos filosóficos sobre el Derecho constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger”, *cit.*, p. 79.

¹¹⁴ SAMPAIO ROSSI, A. y BIACCHI GOMES, E., “Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais”, *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, vol. 41, n.º 133, 2014, pp. 76 y ss.

¹¹⁵ VITERI CUSTODIO, D., “La naturaleza jurídica de la dignidad humana: Un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Federal Alemán”, *cit.*, pp. 117 y ss.

¹¹⁶ MIRANDA BONILLA, H., “La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 119, 2009, p. 45.

¹¹⁷ ROLLA, G., “El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano”, trad. de K. Castillo, *Persona y Derecho*, n.º 49, 2003, p. 228. Ver también PAPUASHVILI, G., “Post-World War I Comparative Constitutional Developments in Central and Eastern Europe”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n.º 1, 2017, pp. 137 y ss.

¹¹⁸ CHAMPEIL-DESPLATS, V., “Derechos humanos y positivismo: esbozo para una teoría analítica de los derechos humanos”, en MORESO, J. J. y MARTÍ, J. L. (eds.), *Contribuciones a la filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 130.

En ese tenor, la neutralidad del Estado liberal y del Estado social, frente a la transición hacia el Estado totalitario y a la instauración en el ordenamiento jurídico de leyes arbitrarias y transgresoras de los derechos fundamentales, condujo al restablecimiento del Estado de Derecho, esta vez impregnado de aliento iusnaturalista, donde la persona y su dignidad ocupan la posición central en la Carta Magna y el Estado se organiza al servicio de ambos. Cabe resaltar que el Estado se refundó no solo en el principio de la legalidad, ni en el principio social, sino también en el principio democrático, bajo la fórmula del Estado social y democrático de Derecho. Si los derechos fundamentales sujetaban su validez al marco de la ley, ahora es la ley la que condiciona su validez al respeto de los derechos fundamentales, por lo tanto, como bien ha sido expuesto, el respeto y garantía de esos derechos no depende de que hayan sido desarrollados por la ley, sino que son vinculantes y directamente aplicables¹¹⁹.

Esto es así porque los regímenes fascistas demostraron que un gobierno elegido democráticamente puede también destruir la democracia misma. De ahí que se abandonara la noción de esta, reducida a las condiciones en las que las decisiones políticas expresan la voluntad popular y se instaurase la esfera de lo indecible o el coto vedado impuesto a las mayorías¹²⁰. El transitar del Estado de Derecho al Estado social y democrático de Derecho conlleva la sujeción del poder al Derecho justo, de la soberanía a la ley y de la razón de Estado a la razón de persona¹²¹.

La Constitución dejó de ser el instrumento ideal para representar la voluntad común y la homogeneidad cultural de un pueblo, su fin pasó a ser el de garantizar los derechos de todos y todas, aun si es necesario para ello contrariar la voluntad popular, pues al garantizar la igualdad de todos es como se afianza el verdadero sentido común de pertenencia de una comunidad política¹²². La dignidad y los derechos fundamentales se

¹¹⁹ UPRIMNY, R., “Estado de Derecho”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 5, 2013-2014, pp. 171 y 172. Ver también JACKSON, V., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, vol. 119, n.º 1, 2005, pp. 111 y ss.

¹²⁰ FERRAJOLI, L., “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”, *cit.*, p. 85.

¹²¹ CEA EGAÑA, J., *Escritos de justicia constitucional*, *cit.*, p. 57.

¹²² FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, trad. de P. Allegue, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, pp. 28 y 29.

tornaron más bien en el pilar básico o fundamento de la nueva forma de organización estatal y de la comunidad internacional¹²³.

Al constituir la dignidad humana el valor primario y principio constitucional supremo, este nuevo constitucionalismo demanda amplia protección hacia la persona¹²⁴. El respeto por la persona humana se convierte entonces en *premisa antropológica* del Estado social y democrático de Derecho¹²⁵, lo que significa que la garantía y tutela de los derechos fundamentales del ser humano son un elemento característico de tal forma de Estado¹²⁶ o, como afirma Pozzolo, los derechos son el contenido mismo de la democracia¹²⁷, pues se les otorga un papel preferente y predominante a los derechos fundamentales por encima del Estado y de cualquier norma¹²⁸, lo que supone que ningún órgano del Estado se encuentra legitimado para actuar contra la dignidad humana y los derechos fundamentales, porque estos constituyen la base indisponible de la democracia constitucional¹²⁹.

¿Qué definición merece entonces el término dignidad humana y qué tanto representa dicho concepto para los ordenamientos jurídicos modernos? Para Peces-Barba la dignidad es un concepto construido por la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de características de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo. También sostiene

¹²³ LANDA, C., “Dignidad de la persona humana”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 7, 2002, p. 113. Ver también CHAMPEIL-DESPLATS, V., “Derechos humanos y positivismo: esbozo para una teoría analítica de los derechos humanos”, *cit.*, pp. 130 y 131.

¹²⁴ COPETTI NETO, A. y FERNANDES MOTTA, L., “Elementos filosóficos sobre el Derecho constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger”, *cit.*, pp. 82 y 83. Ver también SAMPAIO ROSSI, A., *Neoconstitucionalismo-ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?*, Juruá, Curitiba, 2011, pp. 50 y ss.

¹²⁵ ROLLA, G., “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”, trad. de D. Berzosa López, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002, p. 472.

¹²⁶ ROLLA, G., “El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano”, *cit.*, p. 231.

¹²⁷ POZZOLO, S., “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, *cit.*, p. 32.

¹²⁸ CAICEDO TAPIA, D., “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución”, *Foro Revista de Derecho*, n.º 12, 2009, pp. 10 y 11.

¹²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2009, p. 201.

que debe ser entendida como criterio fundante de los valores, los principios y los derechos, y como fundamento del orden jurídico y político¹³⁰.

La dignidad representa la esencia de lo que significa ser una persona; como reconocimiento de un derecho humano, garantiza la noción de que la esencia de la humanidad debe ser reconocida y respetada en igual cuantía¹³¹. Es decir, la condición de fin en sí mismo que corresponde al ser humano en función de su ser, lo que prohíbe tratarlo como medio, reducirlo al término de instrumento o cosa, o irrespetarlo en su condición de ser personal, racional o autónomo¹³².

En tanto derecho fundamental, es protegible por sí misma, es decir, que puede demandarse judicialmente su protección¹³³. La dignidad de la persona es la base del Derecho que fundamenta, orienta el ordenamiento jurídico y lo legitima a la vez. Por ello, para que un orden político sea legítimo en la actualidad debe respetar, tutelar y promover la dignidad de cada uno de los seres humanos asentados en su ámbito¹³⁴. El legislador, el juez, toda autoridad y servidor público e incluso los particulares, encuentran en la dignidad de los demás los límites a su accionar¹³⁵, y no pueden proceder a la violación directa o indirecta de esta.

Como fuente de los derechos fundamentales, implica que cualquier medida restrictiva debe estar prevista por la ley, ser idónea, necesaria y proporcional en relación con un fin constitucionalmente legítimo y no puede vulnerar el contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales¹³⁶. En ese orden, se convierte entonces en una cláusula de interpretación de derechos que sirve de parámetro para la identificación del

¹³⁰ PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, cit., p. 63 y ss.

¹³¹ STEINMANN, R., "The Core Meaning of Human Dignity", *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 19, 2016, p. 2.

¹³² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 195 y ss.

¹³³ LANDA, C., "Dignidad de la persona humana", cit., p. 119.

¹³⁴ VITERI CUSTODIO, D., "La naturaleza jurídica de la dignidad humana: Un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Federal Alemán", cit., p. 123.

¹³⁵ RESTREPO OSPINA, A., "Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana", cit., p. 15.

¹³⁶ VITERI CUSTODIO, D., "La naturaleza jurídica de la dignidad humana: Un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Federal Alemán", cit., p. 122.

núcleo intangible de los derechos fundamentales¹³⁷, promueve la interpretación evolutiva¹³⁸ y más favorable a la dignidad, y a la vez, prohíbe toda interpretación contraria con tal valor¹³⁹. Además, la dignidad humana enriquece de nuevos significados los derechos individuales¹⁴⁰ y ofrece fundamentos para la naciente tendencia que justifica la libre creación judicial de Derecho¹⁴¹.

Esta piedra angular de los derechos fundamentales y del Estado social y democrático de Derecho significa, en concreto, garantía de la autonomía y del diseño del propio proyecto de vida, del bienestar y de las condiciones mínimas materiales de existencia, sustenta el derecho de recibir el mejor trato posible y la mínima limitación del cuerpo y espíritu, así como el trato especial para los sujetos que se encuentran en condiciones especiales, a través de acciones de igualación o de discriminación positiva inclusive; protege la integridad física y mental, la libertad, el autorrespeto, la realización progresiva de los derechos prestacionales¹⁴², entre otros.

De modo que, si a fines del siglo XVIII bastaba con recurrir a la Declaración francesa de 1789 para reconocer el trato digno que una persona gozaba ante los nuevos paradigmas de la dignidad y el paso al Estado social y democrático de Derecho, la respuesta es necesariamente diferente. Las anotaciones de Marx a las libertades burguesas hoy apenas apelan al sentido común, más que a una perspectiva. Resulta pues insostenible pretender que una persona tiene derechos cuando sus necesidades elementales están insatisfechas, sobre todo porque las limitaciones materiales anulan el ejercicio de todo

¹³⁷ *Ibidem*, p. 128.

¹³⁸ MIRANDA BONILLA, H., “La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana”, *cit.*, p. 48.

¹³⁹ ROLLA, G., “El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano”, *cit.*, p. 244.

¹⁴⁰ ROLLA, G., “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”, *cit.*, p. 471.

¹⁴¹ RESTREPO OSPINA, A., “Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana”, *cit.*, p. 4.

¹⁴² *Ibidem*, p. 15.

intento de autonomía. De ahí que el segundo paradigma de la dignidad humana se concreta en la eficacia de los derechos sociales¹⁴³.

Tal como afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación”¹⁴⁴. Y también, como sostendría Dworkin, una apuesta por la dignidad implica reconocer que existen formas de tratar a una persona que no son congruentes con el hecho de reconocerla cabalmente como parte de la comunidad humana¹⁴⁵, o como igualmente afirma Häberle, los derechos y deberes deben conducir al ser humano a ser persona y a continuar siéndolo¹⁴⁶.

Recuérdese que en una primera fase histórica, los derechos de libertad se relacionaban con el principio de igualdad formal, pero al comprenderse que la sociedad no es homogénea sino desigual, multiétnica y multicultural¹⁴⁷, se reconoció posteriormente el principio de igualdad tanto en su aspecto formal como en su dimensión substancial y se otorgó base constitucional a las políticas sociales y a las acciones positivas¹⁴⁸.

Hoy por hoy, para que un Estado se pueda considerar efectivamente un *Estado social y democrático de Derecho*, lo primordial es la observancia y realización de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos¹⁴⁹, pues se trata del criterio por excelencia para evaluar su verdadera existencia¹⁵⁰. De ahí la importancia de tomar en cuenta los indicadores socioeconómicos para evaluar el nivel de vida de las personas,

¹⁴³ GAVIRIA, C., “Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en OLEAS GALLO, Á. (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, cit., pp. 74 y ss.

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 42, Serie C de 27 de noviembre de 1998, párr. 148.

¹⁴⁵ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 295 y ss.

¹⁴⁶ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, cit. pp. 161 y 162.

¹⁴⁷ ROLLA, G., “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”, cit., p. 466.

¹⁴⁸ ROLLA, G., “El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano”, cit., p. 233.

¹⁴⁹ JORGE PRATS, E., *Derecho constitucional*, vol. I, cit., p. 619.

¹⁵⁰ ARANGO, R., “Estado social de Derecho y derechos humanos”, *Revista Número*, n.º 39, 2003. [Consulta: 7 de enero de 2015]. Disponible en: <http://www.revistanumero.com/39sepa6.htm>.

como salud, alimentación, educación, condiciones de trabajo, situación ocupacional, vivienda, Seguridad Social, entre otros, los cuales se constituyen en derechos económicos, sociales y culturales¹⁵¹. Garantizar una vivienda, el acceso al trabajo, a la protección de la salud, a un medio ambiente sano, a una educación gratuita y de alta calidad es mejorar la condición de vida y evitar otros males sociales como la delincuencia, el desempleo, la mortalidad infantil, la desnutrición, la deforestación.

De la mano de dicho modelo de Estado van los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales, no hay lugar para diferenciaciones entre derechos de primera, segunda y tercera generaciones en materia de su protección y promoción. La sociedad es pues consciente de que la voluntad del pueblo no se expresa de manera auténtica si no es libre, que no cabe posibilidad de hablar de soberanía popular sin derechos de libertad individual, ni estos últimos pueden ser efectivos si no se garantizan los derechos sociales a prestaciones positivas¹⁵². El paso de Estado de Derecho a Estado social y democrático de Derecho representa, además, un cambio en la teoría política. Dicho modelo interfiere en la economía de mercado, regula el derecho de propiedad, la autonomía de la voluntad y, especialmente, la libertad del legislador en el diseño de la política social y económica¹⁵³. Esto así porque cuando una Constitución refiere al Estado social y democrático de Derecho lo que pretende es proteger los objetivos y características de cada una de esas variantes estatales, eliminando las incompatibilidades que puedan suscitarse¹⁵⁴.

Las normas relativas a derechos sociales, que en el Estado *legal* de Derecho constituyeron meras aspiraciones políticas desprovistas de garantías, son ahora justiciables, o lo que es lo mismo, verdaderamente jurídicas y cualquier dificultad en su interpretación y aplicación, requerirá la toma de posición moral tendiente a concretarlas,

¹⁵¹ VENTURA, M., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 40, 2004, p. 90.

¹⁵² FERRAJOLI, L., “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”, *cit.*, pp. 80 y 81. Ver también PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 234.

¹⁵³ PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *cit.*, pp. 219 y 220.

¹⁵⁴ GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 142.

función que dicho sea de paso corresponde a la legislación y a la jurisdicción¹⁵⁵. Se hace referencia indistintamente al Estado de Derecho social o constitucional, en vista de que el reconocimiento constitucional de los derechos sociales y su garantía judicial, a través de instituciones como el amparo, ha implicado que lo constitucional en sentido amplio alcance lo social¹⁵⁶. La cláusula implica una diversificación de las técnicas jurídicas para la realización de los derechos¹⁵⁷.

Si antes los jueces no intervenían frente a las omisiones de la Administración en materia de reconocimiento de derechos sociales, en virtud de la separación de funciones entre las ramas del poder público, hoy en día intervienen y analizan el proceder de las autoridades públicas cuando su inacción puede comprometer derechos fundamentales¹⁵⁸. El Derecho, por ende, asume un rol de redistribución de riqueza y el constitucionalismo pasa de mera cuestión de garantía a convertirse en una cuestión de políticas públicas y de gestión de los recursos¹⁵⁹. Y aunque se cuestione dicho poder, por entenderse como una judicialización de la política, se trata de una consecuencia inexcusable de asumir seriamente los derechos fundamentales como sostén de la dignidad humana y presupuestos propios de la democracia. Sin garantías reales de los derechos sociales, el Estado social y democrático de Derecho pierde entonces su significado y su valor¹⁶⁰.

Y es que al ser el Estado social un principio y, en consecuencia, una norma jurídica, tiene un significado autónomo, vinculante y se constituye en un parámetro de control de constitucionalidad. Su esencia reside en la obligación del Estado de satisfacer progresivamente las necesidades básicas de las personas y garantizar la justicia social, lo que condiciona actualmente la legitimidad de la Constitución, por eso sirve de

¹⁵⁵ POZZOLO, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, trad. de M. Carbonell, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 190.

¹⁵⁶ GARCÍA JARAMILLO, L., “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, cit., pp. 213 y 214.

¹⁵⁷ BARRANCO AVILÉS, M. C., “Exigibilidad de los derechos sociales y democracia”, en ROSSETTI, A., “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 153.

¹⁵⁸ ARANGO, R., “Estado social de Derecho y derechos humanos”, cit.; HIRSCHL, R., “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, vol. 75, n.º 2, 2006, pp. 721-754.

¹⁵⁹ POZZOLO, S., “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, cit., p. 33.

¹⁶⁰ UPRIMNY, R., “Estado de Derecho”, cit., pp. 173 y 175.

fundamento para algunos derechos no reconocidos expresamente como el derecho al mínimo vital y a la asistencia social o a los servicios sociales¹⁶¹.

En esa línea, resalta Carmona Cuenca que el primero en reconocer el derecho a un mínimo vital fue el Tribunal Constitucional Federal alemán a partir de la conexión entre el principio del Estado social y democrático de Derecho y el derecho a una vida digna¹⁶². A pesar de no encontrarse expresamente consagrado en las Constituciones, desde diversos foros se viene reivindicando el derecho de todas las personas que forman una comunidad a contar con una cantidad mínima o a disponer de unos recursos económicos mínimos para hacer frente a sus necesidades más básicas o perentorias como la alimentación y el vestido¹⁶³. El derecho a un mínimo vital trataría de responder a las necesidades de aquellos que no realizan un trabajo remunerado ni disponen de los medios económicos para subsistir¹⁶⁴.

En definitiva, esta nueva forma de Estado y su premisa antropológica empujan las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que facilitan el desarrollo de la persona, y para ello cuenta no solo con el auxilio de los poderes públicos, sino también de los privados¹⁶⁵. Todo lo anterior permite augurar las grandes posibilidades de justiciabilidad y de exigencia de realización progresiva de los DESC con que cuentan los individuos, en virtud del fenómeno del neoconstitucionalismo principialista y de la consagración del Estado social y democrático de Derecho.

¹⁶¹ ESCOBAR ROCA, G., MARTÍNEZ SORIA, J., *et. al.*, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, *cit.*, pp. 364 y ss.

¹⁶² CARMONA CUENCA, E., “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, en TEROL BECERRA, M. (dir.), *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 2, 2006, p. 181.

¹⁶³ CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, *cit.*, pp. 1575 y ss.

¹⁶⁴ CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución española de 1978”, *Estudios Internacionales*, n.º 172, 2012, p. 64.

¹⁶⁵ LANDA, C., “Dignidad de la persona humana”, *cit.*, pp. 109 y 111.

2. LA PROPUESTA LATINOAMERICANA AL NEOCONSTITUCIONALISMO

Las Constituciones son un proyecto colectivo respecto de lo que las sociedades pretenden construir, no constituyen un punto de llegada, sino más bien de salida y apertura hacia el porvenir¹⁶⁶. Las primeras Constituciones de Latinoamérica fueron concebidas como un ideal y un instrumento necesario para el cambio. Simbólicamente señalaron al mundo lo que los nacientes Estados querían ser y deseaban representar¹⁶⁷. Aún hoy, los latinoamericanos creemos que el destino de nuestras sociedades depende en gran medida de adoptar buenas Constituciones. Las Constituciones reflejan ese anhelo de construir en el futuro una sociedad mejor¹⁶⁸.

El modelo o paradigma neoconstitucional es inestable, pues se encuentra en constante cambio al igual que las sociedades en que se instaura¹⁶⁹. Para comprender lo que América Latina produjo al fenómeno neoconstitucional debe aclararse de entrada que las realidades a las que quiere dar respuesta el neoconstitucionalismo europeo son muy distintas a los hechos históricos y a las reivindicaciones sociopolíticas que se afrontaron en el contexto latinoamericano y andino. En primer lugar, porque Europa no fue colonizada, tampoco tuvo subyugación o segregación masivas del componente humano originario, lo que provocó extrema marginalidad y pobreza¹⁷⁰. En segundo lugar, es importante recordar que la maduración política e institucional alcanzada en América Latina es el resultado de un proceso histórico y no de un solo hecho aislado. En ese orden, los países han enfrentado diversos desvíos, donde se han producido avances pero a la vez también retrocesos¹⁷¹. Las Constituciones actuales de Latinoamérica reconocen derechos

¹⁶⁶ ESCOBAR ROCA, G., *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 96.

¹⁶⁷ GROS ESPIELL, H., “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002, p. 149.

¹⁶⁸ GARCÍA-VILLEGAS, M., “Law as Hope: Constitutions, Courts, and Social Change in Latin America”, *Florida Journal of International Law*, vol. 16, 2004, p. 133.

¹⁶⁹ CARBONELL, M., “Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 12.

¹⁷⁰ ANCHALUISA SHIVE, C., “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho internacional de los derechos humanos”, cit., p. 119.

¹⁷¹ BARROSO, L., “La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, cit., p. 704.

sociales y lo hacen en un promedio mayor al de otras regiones del mundo¹⁷², por eso la importancia de entender el contexto de dicho fenómeno.

El primer constitucionalismo latinoamericano emerge con las revoluciones a partir de 1810, se extiende en el transcurso de la independencia hasta su generalización en 1830 y en los años inmediatamente posteriores¹⁷³. Las revoluciones independentistas en América abogaron por el igualitarismo en dos dimensiones básicas: a nivel personal se proclamaba que todas las personas fueron creadas iguales, y en la dimensión colectiva, se reclamaba el autogobierno para las comunidades. Sin embargo, en la práctica, algunas de estas Constituciones fueron hostiles a la idea de autonomía personal, prestaron poderes coercitivos en favor de una religión en particular y mayormente impidieron el conseguir la autonomía de sus comunidades¹⁷⁴.

Esto último se explica por las tres corrientes alrededor de dichas ideas, lo que marcó la conformación política y social que influyó en la construcción del constitucionalismo latinoamericano: el conservadurismo, el republicanismo y el liberalismo. Los conservadores adoptaron una postura restrictiva respecto a la autonomía personal y elitista en cuanto al papel de la voluntad mayoritaria sobre el poder político. El republicanismo, por su parte, distinguió la idea de autogobierno a partir de la autonomía individual como motor del bienestar general. Mientras que el movimiento liberal se preocupaba más por el bienestar del individuo que por el bienestar general y consideraba que una visión política pautaada solo por la postura mayoritaria amenazaría la autonomía individual¹⁷⁵.

Tras sangrientos conflictos en la región entre estos tres grupos, la mayoría de los países latinoamericanos adoptaron Constituciones basadas en acuerdos políticos que

¹⁷² BERNAL PULIDO, C., “Los derechos constitucionales sociales en América Latina”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n.º 5, 2017, p. 7; NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 46.

¹⁷³ GROS ESPIELL, H., “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *cit.*, p. 147.

¹⁷⁴ GARGARELLA, R., “The Constitution of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860”, *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1, 2005, pp. 1 y 2.

¹⁷⁵ MARQUES DE OLIVEIRA, D., GUEDES MAGRANI, E., *et. al.*, “O novo constitucionalismo latino-americano: Paradigmas e contradições”, *Revista Quaestio Iuris*, n.º 2, 2013, pp. 195 y 196.

sintetizaron los objetivos de dichos grupos¹⁷⁶. Por dicha razón, se vislumbraron Constituciones que si bien, por un lado, consagraban la tolerancia religiosa (exigida por los liberales), por el otro, prestaban un lugar especial para la religión católica (requerido por los conservadores). Mientras fijaban un sistema de frenos y contrapesos (propuesta liberal), a la vez facilitaban el fortalecimiento del poder ejecutivo (demanda conservadora)¹⁷⁷, como por ejemplo, a través de la facultad concedida al presidente para declarar el estado de excepción, para intervenir políticamente en asuntos locales o para nombrar y destituir ministros discrecionalmente y sin la aprobación congresual¹⁷⁸.

Además, el movimiento republicano que defendía la eliminación del modelo político discriminator y autoritario propuso, en aras de alcanzar ese ideal de desconcentración de autoridades, la formación de un federalismo político. Se creía que, tal como en Estados Unidos, los problemas podían ser resueltos a través de una Constitución federal uniformadora¹⁷⁹. Por eso, se mezclaron en algunos países con un pacto liberal-conservador, fórmulas federales con una fuerte centralización. Actualmente, solo cuatro países latinoamericanos son Estados federales y hasta hoy se debate sobre su naturaleza federal, estos son: Venezuela, México, Brasil y Argentina¹⁸⁰. Tanto liberales como conservadores abogaron por un elitismo político en contra de las masas y por la defensa, en primer orden, de la propiedad privada¹⁸¹.

Los primeros textos constitucionales versaron pues sobre independencia, libertad, Estado confesional católico, gobierno representativo republicano, sufragio limitado, entre otros aspectos. Gracias a la idea de la soberanía nacional o popular se suprimieron las fórmulas que asentaban el origen del poder en la divinidad religiosa y su ejercicio en el

¹⁷⁶ IBARRA, H., “Refundar al Estado. Procesos constituyentes en América Latina”, Centro Andino de Acción Popular, Quito, 2010, p. 9. Ver también GARGARELLA, R., “Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions”, *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 2011, p. 1538.

¹⁷⁷ GARGARELLA, R., “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e irrupción, Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, n.º 4, 2013, p. 248.

¹⁷⁸ GARGARELLA, R., “The Constitution of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860”, *cit.*, p. 22.

¹⁷⁹ MARQUES DE OLIVEIRA, D., GUEDES MAGRANI, E., *et. al.*, “O novo constitucionalismo latino-americano: Paradigmas e contradições”, *cit.*, pp. 195 y 198.

¹⁸⁰ SERNA DE LA GARZA, J., “Constitutional Federalism in Latin America”, *California Western International Law Journal*, vol. 30, 1999-2000, p. 277.

¹⁸¹ IBARRA, H., “Refundar al Estado. Procesos constituyentes en América Latina”, *cit.*, p. 13.

monarca. Las Declaraciones de derechos se limitaron a enunciar los derechos que sus titulares poseían; la institución de la esclavitud no fue abolida de manera radical, sino paulatinamente y las poblaciones indígenas fueron ignoradas en esa primera etapa del constitucionalismo, quedaron marginadas y discriminadas completamente¹⁸². De ahí que algunos autores expresen que el constitucionalismo americano nació imposibilitado de resolver el problema de la desigualdad. Y la desigualdad económica, provocó la desigualdad política caracterizadora de la región¹⁸³.

Siguiendo a Ferdinand Lasalle, la Constitución es el producto de factores reales de poder¹⁸⁴. Dichos factores (ejército, aristocracias, burocracia, grupos económicos) manifiestan sus intereses en un texto jurídico escrito¹⁸⁵. Los latinoamericanos pretendían cambiar ese contexto excluyente y por ello, diversos grupos en los años 1850 en Chile, México, Colombia, entre otros países, intentaron impulsar propuestas democratizadoras como elecciones anuales, el derecho de revocatoria de representantes, mandatos limitados y reformas para afrontar asuntos sociales; no obstante, dichos intentos se vieron truncados por el referido pacto liberal-conservador. Especialmente porque se le atribuyó a dicho acuerdo el exitoso establecimiento de regímenes de *orden y progreso*, cuyos gobiernos autoritarios demostraron capacidad de empujar el desarrollo económico y la estabilidad política¹⁸⁶.

El período constitucional posterior continúa el proceso de consolidación de los Estados nacionales iberoamericanos, de enunciación de sus peculiaridades y del logro de su independencia efectiva. Dicha etapa se caracterizó por la incidencia de las ideas liberales, por el naciente debilitamiento del Estado confesional católico y por la aparición

¹⁸² GROS ESPIELL, H., “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *cit.*, pp. 150 y ss.

¹⁸³ MARQUES DE OLIVEIRA, D., GUEDES MAGRANI, E., *et. al.*, “O novo constitucionalismo latino-americano: Paradigmas e contradições”, *cit.*, p. 202.

¹⁸⁴ LASALLE, F., *¿Que es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 119 y ss.

¹⁸⁵ IBARRA, H., “Refundar al Estado. Procesos constituyentes en América Latina”, *cit.*, p. 4.

¹⁸⁶ GARGARELLA, R., “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 248.

del calificativo de democrático para caracterizar al gobierno, tendencia que se realiza en los años posteriores¹⁸⁷.

Luego de la Primera Guerra Mundial, la crisis económica de 1929-1930 y la incorporación política de los trabajadores, transformaron el anterior modelo social excluyente. A pesar de que las minorías favorecidas se opusieron, el temor a la guerra civil provocó que se integraran ciertas prerrogativas sociales al tradicional pacto liberal-conservador con la finalidad de detener la conmoción social. De este modo, a Constituciones de corte esencialmente conservador como las de Brasil (1937), Bolivia (1938), Cuba (1940), Uruguay (1942), Ecuador y Guatemala (1945), Argentina y Costa Rica (1949), empezaron a añadirseles derechos económicos y sociales¹⁸⁸.

A partir de los años ochenta, América Latina conquista el fin de los regímenes militares que se impusieron alrededor de las décadas del sesenta y setenta como resultado de la guerra fría y se toma mayor conciencia sobre la fuerza normativa de la Constitución¹⁸⁹. Golpes de Estado, motines, revoluciones, suspensión de derechos fundamentales, intervenciones por parte de potencias extranjeras en el territorio de los Estados, persecución de líderes de izquierda, dominio del poder político a cargo de élites locales, imposición del capitalismo¹⁹⁰, interrupciones violentas del orden constitucional, presencia constante de las fuerzas armadas, precaria cultura constitucional, irrespeto de las normas jurídicas, tolerancia a las discriminaciones, corrupción, fraude fiscal¹⁹¹, reformas constitucionales en función de los requerimientos políticos circunstanciales, reelección prácticamente indefinida por parte del ejecutivo e inclusive, en algunos casos como Haití y Paraguay se tuvo presidencia vitalicia, entre otros, fueron en resumen los ingredientes de la evolución histórica de la región en los siglos XIX y XX. A esto hay que

¹⁸⁷ GROS ESPIELL, H., "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX", *cit.*, p. 163.

¹⁸⁸ GARGARELLA, R., "Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *cit.*, pp. 249 y 250.

¹⁸⁹ BARROSO, L., "La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo", *cit.*, pp. 703 y 708.

¹⁹⁰ TRUJILLO GONZÁLEZ, J., y GIRALDO GALEANO, S., "Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo", *cit.*, pp. 35 y 36.

¹⁹¹ CARBONELL, M., "Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina: Apuntes para una discusión", *Pensamiento Constitucional*, n.º 14, 2010, pp. 27 y 29.

agregar el serio contexto de pobreza, marginación, analfabetismo e ignorancia¹⁹² que imperaba.

Urgía entonces alejar las formas de ejercicio autoritario y absoluto del poder a través de la separación de poderes, respeto de los derechos fundamentales de las minorías, revitalización de la soberanía nacional, protección de la libertad de expresión, creación de mecanismos de mayor participación política, intervencionismo estatal en la economía y redistribución en materia de derechos sociales. Además, en el caso colombiano, hallar una salida al conflicto armado de la guerrilla. Para dar respuesta a las referidas demandas se promulgaron nuevas Constituciones en Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009)¹⁹³ y República Dominicana (2010), entre otras.

Ávila, siguiendo a De Sousa Santos, distingue en las Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, un nuevo constitucionalismo, distinto del neoconstitucionalismo europeo, al que denomina neoconstitucionalismo transformador o andino¹⁹⁴. El nuevo constitucionalismo tiene como fundamento, por un lado, recuperar y renovar el poder constituyente democrático, propone para activarlo la iniciativa popular; una asamblea constituyente participativa y plural a cargo de su ejercicio, y la aprobación directa del texto constitucional por la ciudadanía a través de consulta popular. Por el otro, se traza el generar contenidos constitucionales que viabilicen la resolución de los problemas de legitimidad del actual sistema¹⁹⁵. Es decir, que dicho constitucionalismo se preocupa no solo por la dimensión jurídica de la carta fundamental sino, en primer lugar,

¹⁹² GROS ESPIELL, H., “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *cit.*, pp. 152, 155 y 157.

¹⁹³ TRUJILLO GONZÁLEZ, J. y GIRALDO GALEANO, S., “Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”, *cit.*, pp. 35 y 36.

¹⁹⁴ DE SOUSA SANTOS, B., “Conciliar diversas formas organizativas”, en LANG, M. y SANTILLANA, A. (comps.), *Democracia, participación y socialismo: Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Fundación Rosa Luxemburgo, Quito, 2010, p. 194; DE SOUSA SANTOS, B., “La difícil construcción de la plurinacionalidad”, en Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (comp.), *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y sumak kawsay*, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Quito, 2010, p. 153. Sobre este punto véase ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, *cit.*, p. 15.

¹⁹⁵ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *Debates Constitucionales en Nuestra América*, 2013, pp. 71 y 72.

por su legitimidad democrática¹⁹⁶. Y es que los textos constitucionales modernos aspiran a reconstituir al pueblo de una manera particular y a reconocerlo como un agente activo del cambio¹⁹⁷.

Entre el neoconstitucionalismo europeo principialista y el denominado por algunos nuevo constitucionalismo latinoamericano pueden identificarse algunos aspectos comunes y otros que les distinguen, por dicha razón algunos autores no lo consideran un sistema radicalmente nuevo. En ambos, la Constitución se torna omnipresente; se renueva la función del poder judicial, se expanden las cartas de derechos fundamentales en las propias Constituciones y se crean Tribunales Constitucionales, etc.¹⁹⁸.

La mutación o evolución latinoamericana del constitucionalismo, además de recoger las características del neoconstitucionalismo principialista, le agrega, entre otras, la apertura de espacios de participación directa, extensión de garantías de derechos sociales, incorporación de la protección del medio ambiente, extensión de controles constitucionales a los poderes privados, posibilidad de activación del procedimiento de control de constitucionalidad por la ciudadanía¹⁹⁹, fortalecimiento de la independencia del poder judicial (por medio de la creación de instancias autónomas de administración de la rama judicial) y de las instituciones de control, así como también herramientas para remediar la discriminación de minorías étnicas y de grupos en situación de vulnerabilidad²⁰⁰.

¹⁹⁶ NÚÑEZ LEIVA, J., “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black Holes & Revelations’”, *cit.*, p. 316.

¹⁹⁷ LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, *cit.*, pp. 1 y ss.

¹⁹⁸ BELLOSO MARTÍN, N., “El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2015, pp. 21 y 40.

¹⁹⁹ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en OLEAS GALLO, Á. (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, *cit.*, p. 19.

²⁰⁰ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *cit.*, p. 72. Ver también VILLABELLA, C., “El Derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma”, en VICIANO PASTOR, R. (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 65 y ss.

El neoconstitucionalismo principialista es una corriente doctrinal, resultado de años de teorización académica, iniciada por la Escuela Genovesa, mientras que el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido más bien de las reivindicaciones de los movimientos sociales que académico. Este último se propone la proliferación de textos innovadores que impulsen la transformación de la sociedad a través de la estabilidad democrática, el fortalecimiento de los derechos fundamentales, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas y mayores estándares de gobernabilidad y de control constitucional²⁰¹. Aunque los cambios en sí mismos no han sido muy profundos en cuanto al funcionamiento de los poderes orgánicos, pero sí en la parte de derechos y garantías, los cuales constituyen el núcleo duro del Estado social y democrático de Derecho. De hecho, los órdenes jurídicos instaurados promueven valores como la justicia por encima de la ley²⁰².

Para que en el nuevo constitucionalismo latinoamericano el contenido de la Constitución fuese coherente con su fundamentación democrática, fue necesaria la generación de mecanismos de participación política directa, así como el establecimiento de reglas que limitasen el poder y garantizaran los derechos fundamentales. Se le atribuye por tanto, que más allá de su pretensión de fijar el control ciudadano del poder, se proponga resolver el problema de la desigualdad social²⁰³. Por ello, estas Constituciones incluyen garantías de igualdad de género y medidas de discriminación positiva o de igualdad material, crean el Defensor del Pueblo e instituciones de referéndum, plebiscitos, cabildo abierto, voto programático, iniciativa legislativa popular, consulta popular, derecho de revocatoria de mandato y en algunas, los Estados se autodenominan pluriculturales o multiculturales, proporcionan especial protección a los pueblos

²⁰¹ BELLOSO MARTÍN, N., “El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, *cit.*, p. 41. Ver también VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en VICIANO PASTOR, R. (ed.), *ibidem*, pp. 19 y 20.

²⁰² ORTIZ JIMÉNEZ, W., “Los tres nuevos procesos constituyentes en América Latina: Los cambios políticos y los sujetos que los impulsan”, *Diálogos de saberes: Investigaciones en Derechos y Ciencias Sociales*, n.º 38, 2013, pp. 102 y 103.

²⁰³ LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, n.º 1, 2013, pp. 223 y 224.

indígenas²⁰⁴ y a los afrodescendientes. Dicho entramado que denota mayor inclusión social, y cuyo proceso constituyente lo protagoniza de manera directa el pueblo, lo proyecta también como un constitucionalismo democrático o teoría democrática de la Constitución²⁰⁵ que fomenta el autogobierno colectivo y plasma la idea de la Constitución como el mandato directo del poder constituyente²⁰⁶.

Las recientes reformas tienden a eliminar ciertos rasgos confesionales de los ordenamientos jurídicos que privilegiaban a la Iglesia Católica. Ahora las Constituciones si no son laicas, reconocen la igualdad entre las distintas religiones, incluidas las de los indígenas²⁰⁷. En el ámbito económico, las nuevas Constituciones introducen una definición del régimen socioeconómico fundamentado en principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, redistribución equitativa de los productos y bienes sociales, responsabilidad social²⁰⁸, protección del medio ambiente, productividad y solidaridad para asegurar el desarrollo humano integral y una vida digna y provechosa para la colectividad, se promociona la agricultura sustentable como estrategia del desarrollo rural integral para garantizar la seguridad alimentaria de la población, se declara el régimen latifundista contrario al interés social, se define el modelo económico como plural, orientado a mejorar la calidad de vida y el buen vivir de todos, se reconocen formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa y se

²⁰⁴ GARGARELLA, R., “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 253.

²⁰⁵ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *cit.*, p. 82.

²⁰⁶ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 20.

²⁰⁷ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.), *El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 112.

²⁰⁸ BELLOSO MARTÍN, N., “El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, *cit.*, p. 43.

fomenta un régimen de desarrollo organizado, sostenible y dinámico²⁰⁹. Por su alto interés en la preservación de la biodiversidad, se le caracteriza también de socioambiental.

Merece señalarse, que en la Constitución venezolana en cuanto a la función de control social se trata de una nueva forma de participación de la ciudadanía denominada poder ciudadano. El pueblo como titular de la soberanía pasa hoy no solo a participar en elecciones de autoridades, sino que tiene el derecho y deber de controlar y vigilar al Estado. Se incorporan así contralorías generales del Estado, Defensorías del Pueblo, superintendencias, veedurías ciudadanas, etc.²¹⁰, y algunas Constituciones instauran formas de organización electoral autónoma y especializada para garantizar mayor imparcialidad y transparencia en los procesos electorales²¹¹. En esa misma línea, se otorga amplio acceso a la ciudadanía para acudir a los tribunales, incluso se configura la legitimación activa universal para la presentación del recurso de inconstitucionalidad, lo que convierte a todo habitante en guardián de la Constitución, con deberes constitucionales más allá de las tradicionales obligaciones. Otra distinción se relaciona con el principio de rigidez en la Constitución, el cual es aplicable a los poderes constituidos, pero para el poder constituyente originario no existen los llamados cotos vedados, ni las cláusulas pétreas²¹².

Por otro lado, los textos constitucionales anteriores no facilitaban legalizar varias de las conquistas y propuestas de los movimientos sociales, como las que versaron respecto a las autonomías de las comunidades, las nuevas formas de democracia y los nuevos derechos. Los cambios requerían entonces ser constitucionalizados como garantía de seguridad jurídica²¹³, tornándose las Constituciones muy extensas, porque pretenden

²⁰⁹ MORICZ, M., BARBOSA, L. y GONZÁLEZ PIÑEROS, M., “Los procesos de las asambleas constituyentes desde la perspectiva de la economía social y solidaria”, *La revista del Centro Cultural de la Cooperación*, n.º 9/10, 2010, p. 3.

²¹⁰ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 67/68, 2009, p. 49.

²¹¹ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, *cit.*, p. 118.

²¹² BELLOSO MARTÍN, N., “El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, *cit.*, pp. 42 y ss. Ver también VILLABELLA, C., “El Derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma”, *cit.*, pp. 65 y ss.

²¹³ ORTIZ JIMÉNEZ, W., “Los tres nuevos procesos constituyentes en América Latina: Los cambios políticos y los sujetos que los impulsan”, *cit.*, p. 100.

resguardar la permanencia de la voluntad del constituyente y evitar el olvido o abandono por parte de los poderes constituidos²¹⁴. Cabe también destacar que Viciano Pastor, Martínez Dalmau y Villabella describen las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano esencialmente principistas, puesto que los principios, tanto implícitos como explícitos, predominan en sus textos, en detrimento de las reglas, las cuales pasan a ocupar una posición limitada a los casos específicos en que su presencia es fundamental para articular la voluntad constituyente. El efecto jurídico que alcanzan los principios, especialmente como criterios de interpretación, es innegable. De ahí que se puedan calificar como circunscritas al neoconstitucionalismo principialista²¹⁵.

2.1. Las Constituciones latinoamericanas que aportaron al neoconstitucionalismo

2.1.1. La Constitución de Brasil

En el caso de la Constitución de Brasil de 1988, dado el alegado déficit democrático del proceso constituyente, la doctrina discrepa sobre si debe considerarse parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano, o si debe solo apuntarse como perteneciente al neoconstitucionalismo principialista²¹⁶. No obstante, de acuerdo con Ferrajoli, dicha Constitución inauguró lo que denomina *constitucionalismo de tercera generación*, porque sus novedades plantearon un modelo avanzado que marcó junto a la colombiana un nuevo ciclo social y descentralizador²¹⁷.

²¹⁴ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 40 y 41.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 39. Ver también VILLABELLA, C., “El Derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma”, *cit.*, pp. 65 y ss.

²¹⁶ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *ibidem*, p. 31. Para estos autores solo las Constituciones que tuvieron un origen genuinamente democrático y unas características específicas pueden entenderse como integrantes del nuevo paradigma constitucional.

²¹⁷ FERRAJOLI, L., “O constitucionalismo garantista e o Estado de Direito”, trad. de A. K. Trindade, en FERRAJOLI, L., STRECK, L., TRINDADE, A. (orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 232. Sobre este punto véase DA SILVA MESQUITA, I., “Uma introdução ao neoconstitucionalismo como

Un aspecto interesante de la Constitución de Brasil es que su artículo cuatro introduce como principio la búsqueda de la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de Latinoamérica, en aras de alcanzar la formación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones. Similar cláusula adoptan luego la Constitución venezolana de 1999, la colombiana de 1991 y la ecuatoriana de 2008 con la finalidad no solo de apertura comercial y acuerdos arancelarios entre los países de la región, sino de promover la emancipación económica, cultural, energética, ambiental y alimentaria que garanticen los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de todos los latinoamericanos²¹⁸.

Otras de las novedades resaltables de la Constitución brasileña son: el amplio catálogo de derechos sociales que consagra, la rigidez absoluta, el doble control de constitucionalidad (concentrado y difuso), el control de constitucionalidad por omisión, la previsión de un Ministerio Público como órgano de garantía, la incorporación de una jurisdicción electoral, la consagración del principio de aplicación inmediata de las normas que definen derechos fundamentales y del principio que prohíbe al legislador excluir del ámbito jurisdiccional lesiones o amenazas a derechos. Estos cambios por medio de las garantías primarias y secundarias consolidan el Estado social y democrático de Derecho²¹⁹.

2.1.2. La Constitución de Colombia

La Constitución colombiana de 1991 surge como una propuesta social y política, precedida de movilizaciones que demostraron la necesidad de articular una asamblea constituyente democrática que pudiera responder a la crisis que vivía el país y, especialmente, combatir las graves formas de violencia que le aquejaban. A pesar de que

compreensão ao novo constitucionalismo na América Latina”, *Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina*, n. ° 2, 2011, p. 7; LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *cit.*, pp. 224 y 225.

²¹⁸ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 40 y 41.

²¹⁹ LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *cit.*, p. 225; NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, *cit.*, pp. 69 y ss.

se le critica al proceso constituyente, haber carecido de referéndum aprobatorio popular, se admite como un texto constitucional fuerte e idóneo para transformar el futuro del país²²⁰. Al igual que la brasileña, incluye un amplio catálogo de derechos sociales, políticos, culturales y económicos²²¹ y garantías jurisdiccionales para los derechos, como la trascendental acción de tutela²²², el principio de rigidez constitucional, inserción del Ministerio Público para la defensa de los derechos fundamentales, mecanismos de participación política directa, y se consagra por primera vez el referendo revocatorio²²³, instituciones de garantía de los derechos políticos, el plebiscito, la iniciativa popular, el cabildo abierto y se incluyeron derechos colectivos para indígenas y afrocolombianos, entre otros aspectos²²⁴.

A la Corte Constitucional colombiana, creada a partir de la Constitución de 1991, se le reconoce por el papel activo asumido en materia de protección de derechos fundamentales, tras iniciar con la emblemática tutela 025 una nueva relación entre los órganos gubernamentales y el poder jurisdiccional y demostrar las oportunidades del activismo judicial para la protección de los derechos sociales²²⁵.

2.1.3. La Constitución de Venezuela

Con respecto a la Constitución de Venezuela de 1999, las protestas masivas del Caracazo contra el liberalismo carente de sensibilidad social llevaron en 1998 al ascenso de Hugo Chávez como presidente, quien de inmediato propuso una reforma constitucional

²²⁰ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 23 y 24.

²²¹ GARGARELLA, R. y COURTIS, C., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Serie Políticas Sociales*, n.º 153, 2009, p. 31.

²²² ANCHALUISA SHIVE, C., “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho internacional de los derechos humanos”, *cit.*, p. 124; NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, *cit.*, pp. 97 y ss.

²²³ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 29.

²²⁴ IBARRA, H., “Refundar al Estado. Procesos constituyentes en América Latina”, *cit.*, p. 18.

²²⁵ MARQUES DE OLIVEIRA, D., GUEDES MAGRANI, E., *et. al.*, “O novo constitucionalismo latino-americano: Paradigmas e contradições”, *cit.*, pp. 206 y 207. Ver también MERHOF, K., “Building a Bridge between Reality and the Constitution: The Establishment and Development of the Colombian Constitutional Court”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, pp. 715 y ss.

que viabilizara la implementación de su política del socialismo del siglo XXI. Dicho texto constitucional exhibe una nueva división de poderes, presencia fuerte del principio de rigidez constitucional, garantías en materia de derechos sociales, control de constitucionalidad por omisión, provisión del Ministerio Público para la protección de los derechos fundamentales, configuración de instituciones de garantías de derechos políticos²²⁶ y al igual que en Argentina, Bolivia, Colombia y Ecuador, aunque en parte se moderan los poderes del ejecutivo, en otra se incrementan²²⁷.

Se reconoce en la Constitución venezolana un gran aporte al constitucionalismo democrático y al principio de soberanía popular, que persigue la satisfacción de necesidades del pueblo a través de la participación directa de los ciudadanos en la búsqueda de soluciones a los problemas que les afectan²²⁸. Esto, en virtud de que su proceso constituyente conllevó tanto un referéndum activador como uno de aprobación del texto constitucional, una vez este último fue construido. Y dicho sea de paso, se eliminó el poder constituyente constituido o poder de reforma constitucional, y se dejó solo en manos del pueblo la aprobación directa de cualquier cambio constitucional²²⁹.

Además, se crea el Consejo Federal de Gobierno como órgano de planificación y coordinación de políticas; Consejos de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas en cada Estado, y los Consejos de Planificación Pública en los municipios, todos integrados por funcionarios del ejecutivo, del legislativo y, además, de comunidades organizadas, incluidas las indígenas. Se estimulan las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas y se promueve la participación de los trabajadores y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios²³⁰.

²²⁶ LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *cit.*, pp. 229 y 230.

²²⁷ GARGARELLA, R. y COURTIS, C., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”, *cit.*, p. 29.

²²⁸ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 30.

²²⁹ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 25.

²³⁰ ORTIZ JIMÉNEZ, W., “Los tres nuevos procesos constituyentes en América Latina: Los cambios políticos y los sujetos que los impulsan”, *cit.*, pp. 103 y 109.

2.1.4. *Las Constituciones de Ecuador y Bolivia*

Entre las Constituciones más avanzadas del neoconstitucionalismo transformador se encuentra la de Ecuador de 2008. El proceso constituyente fue el resultado de años de luchas sociales que se propuso solucionar los problemas dejados por el modelo neoliberal, la clase política partidista y la desinstitucionalización del Estado nacional. Ecuador alcanza con ello un constitucionalismo cultural que envuelve todas las reivindicaciones emancipadoras, es decir, los derechos de libertad demandados por los liberales; los derechos sociales de los obreros y campesinos; y los derechos culturales y otros, que exigieron los indígenas y las feministas²³¹. Se trata de un gran referente del denominado constitucionalismo democrático, en donde la participación pasó a ser vista como un mecanismo de intervención social que genera responsabilidad, pertenencia y conduce a los individuos a concebirse como actores capaces de transformar la sociedad²³².

En el texto constitucional se recoge la idea de control mixto de constitucionalidad, se introduce la *Pachamama*, el *Sumak Kawsay*, la plurinacionalidad y la democracia comunitaria y se reitera el reconocimiento de la justicia indígena y de la interculturalidad, conquistas propias de las luchas sociales de los ecuatorianos y andinos²³³. Además, se crea un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, se incorpora la posibilidad de control constitucional de particulares mediante la acción de protección, se encarga un Ministerio Público para la defensa de los derechos fundamentales, se destinan instituciones de garantía de los derechos políticos, se consolida el principio de rigidez constitucional, surge un amplio catálogo de derechos fundamentales, incluido el derecho al agua y a la seguridad alimentaria, el control de constitucionalidad por omisión²³⁴, se reconoce y garantiza la equidad de las mujeres en la representación y participación en sus

²³¹ ÁVILA SANTAMARÍA, R., “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2012, pp. 19 y ss.

²³² PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 30.

²³³ ÁVILA SANTAMARÍA, R., “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos”, *cit.*, pp. 6 y 15.

²³⁴ LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *cit.*, p. 233.

propios sistemas de autoridad, así como el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, la vida y orientación sexual²³⁵. En relación con la organización territorial del Estado se consagra la creación de gobiernos autónomos descentralizados a través de juntas parroquiales rurales, concejos municipales, consejos metropolitanos, consejos provinciales y consejos regionales con facultades legislativas y ejecutivas²³⁶, entre otros aspectos.

En el caso de Bolivia, el proceso constituyente generador de la Constitución de 2009 se inició en agosto de 2006. La crisis política del Estado boliviano ocasionada por el régimen de Gonzalo Sánchez de Lozada en 2003 provocó una reacción popular liderada por el indígena socialista Evo Morales, la cual promovió un proceso constituyente que aspiraba al establecimiento de un Estado que reconociera las mayorías indígenas y se organizara en pro de los excluidos. En el referido proceso participaron presentando sus demandas una diversidad de sectores a través de las audiencias públicas y encuentros territoriales²³⁷. Como resultado, en el texto constitucional se configuró a Bolivia como un Estado plurinacional, comunitario y de orientación indígena que reconoce la autonomía indígena, el pluralismo jurídico, un sistema de jurisdicción indígena sin subordinación a la jurisdicción ordinaria, amplio catálogo de derechos, elección de sus representantes a través de formas directas.

Además, se crea la jurisdicción agroambiental, un Tribunal Constitucional plurinacional con presencia en él de la jurisdicción indígena y cuyos miembros, al igual que los del Consejo Nacional de Justicia, son elegidos de manera paritaria o plural²³⁸ y por el pueblo directamente; dicha novedad es acompañada de una fuerte rigidez constitucional, de la introducción de la fórmula mixta de control de constitucionalidad, de la configuración de un Ministerio Público para la defensa de los derechos fundamentales,

²³⁵ CARBONELL, M., “Los derechos fundamentales en América Latina: Una perspectiva neoconstitucionalista”, *Derecho y Humanidades*, n.º 18, 2011, p. 62.

²³⁶ ORTIZ JIMÉNEZ, W., “Los tres nuevos procesos constituyentes en América Latina: Los cambios políticos y los sujetos que los impulsan”, *cit.*, p. 106.

²³⁷ LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *cit.*, pp. 233 y ss.

²³⁸ YRIGOYEN FAJARDO, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.), *El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, *cit.*, p. 152.

garantías de los derechos políticos y protección de la economía comunitaria²³⁹, entre otros.

En otro orden, cabe resaltar que el neoconstitucionalismo transformador reserva un acápite muy especial para la *cuestión indígena*, aspecto que hasta finales del siglo XX carecía de antecedentes relevantes en el constitucionalismo. Este fenómeno, denominado por algunos autores como constitucionalismo indígena²⁴⁰, se origina a partir de 1985 cuando se reconoce en la Constitución de Guatemala derechos de las personas indígenas, luego en Nicaragua (1987) y Brasil (1988). Por su parte, el Convenio 169 de la OIT fue el primer instrumento internacional de gran trascendencia en materia de reconocimiento de derechos de los pueblos originarios, al incorporar normas con miras a garantizar el respeto a la cultura y forma de vida de los indígenas, y a asegurar el derecho de consulta efectivo a los pueblos indígenas cuando se tomen decisiones que los afecten²⁴¹.

Recuérdese que el hecho colonial situó a los indígenas en un estado de subordinación. Sus territorios y recursos fueron expoliados y expropiados; su mano de obra explotada y su destino alienado. La filosofía de la *inferioridad natural de los indios* y la figura jurídica de la tutela indígena permitieron perpetuar por mucho ese contexto, aun luego de la independencia de las antiguas colonias americanas²⁴². Esto se reflejó en los tres modelos de relación con el indígena, que el constitucionalismo liberal adoptó: a) El modelo segregacionista colonial, que aparece con la Constitución de los Estados Unidos de 1787; b) el modelo liberal-asimilacionista, que surge con la Constitución de Venezuela de 1811; y c) el modelo constitucional misionero-civilizador con las Constituciones de Nueva Granada (Colombia) de 1811 y de Cádiz de 1812²⁴³. Con el

²³⁹ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 36 y ss. Ver también: LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *cit.*, p. 235.

²⁴⁰ DA SILVA MESQUITA, I., “Uma introdução ao neoconstitucionalismo como compreensão ao novo constitucionalismo na América Latina”, *cit.*, p. 7.

²⁴¹ GARGARELLA, R., “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción”, *Boletín Onteaiken*, n.º 15, 2013, pp. 26 y 27.

²⁴² YRIGOYEN FAJARDO, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”, *cit.*, p. 139.

²⁴³ YRIGOYEN FAJARDO, R., “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 9 y ss.

constitucionalismo social en Latinoamérica a partir de la Constitución de México de 1917 surge el indigenismo integracionista, en el cual los Estados reconocieron el sujeto colectivo indígena y derechos especiales de estos, incluidos los derechos sociales. Ahora bien, no se les reconoce como pueblos y prima el monismo legal²⁴⁴.

La verdadera expansión de los derechos de los indígenas se identifica en el marco del neoconstitucionalismo principalista. Las Constituciones de 1982 a 1988 (Canadá, 1982; Guatemala, 1985 y Nicaragua, 1987) aportaron avances para el constitucionalismo multicultural, las de 1989 a 2005 (Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Argentina y Bolivia, 1994; Ecuador, 1996 y 1998; Venezuela, 1999; y México, 2001), para el constitucionalismo pluricultural y aquellas adoptadas entre 2006 a 2009 (Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009), aportaron ya al llamado constitucionalismo plurinacional²⁴⁵. Estas legaron el entendimiento de la unidad nacional, no como fruto de una homogeneización de las diferencias culturales, tal cual sugirieron algunos proyectos constitucionales anteriores, sino por el contrario, como un reconocimiento marcado por las diferencias y con mayor apreciación del pluralismo en todas sus manifestaciones²⁴⁶.

Los derechos de la población indígena han progresado significativamente en los últimos años, tanto los individuales como colectivos. Hoy los pueblos indígenas son reconocidos como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación y con poder para definir el modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman (sujetos constituyentes)²⁴⁷, se les respeta su derecho a la propiedad ancestral de la tierra, el derecho de uso, disfrute y participación en la explotación de determinados recursos naturales²⁴⁸, se protegen sus costumbres, lenguas, creencias, identidad, el derecho al desarrollo propio, a la autonomía, el deber de consultarles previa y

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 13 y ss.

²⁴⁵ LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *cit.*, p. 224.

²⁴⁶ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, *cit.*, p. 111.

²⁴⁷ YRIGOYEN FAJARDO, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”, *cit.*, p. 149.

²⁴⁸ GARGARELLA, R., “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción”, *cit.*, p. 27,

obligatoriamente sobre cualquier iniciativa pública o privada que pudiera afectarles²⁴⁹, etc. Todo ello contribuyó a romper la superioridad jerárquica institucional de la cultura occidental sobre otras, el trato tutelar para dichos pueblos, así como a superar la concepción de que solo los funcionarios públicos representan y conforman la voluntad popular²⁵⁰.

Con las Constituciones de Ecuador y Bolivia se registraron las últimas conquistas del movimiento indígena, entre otras, se estableció una nueva división estatal, nuevas instituciones para la protección de sus necesidades²⁵¹, se reconocen además, más derechos como personas colectivas, a la naturaleza (*Pachamama*), de los animales y la armonía de todos los seres, algo común proveniente de los pueblos andinos y amazónicos de América²⁵², sus lenguas como idiomas oficiales y la obligación para los poderes públicos de comunicarse en ellos, respeto de la forma de gobierno definida comunitariamente por ellos y de la elección de sus autoridades, derecho a la educación *descolonizadora*, se organiza la jurisdicción indígena originaria campesina, se consagra el derecho de participación en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales que se hallen en sus tierras, a un hábitat adecuado, a la vivienda segura, derecho de ejercer funciones jurisdiccionales, a darse sus propias normas y otros²⁵³. Por otro lado, el pluralismo jurídico, como forma de coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, no era admisible para la ideología del Estado-nación que propugnaba por la existencia de un único sistema jurídico dentro de un Estado²⁵⁴.

La afirmación de la multiculturalidad, de la plurinacionalidad y de la competencia jurisdiccional indígena, más la apertura al Derecho internacional de los derechos humanos

²⁴⁹ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 50 y 51.

²⁵⁰ YRIGOYEN FAJARDO, R., “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, *cit.*, p. 21.

²⁵¹ MARQUES DE OLIVEIRA, D., GUEDES MAGRANI, E., *et. al.*, “O novo constitucionalismo latino-americano: Paradigmas e contradições”, *cit.*, p. 187.

²⁵² ORTIZ JIMÉNEZ, W., “Los tres nuevos procesos constituyentes en América Latina: Los cambios políticos y los sujetos que los impulsan”, *cit.*, p. 108.

²⁵³ GARGARELLA, R., “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción”, *cit.*, pp. 27 y 28.

²⁵⁴ YRIGOYEN FAJARDO, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”, *cit.*, pp. 139 y 142.

han transformado el sistema tradicional de fuentes jurídicas y el papel atribuido a la ley en el ordenamiento. Los poderes del Estado no son más la fuente única y exclusiva del Derecho, estas se han reproducido y para aplicar hoy el Derecho, no es suficiente con recurrir a la ley, sino que hay que acudir además al Derecho internacional de los derechos humanos y al indígena²⁵⁵.

A pesar de todos los avances mencionados, al nuevo constitucionalismo se le critica, entre otros aspectos, el fortalecimiento del poder ejecutivo que apadrina. En lugar de reducir, se incrementó y supervaloró la función ejecutiva, la cual concentra mucho poder y tiene la última palabra en el sistema político²⁵⁶. Dicho *hiperpresidencialismo*, para Roberto Gargarella, ha estrangulado el empoderamiento popular insinuado por las nuevas Constituciones y provocado abusos. En ese sentido, destaca como lamentables los ejemplos de Argentina, donde las autoridades no implementaron las cláusulas participativas incorporadas en la Constitución de 1994; en Ecuador, cuando el presidente frenó todas las iniciativas de implementación de los nuevos mecanismos de participación directa; y en Perú, Chile, México y Ecuador, líderes indígenas fueron constantemente reprimidos o aprisionados tras ejercer sus nuevos derechos adquiridos²⁵⁷. Advierten Gargarella y Courtis con esto que la consolidación de los poderes del presidente y al mismo tiempo la apertura de espacios para más participación, puede resultar contradictoria, puesto que uno de los dos objetivos regularmente termina opacando o suprimiendo al otro²⁵⁸.

En otro orden, una parte de la doctrina conservadora señala como negativo el carácter populista que poseen los nuevos textos constitucionales latinoamericanos²⁵⁹ y entiende que ello se presta para que líderes populistas, invocando a las masas, obtengan

²⁵⁵ UPRIMNY, R., "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos", *cit.*, p. 114.

²⁵⁶ ÁVILA SANTAMARÍA, R., "En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos", *cit.*, p. 20.

²⁵⁷ GARGARELLA, R., "Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *cit.*, p. 255.

²⁵⁸ GARGARELLA, R. y COURTIS, C., "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes", *cit.*, p. 29.

²⁵⁹ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., "La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo", *cit.*, p. 73.

sus objetivos con respaldo constitucional²⁶⁰. Sin embargo, para otros se trata de una gran conquista, toda vez que propone un nuevo modelo de democracia participativa y pluralista, tras reivindicar los ideales rousseauianos y jeffersonianos respecto a la participación directa del pueblo en el gobierno, redefinir el concepto de soberanía y reasignar roles a los ciudadanos y ciudadanas²⁶¹. Aparte de que supera indudablemente ese modelo de asambleas constituyentes dirigido solo por determinadas élites que aseguraron históricamente en Latinoamérica la satisfacción de sus intereses desde la dimensión constitucional²⁶². No obstante, muchas instituciones políticas latinoamericanas continúan siendo frágiles, la población las concibe como indiferentes y muestra, por ende, un alto nivel de desconfianza hacia ellas. Sumado a esto, urge superar el control que aun ejercen los partidos oligárquicos sobre el régimen político, los cuales invaden incluso los espacios sindicales, las cámaras empresariales y gremios, lo que les permite manipular por completo a la sociedad civil²⁶³.

En definitiva, en América Latina, a causa de sus condiciones sociales, económicas, étnicas y culturales propias, se produjeron propuestas constitucionales que buscan la emancipación y transformación de las relaciones sociales, todo ello, en un contexto de novedosos procesos políticos, de naturaleza pacífica y democrática, que contaron con un gran apoyo popular²⁶⁴. Dadas las mencionadas particularidades de la región, el desafío para alcanzar lo trazado es aun mayor.

²⁶⁰ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 20.

²⁶¹ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 29.

²⁶² VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 22 y 23.

²⁶³ CEA EGAÑA, J., *Escritos de justicia constitucional*, *cit.*, pp. 46 y 47.

²⁶⁴ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, pp. 53 y 54.

2.2. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno

Para abordar el tema de la relación actual entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno, como punto de partida hay que remontarse a los planteamientos doctrinales de las escuelas monista y dualista. La teoría dualista se desarrolló en Italia y Alemania por Henrich Triepel y Dionisio Anzilotti, Gaetano Morelli, Angelo Piero Sereni y Walter Rudolf, la que postula que el Derecho internacional y el Derecho interno son dos órdenes jurídicos independientes y diferentes²⁶⁵. Señala que la creación de normas es distinta en ambos órdenes, que la validez de uno no depende del otro, ni tampoco uno es superior al otro en jerarquía. Para que las normas de un ordenamiento jurídico puedan ser aplicadas en el seno del otro es obligatorio que soporten un procedimiento de transformación previo²⁶⁶.

En cambio, Kelsen y la teoría monista plantean que existe un sistema normativo universal de subordinación y unidad de las normas²⁶⁷. Se distingue así el monismo con primacía del Derecho internacional sostenido por Kelsen, Verdross y Kunz y por la escuela sociológica francesa (Scelle), que sustenta que este último es superior y que de él dependen los sistemas jurídicos internos, mientras que el monismo con primacía del Derecho interno, como consecuencia de la soberanía estatal absoluta, niega el Derecho internacional²⁶⁸.

Las Constituciones resuelven el valor y jerarquía de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y su aplicabilidad en el orden interno de cuatro maneras: al otorgarles a estos instrumentos rango supra constitucional (Guatemala

²⁶⁵ BECERRA RAMÍREZ, M., *La recepción del Derecho internacional en el Derecho interno*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2012, p. 13.

²⁶⁶ PINHO DE OLIVEIRA, M., “Los tratados internacionales y sus posibles conflictos en el orden interno a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Conhisremi, Revista Universitaria Arbitrada de Investigación y Diálogo Académico*, n.º 3, 2011, p. 130.

²⁶⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica. Primera edición de 1934*, trad. de G. Robles Morchón, Trotta, Madrid, 2011, pp. 128 y ss.

²⁶⁸ MONROY CABRA, M., “El Derecho internacional como fuente del Derecho constitucional”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n.º 1, 2008, p. 112.

y Honduras), constitucional (Argentina y República Dominicana), supra legal (Alemania, Italia y Francia) o sencillamente rango legal (Estados Unidos)²⁶⁹.

En un primer momento, casi todos los ordenamientos de la región habían adoptado, en mayor o menor medida, la teoría monista clásica de la primacía del Derecho constitucional frente al Derecho internacional que tiene su origen en la Constitución americana de 1787²⁷⁰. No obstante, la jurisprudencia internacional constantemente insiste en la prevalencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno, y en la proscripción de la justificación del incumplimiento del Derecho internacional por contradecir el interno. La doctrina en cambio, no es uniforme, sino diversa en cuanto al tema²⁷¹.

Cabe resaltar que en el nuevo constitucionalismo latinoamericano se vislumbra una gran apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, especialmente por el tratamiento dado a los tratados que versan sobre dicha materia²⁷². Esto se explica porque la vuelta al régimen democrático influyó para que los países ampliaran el catálogo constitucional de derechos y reconocieran la importancia de los tratados internacionales de derechos humanos. Se quería prevenir, sobre todo, las violaciones a derechos que cometieron en el pasado los gobiernos autoritarios²⁷³ y asegurar, por encima de cualquier soberanía y gobierno, el reconocimiento y protección de la dignidad humana²⁷⁴.

De modo que si en una concepción tradicional, en la relación que existe entre el Derecho internacional y el Derecho interno, el sistema internacional era visto como subsidiario del nacional, el cual se activaría solo cuando el sistema interno no da respuesta efectiva ante violaciones concretas de derechos fundamentales, actualmente,

²⁶⁹ BREWER-CARÍAS, A., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 46, 2007, pp. 234 y ss.

²⁷⁰ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 33.

²⁷¹ MONROY CABRA, M., “El Derecho internacional como fuente del Derecho constitucional”, *cit.*, p. 135.

²⁷² UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, *cit.*, p. 114.

²⁷³ GARGARELLA, R., “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 251.

²⁷⁴ BLENGIO VALDÉS, M. y ANÍBAL CAGNONI, J., *Código de derechos humanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 67.

dicha visión es superada, en vista de la imposibilidad de su aplicación a todas las materias sujetas a la relación existente entre estos sistemas. En consecuencia, la doctrina tiende más bien a propugnar por la idea del carácter complementario entre ambos²⁷⁵.

A estos efectos, Cançado Trindade afirma que, en materia de protección de derechos, el Derecho interno y el Derecho internacional conforman un conjunto armónico y crean un ordenamiento jurídico de protección. Ambos interactúan y se enriquecen mutuamente para la protección de la persona y el cumplimiento de la misión del Derecho de hacer justicia²⁷⁶.

La creciente propensión a conferirles rango constitucional o legal en el Derecho interno a las Declaraciones o tratados de derechos humanos y la consagración constitucional de criterios de interpretación acordes con las normas internacionales, ha consentido la aplicación directa de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales a la hora de decidir un caso²⁷⁷. El Derecho internacional se constituye así en fuente del Derecho constitucional, lo que se circunscribe a los conceptos de globalización e interdependencia caracterizadores del mundo actual²⁷⁸.

En Latinoamérica las visiones restrictivas que conciben la globalización como libertad de comercio y reducción de aranceles, se han ido relegando debido a la nueva corriente que defiende la internacionalización de los derechos fundamentales con base positivista, lo que le otorga carácter obligatorio y de aplicación impostergable²⁷⁹. Esta

²⁷⁵ NASH ROJAS, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Facultad de Derechos de la Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2012, pp. 13 y 14. Ver también BENVENISTI, E. y HAREL, A., “Embracing the Tension between National and International Human Rights Law: The Case for Discordant Parity”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n.º 1, 2017, pp. 39 y ss.

²⁷⁶ CANÇADO, A., “La interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos. Aplicación del DIDDHH en los Tribunales y Cortes internacionales”, en GONZÁLEZ, L. (ed.), *El Juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1993, pp. 233 y ss.; CANÇADO, A., *Tratado de Direito internacional dos direitos humanos*, vol. I, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001, p. 506.

²⁷⁷ BREWER-CARIAS, A., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *cit.*, p. 233.

²⁷⁸ MONROY CABRA, M., “El Derecho internacional como fuente del Derecho constitucional”, *cit.*, pp. 107 y 108.

²⁷⁹ CARBONELL, M., “Los derechos fundamentales en América Latina: Una perspectiva neoconstitucionalista”, *cit.*, pp. 63 y 64.

transformación en la jerarquía de las fuentes del Derecho, por la incorporación directa de los tratados de derechos humanos al orden constitucional, con un rango superior al resto del ordenamiento, se debe a los aportes de la doctrina del *bloque de constitucionalidad*²⁸⁰.

De acuerdo con Bidart Campos, el bloque de constitucionalidad es un conjunto de normas materialmente constitucionales que se encuentran fuera del texto de la Constitución escrita y cuyo fin es servir de parámetro para controlar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales²⁸¹. Con dicha doctrina, el problema de la jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico interno es superado, pues en pocas palabras por esta vía los derechos adquieren rango y valor de derechos fundamentales y el de la propia Constitución²⁸².

El concepto de *bloque de constitucionalidad* nace en Francia, a raíz de la sentencia del 16 de julio de 1971 en la cual el Consejo Constitucional francés establece que para ejercer el control de la administración pública podía recurrirse al uso de normas y principios generales del Derecho, esto en virtud de que en el preámbulo de la Constitución francesa se hacía referencia a la Constitución de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Se planteó entonces que se debían integrar todas estas normas a la Constitución, y adquirirían valor constitucional para ser utilizadas en los juicios de control de constitucionalidad de las normas jurídicas a las que se imputasen vicios de inconstitucionalidad²⁸³. En sí, esta idea de bloque de constitucionalidad surgió por la necesidad de suplir la carencia de una declaración de derechos en el texto constitucional²⁸⁴.

²⁸⁰ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 33.

²⁸¹ BIDART CAMPOS, G., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 265 y ss.

²⁸² BLENGIO VALDÉS, M. y ANÍBAL CAGNONI, J., *Código de derechos humanos*, *cit.*, p. 72.

²⁸³ MEZA HURTADO, A., “El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú?”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 8 y 9, 2012-2013, p. 145.

²⁸⁴ GÓNGORA MERA, M., “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune latinoamericano*”, en VON BOGDANDY, A., FIX-FIERRO, H y MORALES, M. (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad

La noción se atribuye a Louis Favoreu, quien en un trabajo en 1975 se dedica a explicar la decisión D-44 del 16 de julio de 1971. Ahora bien, de acuerdo con Pablo Manili, esta expresión había sido utilizada anteriormente por Claude Emeri en 1970 en una publicación que hiciera para la *Revue de Droit Public*, en la que analizaba una decisión del Consejo Constitucional de 1959, en donde se tomó en cuenta para determinar la validez constitucional del Reglamento de la Asamblea Nacional no solo la Constitución sino también la Ordenanza n.º 58-1100 de 1958, expedida por el poder ejecutivo²⁸⁵. Se trata de una adaptación del concepto de bloque de legalidad del proceso contencioso-administrativo francés, acuñado por Maurice Hauriou, por el cual el Consejo de Estado francés ejerce el control de legalidad de los actos administrativos utilizando como parámetro normas que no tienen categoría de ley²⁸⁶.

En España la figura se incorpora al ordenamiento tras el fallo STC 10/82 del Tribunal Constitucional español, que lo concibió como un conjunto de normas no incluidas en la Constitución ni delimitadoras de competencia cuya transgresión constituye la inconstitucionalidad de la ley sometida a juicio²⁸⁷. Para la doctrina española, el bloque de constitucionalidad puede definirse de diversas maneras, entre ellas: son normas que sirven de estándar para determinar la validez de otras fuentes; son normas materialmente constitucionales que no se hallan en el texto constitucional formal; son normas que sirven para regular la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y resolver los conflictos de competencias entre ambos. Por tal razón, en España son identificadas como integrantes del bloque la Constitución, los estatutos autonómicos, las leyes orgánicas que regulan la distribución de competencias entre órdenes territoriales y

Nacional Autónoma de México-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional, México, D. F., 2014, p. 306.

²⁸⁵ MANILI, P., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 284. Sobre este punto véase HUERTA LARA, M., “El bloque de constitucionalidad y el nuevo juicio de amparo”, *Letras Jurídicas*, n.º 26, 2012, p. 4.

²⁸⁶ SERNA MESA, J., “El bloque de constitucionalidad como fuente del Derecho administrativo”, *Revista Electrónica Diálogos de Derecho y Política, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 4, 2010, p. 4.

²⁸⁷ España, Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia n.º 10/1982 de 23 de marzo. Sobre este punto véase RUBIO LLORENTE, F., “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, p. 9.

el reglamento parlamentario, etc.²⁸⁸. Inmediatamente, Austria, Italia y Alemania introducen la figura en el ordenamiento jurídico, y agregan a su contenido normas nacionales y de carácter supranacional, como los tratados internacionales de derechos humanos, los tratados de límites y de integración²⁸⁹.

El primer país latinoamericano que incorpora la doctrina del bloque fue Panamá, que a través de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia dictada el 24 de julio de 1990 se inclina por la versión francesa del concepto, asimismo, la Sala Constitucional de Costa Rica, tras su sentencia del 10 de noviembre de 1993, adopta la doctrina como herramienta de armonización entre su Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos, combina la doctrina francesa y la española, como más tarde lo hace también Colombia²⁹⁰.

Entre los factores que facilitaron la propagación de la doctrina del bloque en América Latina se encuentran: el auge que tuvo en el Derecho constitucional comparado a finales de los noventa; la adopción de la figura en 1995 por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-225/95²⁹¹ que repercutió significativamente en otros países por la credibilidad de dicha Corte en la región; la lucha de las organizaciones internacionales de derechos humanos, círculos de juristas, activistas y Defensorías del Pueblo, entre otras, que presionó a las Cortes a sentar posición respecto al tema, y la influencia que ejerció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho constitucional de países como Brasil, Chile y México²⁹².

El bloque puede ser muy diverso, en Colombia, por ejemplo, se distingue el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* que se conforma por las normas de jerarquía

²⁸⁸ MEZA HURTADO, A., “El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú?”, *cit.*, pp. 151 y ss.

²⁸⁹ CAICEDO TAPIA, D., “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución”, *cit.*, p. 8.

²⁹⁰ GÓNGORA MERA, M., “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, *cit.*, pp. 307 y 308.

²⁹¹ HUERTA LARA, M., “El bloque de constitucionalidad y el nuevo juicio de amparo”, *cit.*, p. 5.

²⁹² GÓNGORA MERA, M., “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, *cit.*, pp. 313 y ss.

constitucional referidas al texto de la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos, del bloque de constitucionalidad *lato sensu*, que alude a normas que sin tener rango constitucional sirven como parámetro de interpretación para efectuar el control de constitucionalidad²⁹³.

En definitiva, el contenido del bloque de constitucionalidad se ha venido extendiendo. Además de los derechos consagrados en los tratados internacionales, también lo componen la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal y como lo ha estipulado la Corte Constitucional de Colombia, la Sala Constitucional de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Suprema de Argentina, o la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana²⁹⁴.

De modo que esta figura puede comprender: el preámbulo de la Constitución, la Constitución, los derechos implícitos, jurisprudencia de órganos o tribunales internacionales, jurisprudencia nacional en materia constitucional, la costumbre constitucional²⁹⁵, tratados de Derecho internacional humanitario, tratados de derechos humanos ratificados por el Estado²⁹⁶, los principios de *ius cogens*, tratados limítrofes de Derecho internacional ratificados, leyes orgánicas, leyes estatutarias²⁹⁷, normas del Derecho comunitario, etc.

El bloque se instauró esencialmente para: a) Resolver la cuestión de jerarquía interna de los tratados de derechos humanos, por medio de un mecanismo que facilitara la armonía entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos, sin que uno anule al otro; y b) fortalecer el papel del poder judicial frente al

²⁹³ MORALES MORALES, A. y ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, J., "La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México", *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, n.º 27, 2011, p. 138.

²⁹⁴ FERRER MAC-GREGOR, E., "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano", en CARBONELL, M., y SALAZAR, P., (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2011, pp. 356 y 357.

²⁹⁵ CAICEDO TAPIA, D., "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución", *cit.*, p. 8.

²⁹⁶ MEZA HURTADO, A., "El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú?", *cit.*, p. 149.

²⁹⁷ MORALES MORALES, A. y ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, J., "La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México", *cit.*, pp. 138 y 139.

ejecutivo y el legislativo, consintiendo la aplicación directa del Derecho internacional como refuerzo de los compromisos del Estado en derechos fundamentales y como límite de lo innegociable en el debate político²⁹⁸. Adicionalmente, ha servido para completar la carta de derechos y para ampliar la interpretación y comprensión de los derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución²⁹⁹.

Actualmente, la Constitución no se agota en lo comprendido en sus artículos, sino que forma un bloque con otras normas, valores, principios e ideologías que le permiten adaptarse a las nuevas realidades sociales y políticas³⁰⁰ y, en esa medida, mantiene el dinamismo de los textos constitucionales que se convierten entonces en *documentos vivientes*. Todo ello resulta trascendental tanto para el juez constitucional, que acude constantemente a dicho instrumento para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, como para el abogado que litiga y el ciudadano en general, que pueden invocar las normas que integran el bloque de constitucionalidad a la hora de exigir el reconocimiento de nuevos derechos³⁰¹. Se trata de un paso fundamental para avanzar del Estado constitucional hacia el Estado internacional de Derecho, lo cual según Ferrajoli resulta vital para la paz y para la propia seguridad de nuestras democracias³⁰².

Otra institución que viene a complementar la figura del bloque de constitucionalidad y a fortalecer la recepción y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno, al facilitarle a este último la oportunidad de

²⁹⁸ GÓNGORA MERA, M., “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune latinoamericano*”, *cit.*, p. 308.

²⁹⁹ NASH ROJAS, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, *cit.*, p. 45.

³⁰⁰ MEZA HURTADO, A., “El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú?”, *cit.*, p. 155.

³⁰¹ UPRIMNY, R., “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, p. 4. [Consulta: 13 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>.

³⁰² FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, *cit.*, p. 29.

expandirse con base en estándares fijados en la jurisdicción internacional³⁰³, es el control de convencionalidad, figura que se desarrolla en el próximo apartado.

3. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

No puede concebirse la idea de que la Constitución es la norma suprema cuando no se cuenta con las garantías de protección frente a los actos del Estado que la contradicen, tanto en su parte orgánica que incluye los aspectos procesales o de procedimientos, como en la dogmática, que consagra los derechos fundamentales³⁰⁴. La defensa de la Constitución viabiliza que la Constitución formal se convierta en verdadera Constitución material y que el Estado legal de Derecho se transforme en Estado constitucional de Derecho³⁰⁵.

En 1931 el jurista alemán Carl Schmitt origina una importante polémica con Hans Kelsen respecto a la institución que debía ser la defensora de la Constitución. Para Schmitt, siguiendo la tesis que en su momento esbozó Benjamín Constant, la justicia no podía ser la defensora de la Constitución, pues ello conllevaría la judicialización de la política y también la politización de la justicia. Tampoco podía serlo el Parlamento, que es la manifestación de la voluntad dividida por los intereses que representan los partidos políticos³⁰⁶, sino el otro representante popular, el Presidente del Reich, por tratarse del hombre de confianza de todo el pueblo alemán, el poder neutral, regulador, tutelar y mediador que constituye un punto de equilibrio entre el legislativo y el ejecutivo y que se

³⁰³ BECERRA RAMÍREZ, M., *La recepción del Derecho internacional en el Derecho interno*, cit., p. 199.

³⁰⁴ BREWER-CARÍAS, A., “La justicia constitucional como garantía de la Constitución”, cit., p. 31.

³⁰⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y Tribunales Constitucionales”, *Revista de Derecho*, vol. XIV, 2003, p. 45.

³⁰⁶ SCHMITT, C., “Ética de Estado y Estado Pluralista”, trad. de C. Ramas San Miguel, *Logos: Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 44, 2011, pp. 28 y ss. Sobre este punto véase HERRERA, C., “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 86, 1994, pp. 211 y 213.

encuentra legitimado plebiscitariamente³⁰⁷. De acuerdo con el referido autor los tribunales no pueden ser considerados neutrales ni independientes, toda vez que se encuentran integrados por elementos políticos³⁰⁸ y en todo caso, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley no es una función jurisdiccional ni de los tribunales porque se trata de una función política.

Kelsen en cambio, al expresar que la democracia sin control no podía perdurar, planteó que el futuro de la democracia moderna dependía de la organización de las instituciones de control y que los Tribunales Constitucionales constituían el medio idóneo para hacerla efectiva, al ofrecer la posibilidad de protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría³⁰⁹. El jurista vienés refutó a Schmitt y abogó a favor de la creación de un Tribunal Constitucional, partiendo de que si debía ser creado un instituto para el control de la constitucionalidad de ciertos actos del Estado, subordinado inmediatamente a la Constitución, dicho control no podía ser transferido al órgano cuyos actos habrían de ser controlados³¹⁰. Y es que, si nadie puede ser juez de su propia causa, lo esencial del control constitucional es que sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo del gobierno y del Parlamento³¹¹.

Kelsen advirtió que la teoría schmittiana se funda en el error de pretender que solo el Parlamento puede violar la Constitución y que el Presidente del Reich representa un poder neutral, independiente de los partidos políticos y de los intereses de clase. La elección democrática del presidente se da también bajo presión de los partidos, por lo que

³⁰⁷ SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 242 y ss.; SCHMITT, C., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 101 y ss. Sobre este punto véase GASÍÓ, G., “Estudio preliminar”, en KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R. Brie, Tecnos, Madrid, 1999, pp. XXVII, XXIX y XXXIV.

³⁰⁸ SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, *ibid.*

³⁰⁹ KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de R. Tamayo Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2016, p. 99.

³¹⁰ KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *cit.*, p. 5.

³¹¹ GASÍÓ, G., “Estudio preliminar”, *cit.*, pp. XXII y XXIII.

esto no garantiza la pretendida independencia³¹². Además, aclaró a Schmitt, que nada impide que el Tribunal Constitucional sea elegido por el pueblo directamente y que aun cuando todo conflicto jurídico es de intereses o de poder, no existe naturaleza política opuesta o incompatible con lo judicial³¹³.

Evidentemente, las decisiones judiciales tomadas por Tribunales Constitucionales tienen no solo un carácter jurídico inherente, sino que también invisten cierto contenido político inevitable. Ahora bien, el carácter político del Tribunal Constitucional será más fuerte de acuerdo con la facultad discrecional que las leyes le otorguen, por ello Hans Kelsen sugirió para su prevención, eliminar las cláusulas genéricas y ambiguas de los textos constitucionales y de las leyes que determinan su competencia, que deberán formularse de la manera más precisa posible³¹⁴. Igualmente, recomendó que el número de integrantes del Tribunal no fuera elevado, que fueran elegidos por el Parlamento y propuestos por el poder ejecutivo, que entre los jueces elegidos se encuentren notables juristas de carrera, se excluya a miembros que pertenezcan al Estado y se aparte el influjo político³¹⁵.

Como ha de notarse, tradicionalmente se distinguieron dos tipos de garantías de supremacía de la Constitución: las políticas y las jurisdiccionales. En las primeras, corresponde a los más altos órganos políticos del Estado de carácter representativo. Un ejemplo fue Inglaterra y también Francia, donde la Asamblea Nacional se encargaba de velar por la constitucionalidad de las leyes, hasta que se crea luego en Francia el Consejo Constitucional (al parecer se retomó la teoría de Sieyès, quien partía de la idea del veto por parte de una especie de jurado constitucional como pieza principal de la justicia constitucional, a modo de un *legislador negativo*³¹⁶). Otros países como Cuba³¹⁷, Brasil (Imperio) y algunos antiguos Estados socialistas, acogieron la doctrina de Constant sobre

³¹² KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., pp. 5 y ss.

³¹³ *Ibidem*, pp. 18 y ss.

³¹⁴ KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, cit., pp. 56 y ss.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 57.

³¹⁶ DALLA VÍA, A., “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, en BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, cit., p. 447.

³¹⁷ BREWER-CARÍAS, A., “La justicia constitucional como garantía de la Constitución”, cit., p. 31.

el poder neutro y facultaron al ejecutivo para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes³¹⁸.

Actualmente, la defensa de la Carta Magna queda a cargo de la justicia o jurisdicción constitucional, la cual recurre a métodos destinados a preservar preventivamente sus normas fundamentales y mantener su vigencia, así como a garantías o remedios jurídicos de índole procesal, cuyo fin es reintegrar los preceptos constitucionales vulnerados o inciertos, a través de la restitución o reparación³¹⁹.

A este punto se llegó gracias a varias etapas evolutivas en el establecimiento de los Tribunales Constitucionales³²⁰. Así, en un primer período, los únicos países que en sus Constituciones asumieron los planteamientos de Kelsen sobre la creación de una *Alta Corte Constitucional* que legislara negativamente fueron Checoslovaquia en su Constitución de 1919, Austria (1920) y España (1931) en la Segunda República³²¹. Este tribunal español conocía de la inconstitucionalidad de las leyes, del recurso de amparo, de los conflictos de competencia entre el Estado y regiones autónomas, así como de la responsabilidad penal de altos funcionarios³²². Puede mencionarse también en la primera ola a Cuba (1940) por su Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales³²³.

La segunda etapa evolutiva se origina tras la Segunda Guerra Mundial por el rechazo a los Estados totalitarios de Europa, y la reconstrucción de Estados constitucionales democráticos que acrecentaron el interés por el desarrollo de la jurisdicción constitucional independiente. Recuérdese que el anterior defensor de la Constitución destruyó el Parlamento, los partidos políticos que encarnaban el pluralismo

³¹⁸ ZÚÑIGA URBINA, F., “Jurisdicción constitucional en la perspectiva actual: Notas para una comparación en América Latina”, *Ius et Praxis*, n.º 2, 1998, p. 273.

³¹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y Tribunales Constitucionales”, *cit.*, p. 45.

³²⁰ FAVOREAU, L., “Informe general introductorio”, trad. de L. Aguiar de Luque y M. Gracia Rubio de Casas, en AA. VV., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 15 y ss.

³²¹ ETO CRUZ, G., *Constitución y procesos constitucionales*, t. I, ADRUS D&L, Lima, 2013, p. 183.

³²² ÁLVAREZ VÉLEZ, M., ALCÓN YUSTAS, M., *et. al.*, *Lecciones de Derecho constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 490 y ss.

³²³ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y Tribunales Constitucionales”, *cit.*, p. 61.

y con ello, la Constitución misma³²⁴. Dichas atrocidades cometidas por los regímenes nazi y fascista en Europa, pusieron además en duda la suma de que *el legislador no puede actuar mal*. A partir de ello, se introducen en las Constituciones valores y derechos fundamentales fuera del alcance del Parlamento y se crean Cortes y Tribunales Constitucionales, como lo había hecho Austria en los años 20³²⁵. Por eso fueron entonces los Tribunales Constitucionales de Italia (1948) y Alemania (1949) los pioneros durante este período, les sigue Francia con su Consejo Constitucional de 1958³²⁶, el Tribunal Constitucional turco (1961, 1982) y el Tribunal Constitucional yugoslavo (1963-1974). En Latinoamérica cabe mencionar el Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador de 1945.

La tercera ola se produce entre los años setenta y ochenta del siglo XX con la aparición, principalmente, de los Tribunales Constitucionales de Portugal (1976, 1982) y España (1978), estos dos con amplias competencias, continúan el de Bélgica (1983)³²⁷ y Polonia (1985). Con respecto a América Latina, Nogueira Alcalá sitúa en este espacio a los tribunales de Guatemala (1965-1985); Chile (1970), restablecido en 1981; Perú (1979-1993)³²⁸; El Salvador (1982); y Guatemala (1985)³²⁹. Cabe mencionar también a los Altos Tribunales en Madagascar (1975) y en Egipto (1979) y los Tribunales Constitucionales en Corea del Sur y Tailandia (1987).

Finalmente, la cuarta etapa surge a partir de la caída del muro de Berlín en 1989, tendiente a la monopolización de la jurisdicción constitucional en un solo órgano de justicia. Se establecen los tribunales de Hungría en 1989, una Sala Constitucional en Costa Rica en 1989, Croacia en 1990, Colombia, Checoslovaquia, Rumanía, Bulgaria y

³²⁴ TAJADURA TEJADA, J., “Teorías y fundamentos en torno a la defensa de la Constitución”, en ETO CRUZ, G., *Syllabus de Derecho procesal constitucional*, ADRUS D&L, Lima, 2013, p. 58.

³²⁵ BREWER-CARÍAS, A., “La justicia constitucional como garantía de la Constitución”, *cit.*, p. 37.

³²⁶ HÄBERLE, P., “La jurisdicción constitucional en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional”, trad. de M. Pérez, *Pensamiento Constitucional*, n.º 10, 2004, p. 23.

³²⁷ ETO CRUZ, G., *Constitución y procesos constitucionales*, *cit.*, pp. 183 y ss. Ver también HILBINK, L., “Beyond Manicheanism: Assessing the New Constitutionalism”, *Maryland Law Review*, vol. 65, n.º 1, 2006, p. 17.

³²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y Tribunales Constitucionales”, *cit.*, p. 61.

³²⁹ MONROY CABRA, M., “Necesidad e importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado social de Derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, p. 17.

Eslovenia en 1991, Albania, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia, República Checa y Serbia y Montenegro en 1992, Paraguay con su Sala Constitucional en 1992, República Federativa Rusa en 1993, Moldavia en 1994, Sudáfrica y Bolivia en 1994, Bosnia-Herzegovina en 1995, Nicaragua en 1995, Letonia en 1996 y la República de Ucrania en 1996, además se crea el Consejo Constitucional en Argelia, Marruecos, Mauritania y Túnez³³⁰. Ecuador reinstaló el Tribunal en 1998, México mediante las reformas de 1994, 1996 y 1999 dispuso a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional, Honduras lo creó en 2001³³¹ y en República Dominicana se crea en 2010.

La tendencia hacia la creación de los Tribunales Constitucionales y no hacia su supresión se debe al consenso de los países sobre la necesidad de adoptar fórmulas jurídicas para garantizar que los principios y mandatos de la Constitución sean respetados por todos y todas, puesto que allí donde no se respete la Carta Magna no se puede hablar de democracia material³³². Puede afirmarse que fueron los contextos históricos los que propiciaron el establecimiento de los Tribunales Constitucionales. En el caso de Alemania, se creó un Tribunal Constitucional federal, de modo que la garantía de la Constitución no quedara a cargo de los jueces ordinarios que durante el nazismo aplicaron el Derecho positivo vigente. Asimismo, en España se instauró el Tribunal Constitucional, puesto que en el poder judicial se encontraban los mismos jueces que administraron justicia durante el franquismo³³³. Y es que este órgano solo actúa mediante la palabra, no ha costado la sangre de los ciudadanos, pero sí ha protegido la de cientos, frente a serias violaciones de sus derechos fundamentales³³⁴.

Los Estados intuyeron que no bastaba con proclamar la supremacía de la Constitución para que sus normas fuesen cumplidas. Siempre queda la posibilidad de que los poderes públicos se extralimiten en sus funciones y se apliquen leyes

³³⁰ ETO CRUZ, G., *Constitución y procesos constitucionales*, cit., pp. 186.

³³¹ MONROY CABRA, M., “Necesidad e importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado social de Derecho”, cit., p. 17.

³³² BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional”, *Revista do Direito Universidade de Santa Cruz do Sul*, n.º 34, 2010, p. 139.

³³³ DALLA VÍA, A., “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, cit., p. 450.

³³⁴ MONROY CABRA, M., “Necesidad e importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado social de Derecho”, cit., pp. 35 y 36.

inconstitucionales que vulneren derechos fundamentales³³⁵. De igual forma, no es suficiente el mero reconocimiento constitucional de amplios catálogos de derechos de las personas para que sean respetados, es necesario el acompañamiento de las garantías que aseguren su eficacia real.

Las garantías pueden ser genéricas, cuando procuran prevenir actuaciones de los poderes públicos y conculcaciones de derechos fundamentales, como por ejemplo, la naturaleza jurídica dada, el principio de aplicación directa, del contenido esencial, la reserva de ley, etc., y jurisdiccionales cuando brindan a las personas la posibilidad de reaccionar frente a vulneraciones u obtener protección o reparación de sus derechos violados³³⁶.

Si bien en sus inicios los Tribunales Constitucionales se limitaron al control de constitucionalidad de las normas, actualmente dicho objeto ha sido extendido a la resolución de los conflictos de competencia entre los órganos del Estado, enjuiciamiento de los delitos políticos, resolución de problemas constitucionales de tratados internacionales, sanción de actos o conductas de los partidos políticos, resolución de los problemas contenciosos electorales³³⁷ y muy especialmente a la protección de los derechos fundamentales, para lo cual se crearon las figuras específicas del mandato de seguridad, amparo o tutela, el habeas corpus, el habeas data, la acción popular, entre otras³³⁸. La vía o mecanismo jurisdiccional por utilizar depende de la materia de que se trate, de la naturaleza del acto impugnado, etc. Lo esencial es que, gracias a estas, los derechos fundamentales se tornan en reales derechos subjetivos, toda vez que su protección o reparación es exigible en justicia³³⁹, y que la Constitución, en hechos y Derecho, no solo aparente serlo sino se convierta en la norma suprema³⁴⁰.

³³⁵ COLOMBO CAMPBELL, J., “La justicia constitucional”, *Revista de Derecho*, vol. XIV, 2003, pp. 262 y 263.

³³⁶ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. al.*, *Derecho constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 414 y ss.

³³⁷ ETO CRUZ, G., *Constitución y procesos constitucionales*, *cit.*, pp. 624 y ss.

³³⁸ BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional”, *cit.*, p. 136.

³³⁹ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. al.*, *Derecho constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, *cit.*, pp. 434 y 435.

³⁴⁰ GARCÍA GARCÍA, J., “Tres aportes fundamentales de El federalista a la teoría constitucional moderna”, *Revista de Derecho*, n.º 1, 2007, p. 40.

A continuación, se describen las principales garantías que ante los Tribunales Constitucionales latinoamericanos pueden invocarse para la protección de los derechos fundamentales.

3.1. La acción de control de constitucionalidad

El control constitucional de las normas significa la competencia que posee un órgano político o jurisdiccional de un Estado para hacer preservar la supremacía e integridad del texto constitucional de dicho país³⁴¹. El objeto del control de constitucionalidad es preservar la coherencia del sistema jurídico, opera como un sistema de vigilancia que contribuye a su eficacia e impide el ejercicio abusivo o no conforme a Derecho del poder. Para ello se realizan actividades relacionadas con la revisión y comprobación de varios tipos de objetos, como las normas, incluidos los actos de su creación, los de su aplicación y las acciones u omisiones³⁴². Es decir que el control de constitucionalidad constituye una garantía de la supremacía constitucional y del control del poder estatal, que permite el equilibrio de poderes³⁴³. La necesidad del mecanismo de control de la constitucionalidad deriva de la asimilación de la Constitución como norma jurídica que origina efectos jurídicos de manera autónoma y directa. Al ser el cumplimiento de las normas constitucionales obligatorio, su violación debe ser consecuentemente sancionada, por tratarse de una conducta antijurídica³⁴⁴.

Tras la Revolución Gloriosa de finales del siglo XVII (1688) y la obra de John Locke, se inicia el liberalismo político y nace el Estado sometido al control legislativo y

³⁴¹ CERRA NOLASCO, E., “El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional”, *Revista de Derecho*, n.º 16, 2001, p. 167.

³⁴² HUERTA OCHOA, C., “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie*, n.º 108, 2003, pp. 929 y 930.

³⁴³ HIGHTON, E., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, *cit.*, p. 107. Ver también LUSTIG, D. y WEILER, J., “Judicial Review in the Contemporary World—Retrospective and Prospective”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, n.º 2, 2018, pp. 316 y ss.

³⁴⁴ HUERTA OCHOA, C., “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *cit.*, pp. 929 y ss.

comprometido con el respeto de los derechos individuales. De estas concepciones surgen tres grandes sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas: el sistema americano (o difuso), el sistema europeo (o concentrado) y el sistema mixto³⁴⁵.

Antecedentes importantes del modelo difuso se atribuyen a la doctrina. Según Aristóteles las leyes estaban por encima de las pasiones humanas, de ahí que planteó la doctrina de la injuridicidad de las leyes injustas. Y es que el pueblo reunido en Asamblea podía emitir los *pséphisma* o decretos, sin embargo, estos no podían contradecir las *nomoi* (leyes). Para los jueces, los decretos resultaban obligatorios si no contravinieran las leyes³⁴⁶. Por su parte, Santo Tomás de Aquino en su obra *Suma de Teología* también expresó que las leyes que violen el Derecho natural no tienen efecto vinculante³⁴⁷.

Alexander Hamilton ya en su obra *El federalista* (1788) advertía que ninguna ley que contradiga la Constitución podría ser válida, pues ello equivaldría suponer que el mandatario sea superior al mandante y que este último (el legislador) sea ilimitable. Para el referido autor, los tribunales deben preferir la Constitución a las leyes, puesto que en ella se refleja la voluntad del pueblo. Es en la carta n.º 78 donde Hamilton afirma de manera expresa que los tribunales de justicia tienen el deber “de declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución”³⁴⁸.

Recuérdese que para los fundadores de Norteamérica, la Constitución se proponía la neutralización de la acción de las facciones, de ahí la importancia de que en el diseño institucional de su sistema de frenos y contrapesos se controlase eficazmente al poder legislativo y se pudiese evitar cualquier exceso de estas mayorías sobre las minorías³⁴⁹. Y es que en los Estados Unidos se desconfiaba, principalmente, del Parlamento, el cual

³⁴⁵ BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional”, *cit.*, p. 137.

³⁴⁶ ARISTÓTELES, *Política*, trad. de J. Meabe y S. Rus Rufino, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 130 y ss.

³⁴⁷ DE AQUINO, T., *Suma de Teología*, trad. de J. Martorell Capó, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001, pp. 900 y ss. Sobre este punto véase LÖSING, N., *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, trad. de M. Anzola Gil, Konrad Adenauer Stiftung-Dykinson, Madrid, 2002, p. 31.

³⁴⁸ HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, trad. de D. Blanch y R. Máiz Suárez, Akal, Madrid, 2015, pp. 294 y ss.

³⁴⁹ AMAYA, J., “Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre democracia y Constitución”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 10, 2010, p. 8.

resultó ser el opresor tras el dictado de las leyes con que fueron juzgados, anterior a la independencia. La confianza de la colonia, al contrario, se depositó en el poder judicial³⁵⁰, al cual consideraba Hamilton el menos peligroso, puesto que no influye ni sobre armas o fuerza ni sobre el tesoro. Para él es el cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, capaz de mantener a las autoridades dentro de sus límites asignados, de ahí que los federalistas concibieran a los jueces como los defensores de la Constitución y verdaderos guardianes de los derechos³⁵¹. Ahora bien, a pesar del debate y de las iniciativas para la introducción de algún mecanismo de control de constitucionalidad, generado en el seno de la Convención Constituyente de Filadelfia, la Constitución Federal de 1787 no se refirió al órgano llamado a garantizar el principio de supremacía constitucional³⁵².

La doctrina se materializa en el precedente *Marbury contra Madison* de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1803, mediante el cual, gracias al ingenio del juez John Marshall, se crea la figura del *judicial review* o control judicial de constitucionalidad³⁵³. La acción fue interpuesta por Marbury quien exigía del Tribunal un *mandamus* que obligara al Secretario de Justicia, Madison, a concretar su nombramiento como juez de paz, de conformidad con el artículo 13 de la ley que organizaba el poder judicial. A pesar de que la Corte Suprema reconoció el derecho de Marbury a ser juez desde su nombramiento y señaló que era obligación de Madison proceder a su juramentación, se abstuvo de emitir el *mandamus* requerido, en vista de que la ley federal que fundamentaba la orden era inconstitucional. De acuerdo con el precedente, las actuaciones de los legisladores y del ejecutivo se encuentran sujetas al examen judicial y los jueces competentes pueden invalidar aquellos actos del Estado que sean contrarios a los principios y normas de la Constitución³⁵⁴.

³⁵⁰ HIGHTON, E., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, *cit.*, pp. 111 y 112.

³⁵¹ HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, *cit.*, p. 294 y ss.

³⁵² DURÁN RIBERA, W., “El recurso incidental de inconstitucionalidad”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2005, p. 204.

³⁵³ MONROY CABRA, M., “Necesidad e importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado social de Derecho”, *cit.*, p. 15.

³⁵⁴ Estados Unidos de Norteamérica, Corte Suprema de Justicia, *Caso Marbury contra Madison*, 1 de febrero de 1803. Sobre este punto véase ACOSTA DE LOS SANTOS, H., *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, Universidad Acción Pro Educación y Cultura (UNAPEC), Santo Domingo, 2010, p. 46.

Cabe resaltar que entre la Revolución y el *Caso Marbury contra Madison* se estima que ya habían sido declaradas contrarias a la Constitución unas veinte leyes estatales, sin embargo, es en este precedente en que por primera vez se declaraba inconstitucional una ley federal y se brindaba mayores fundamentos sobre el principio de supremacía constitucional y el deber del poder judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes³⁵⁵.

La importancia de la decisión no está en la parte resolutive, sino en la *ratio decidendi*, pues en ella se expresa: “O la Constitución es la Ley Suprema, inalterada por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, de tal modo, cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca (...) la teoría de cualquier gobierno de este tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula (...)”³⁵⁶. En sí, se trata de una reproducción de una buena parte de los planteamientos razonados por Hamilton y la obra *El Federalista*³⁵⁷. La decisión fue compleja, porque el Presidente Jefferson del Partido Republicano había amenazado incluso con desconocer la decisión si esta le era contraria a sus intereses y promover juicio político a los integrantes de la Corte Suprema³⁵⁸. En el *Caso Dred Scott contra Sandford* de 1857, nuevamente la Corte Suprema con el entonces Presidente, el Juez Taney, utiliza el control judicial, sin embargo, no es sino hasta el siglo XX durante la llamada revolución constitucional en la época de Roosevelt, cuando dicho principio toma auge³⁵⁹.

Otros autores señalan que la figura se le debe al célebre juez Edward Coke, quien en el *Caso del Dr. Thomas Bonham* (1610) afirmó que el Derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del rey y del Parlamento. El doctor Bonham, graduado de la Universidad de Cambridge, en 1601 había ejercido sin la autorización del Real Colegio de

³⁵⁵ ACOSTA DE LOS SANTOS, H., *ibidem*, p. 45.

³⁵⁶ Estados Unidos de Norteamérica, Corte Suprema de Justicia, *Caso Marbury contra Madison*, *cit.*

³⁵⁷ GARCÍA GARCÍA, J., “Tres aportes fundamentales de El federalista a la teoría constitucional moderna”, *cit.*, p. 57.

³⁵⁸ AMAYA, J., “Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre democracia y Constitución”, *cit.*, p. 10.

³⁵⁹ GARCÍA BELAUNDE, D., *De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2003, p. 29.

Médicos³⁶⁰, a pesar de que una ley del Parlamento facultaba a dicha institución a juzgar a todos los que practicasen medicina en Londres, y podían sancionar y hasta encarcelar a aquellos doctores que cometieran malas prácticas o ejercieran la medicina sin licencia del colegio³⁶¹. Al no cumplir Bonham con las multas impuestas y continuar ejerciendo, la entidad ordenó su detención. Apoderado del caso a través de una acción *for false imprisonment*, el juez Coke quien presidía el tribunal, planteó la tesis de que el cobro de impuesto por el Colegio convertía a este en juez y parte del conflicto, lo que contradice el principio del *common law* que establece que nadie puede ser juez de su propia causa; por consiguiente, en ciertos casos, corresponde al *common law* controlar las leyes del Parlamento y, cuando sean contrarias a la razón, al Derecho común o de imposible cumplimiento, debe declarar su nulidad³⁶².

Dicha decisión conocida por los abogados de las colonias inglesas, se convirtió en el fundamento jurídico para el posterior desarrollo del *judicial review* o control judicial de constitucionalidad que adoptaron los tribunales norteamericanos, además de propiciar las bases del test de razonabilidad³⁶³. Como bien es sabido, John Locke defendía que en caso de opresión o de abuso de los derechos, la resistencia o revolución constituía un mecanismo de solución al que podía recurrir el pueblo³⁶⁴. Para evitar esto, se faculta a los jueces la competencia de dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre estos y el pueblo³⁶⁵.

Esta figura del *judicial review* o revisión judicial, instaurada oficialmente por los norteamericanos, se caracteriza por ser incidental, especial, de eficacia declarativa, de efectos temporales *ex tunc* (retroactiva) y personales *inter partes*, por lo cual no se aplica, solo en el caso concreto que se conoce, determinada norma inconstitucional provocadora

³⁶⁰ HELMHOLZ, R., “Judicial Review and the Law of Nature”, *Ohio Northern University Law Review*, vol. 39, 2013, p. 421.

³⁶¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Sir Edward Coke, El Bonham’s Case y la judicial review”, *Observatório da Jurisdição Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público*, n. ° 2, 2013, p. 191.

³⁶² Inglaterra, Tribunal de Causas Comunes, *Caso El Colegio de Médicos contra Bonham*, 1610. Sobre este punto véase DURÁN RIBERA, W., “El recurso incidental de inconstitucionalidad”, *cit.*, p. 203.

³⁶³ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Sir Edward Coke, El Bonham’s Case y la judicial review”, *cit.*, p. 169.

³⁶⁴ LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2014, párrs. 200 y ss.

³⁶⁵ COLOMBO CAMPBELL, J., “La justicia constitucional”, *cit.*, p. 260.

de daño o agravio directo y actual en quien la impugna³⁶⁶. Se llama también difuso, porque es practicado por todos los jueces y Cortes que integran el poder judicial, y estos últimos no solo son jueces de legalidad, sino también de la constitucionalidad³⁶⁷.

El valor de la institución reside en que consagra un mecanismo eficiente de defensa de la Constitución frente a los abusos de los poderes públicos y, especialmente, del legislativo, porque faculta a cualquier juez la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las normas aplicables a un caso específico, aumentando así los defensores de la supremacía y permitiendo no aplicar leyes inconstitucionales³⁶⁸.

Cabe resaltar que en el modelo norteamericano existe una limitación al control difuso absoluto que pudieran ejercer los jueces, se trata de la regla del *stare decisis*, la que sujeta a todos los tribunales a seguir la jurisprudencia establecida en los propios precedentes y, especialmente, las decisiones que adoptan los tribunales jerárquicamente superiores en casos similares³⁶⁹, lo que contribuye en cierta medida a mantener la seguridad jurídica.

A partir de la creación del Tribunal Constitucional austríaco en 1920, se introduce el control concentrado de constitucionalidad de las leyes. En dicho período, la República de Weimar también incorpora esta figura. Para Hans Kelsen, el control de la constitucionalidad de las normas y la consecuente anulación de las normas inconstitucionales “representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución”, puesto que “una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos (...) equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”³⁷⁰.

Para Kelsen, la anulación de las normas limitada al caso concreto trae inseguridad jurídica, pues mientras un tribunal se abstiene de aplicar dicha norma por irregular, otro

³⁶⁶ CÁCERES ARCE, J., “El Tribunal Constitucional y su desarrollo constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 19, 2014, pp. 240 y ss.

³⁶⁷ HIGHTON, E., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, *cit.*, p. 108.

³⁶⁸ ACOSTA DE LOS SANTOS, H., *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, *cit.*, pp. 48, 208 y 209.

³⁶⁹ DALLA VÍA, A., “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, *cit.*, p. 446.

³⁷⁰ KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, *cit.*, p. 95.

no lo hace. Por ello se inclinó por un sistema de anulación total. Además planteó que dicha facultad debía ser competencia de un órgano *ad hoc*, diseñado por la propia Constitución³⁷¹. Gracias a los aportes de Hans Kelsen en la Constitución de Austria de 1920 se organizó este sistema concentrado con competencia directa y exclusiva del Tribunal Constitucional, la cual se activaba de oficio o a requerimiento del gobierno, sobre las leyes y decretos del gobierno de un territorio o federal. La acción se ejercía por la vía principal, de manera autónoma y prescindiendo de un caso concreto³⁷². Por ser el precursor de la institución, el autor vienés fue magistrado de dicho Tribunal Constitucional austríaco hasta 1930.

Toda sentencia del Tribunal Constitucional tenía la fuerza de una ley posterior y anulaba con efecto de cosa juzgada y general o *erga omnes* el acto inconstitucional, y excedía por tanto, de la función estrictamente jurisdiccional, de ahí que le llamara el jurista vienés un *legislador negativo*³⁷³, porque este aunque no podía crear leyes, cuando entendiese que una ley vigente violara lo establecido en la Constitución podía expulsarla del ordenamiento jurídico, y derogarla ya sea total o parcialmente mediante una sentencia constitutiva³⁷⁴.

El control concentrado de constitucionalidad tiene dos importantes antecedentes históricos provenientes de América Latina, uno que nace de la Constitución venezolana de 1858, la cual encargaba a una sola dependencia de una acción popular para examinar, con carácter *erga omnes* y en el marco de un proceso principal la constitucionalidad de leyes provinciales respecto de la Constitución. Dicho control en 1893 se extiende a leyes nacionales y actos de ejecución³⁷⁵. El otro precedente se encuentra en Colombia en 1910, al incorporar parcialmente la referida acción venezolana.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 486 y ss.

³⁷² GASÍO, G., "Estudio preliminar", *cit.*, p. XIX.

³⁷³ HERRERA, C., "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *cit.*, pp. 205 y 206.

³⁷⁴ HIGHTON, E., "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", *cit.*, pp. 109 y 110.

³⁷⁵ GARCÍA BELAUNDE, D., *De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional*, *cit.*, p. 37.

Por otra parte, Chile en su Constitución de 1925 atribuyó el conocimiento del control de constitucionalidad a la Corte Suprema, vía recurso de inaplicabilidad e incidental, al igual que otros países del área³⁷⁶. También con el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales previsto en la Carta Magna cubana de 1940, se conocían *habeas corpus* y el recurso de inconstitucionalidad, por el cual el Tribunal podía con carácter *erga omnes* (general) anular normas³⁷⁷.

En el actual sistema o modelo concentrado, la magistratura ordinaria está impedida de conocer asuntos de constitucionalidad de las normas, solo existe un órgano especializado que ejerce la jurisdicción constitucional llamado Corte o Tribunal Constitucional, su competencia es de carácter principal, porque debe ser planteada a través de un juicio especial que es la acción de inconstitucionalidad, donde se cuestiona directamente la constitucionalidad de la norma; los y las accionantes han de ser personas legitimadas procesalmente para tal efecto, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad operan para todos los habitantes del territorio del Estado³⁷⁸, lo controlado ha de ser siempre respecto de la Constitución o bloque de constitucionalidad, el resultado es una sentencia de tipo constitutivo, de efectos temporales *ex nunc* o pro futuro, por la cual se anula la norma impugnada independientemente del caso concreto³⁷⁹, esto puesto que el conflicto es abstracto (norma *versus* la Constitución), y en este no se persigue la solución de los problemas de intereses particulares, sino públicos y difusos³⁸⁰.

Cabe destacar que algunos autores reconocen también la existencia del modelo mixto o integral de jurisdicción constitucional, el cual combina tanto el control norteamericano como el kelseniano. Se le llama sistema dual o mixto, por ende, a aquel que combina elementos de los dos modelos clásicos para formar un tercero que, aunque no corresponde cabalmente con los dos anteriores, tampoco puede decirse que sea autóctono u original. Algunos autores señalan que hoy más bien todos los sistemas son

³⁷⁶ ZÚÑIGA URBINA, F., "Jurisdicción constitucional en la perspectiva actual: Notas para una comparación en América Latina", *cit.*, p. 274.

³⁷⁷ GARCÍA BELAUNDE, D., *De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional*, *cit.*, p. 50.

³⁷⁸ ETO CRUZ, G., *Constitución y procesos constitucionales*, *cit.*, p. 631.

³⁷⁹ ZÚÑIGA URBINA, F., "Jurisdicción constitucional en la perspectiva actual: Notas para una comparación en América Latina", *cit.*, p. 275.

³⁸⁰ CÁCERES ARCE, J., "El Tribunal Constitucional y su desarrollo constitucional", *cit.*, p. 240.

híbridos, incluso puede verse que en la Suprema Corte de Estados Unidos se ejerce un control concentrado de constitucionalidad, toda vez que esta se ha limitado a los asuntos más relevantes, que generalmente versan sobre libertades civiles³⁸¹. Otro ejemplo se observa en España, de conformidad con la vía que abre el artículo 163 constitucional, para que los jueces del poder judicial se dirijan al Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad³⁸², caso en el cual, al igual que en Costa Rica, el juez se encuentra librado de aplicar la norma cuestionada hasta que su conformidad o no sea decidida por dicho órgano³⁸³.

El modelo de control difuso norteamericano fue instaurado en las Constituciones latinoamericanas del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, con el ingrediente adicional de la figura del amparo. Es a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando se denota luego la gran influencia de la jurisdicción concentrada y especializada europea en las Constituciones de la región, lo que conllevó a la mezcla de ambos y provocó en parte el referido sistema de control constitucional paralelo o mixto³⁸⁴. Un ejemplo de ello es Perú que contaba desde los años treinta con el modelo norteamericano de control, pero al incorporar en la Constitución de 1979 el Tribunal de Garantías Constitucionales originó el modelo dual o mixto, puesto que se mantuvieron ambos controles, el difuso y el concentrado.

Lo importante no es determinar cuál sistema teóricamente es superior, sino cuál es el que mejor se adapta a cada Estado y qué tan eficaz le resulta³⁸⁵. En todo caso, al analizar la actuación de los Tribunales Constitucionales de la presente época, si bien tradicionalmente los tribunales se idearon principalmente para asegurar la constitucionalidad de la ley, la tendencia crece hacia el modelo que se centra en garantizar

³⁸¹ DURÁN RIBERA, W., "El recurso incidental de inconstitucionalidad", *cit.*, pp. 208 y 209.

³⁸² ÁLVAREZ VÉLEZ, M., ALCÓN YUSTAS, M., *et. al.*, *Lecciones de Derecho constitucional*, *cit.*, pp. 491 y ss.

³⁸³ ACOSTA DE LOS SANTOS, H., *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, *cit.*, p. 208.

³⁸⁴ LÖSING, N., *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, *cit.*, p. 35.

³⁸⁵ GARCÍA BELAUNDE, D., *De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional*, *cit.*, pp. 50 y 35.

la vigencia de los derechos fundamentales³⁸⁶, lo cual definitivamente responde según cada contexto.

Por otro lado, cabe resaltar que recientemente una segunda modalidad de inconstitucionalidad cobra mucha importancia, se trata de la llamada inconstitucionalidad por omisión³⁸⁷. La figura nace en la doctrina y jurisprudencia alemana, con la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 29 de enero de 1969. Para los alemanes el poder legislativo violaba la Constitución tanto al aprobar leyes que la contradigan como al no cumplir, en determinado período, con algún mandato de ella³⁸⁸.

El primer país en preverla constitucionalmente fue la ex Yugoslavia en 1974, que instituyó el control por omisión en los casos en que un órgano no dictare las normas de ejecución de la Constitución, las leyes y otras disposiciones y actos federales, a pesar de su obligación de hacerlo. Además, se estableció en la Constitución de Portugal de 1976, reformada en 1982 y en la Constitución de Brasil de 1988³⁸⁹, países en los cuales se mantiene la figura. Por el momento, ha sido adoptada bajo diversas modalidades, ya sea jurisprudencialmente, por ley o por reglas constitucionales, en algunos Estados de México, en Venezuela, Austria, Estados Unidos, España, Italia, Bélgica, Canadá, Croacia, Irlanda, Noruega, Polonia, Grecia, Hungría, Israel, Corea del Sur, Portugal, Ucrania, Seychelles, Sudáfrica y República Dominicana³⁹⁰, entre otros.

Si todo guardián de la Constitución ha de salvaguardar la fuerza y eficacia normativa de esta última, y desobedecer una norma constitucional que demande hacer algo en particular, constituye evidentemente una violación de dicha norma, que afecta su eficacia; resulta ineludible que el designado guardián de vigilar el respeto de la

³⁸⁶ DURÁN RIBERA, W., “El recurso incidental de inconstitucionalidad”, *cit.*, p. 210.

³⁸⁷ FIGUEIREDO, M., “Las omisiones estatales y los remedios judiciales para suplirlas en el Derecho brasileño y el Derecho latinoamericano”, en BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, *cit.*, pp. 87 y 88.

³⁸⁸ BONILLA HERNÁNDEZ, P., “La inconstitucionalidad por omisión: Un proceso que clama por su institucionalización”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2009, p. 48.

³⁸⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Tópicos sobre jurisdicción constitucional y Tribunales Constitucionales”, *cit.*, p. 55.

³⁹⁰ BONILLA HERNÁNDEZ, P., “La inconstitucionalidad por omisión: Un proceso que clama por su institucionalización”, *cit.*, pp. 54 y 55.

Constitución sancione tal desacato³⁹¹ o incumplimiento de una promesa constitucional³⁹². Además, si la inactividad del legislador puede crear normas implícitas contrarias a la Constitución, la supremacía de esta impone expulsar esas normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico³⁹³. Al ser la Carta Magna la norma jurídica suprema, se torna exigible ante los jueces y vinculante para los habitantes y poderes públicos; de ahí que puedan sus guardianes, fiscalizar tanto las acciones de dichos entes como sus omisiones que violan la Constitución³⁹⁴.

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión implica sustituir el dogma liberal de la soberanía del Parlamento por el de la soberanía del poder constituyente. Su finalidad es entonces garantizar que la voluntad del constituyente se respete y cumpla a cabalidad. Se trata de un mecanismo para la materialización de la Constitución, que evita que se torne en una carta de buenas intenciones. Además, constituye una garantía del desarrollo del Estado social y democrático de Derecho, capaz de atenuar el gran contraste entre el Estado de Derecho y el Estado social³⁹⁵.

En sí, la violación por omisión ocurre cuando la Constitución ordena practicar de manera concreta determinado acto o actividad, pero el destinatario no lo hace en los términos exigidos ni en tiempo hábil, o lo hace deficiente o discriminatoriamente³⁹⁶, lo que torna inútil e inefectiva dicha disposición constitucional. Consecuentemente, para declarar inconstitucional la omisión debe verificarse: a) El desconocimiento del mandato

³⁹¹ BAEZ SILVA, C. y CIENFUEGOS SALGADO, D., “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de México”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDIVAR LELO, A. (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2008, p. 608.

³⁹² TAMER, S., *La garantía judicial de los derechos sociales y su legitimidad democrática*, Ratio Legis, Salamanca, 2018, p. 254.

³⁹³ VILLAVERDE, I., “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en CARBONELL, M. (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2003, p. 75.

³⁹⁴ ARENAS MORENO, M., “Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano”, *Diálogos de Derecho y Política*, n.º 13, 2014, pp. 6 y 7.

³⁹⁵ TAJADURA TEJADA, J., “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, en CARBONELL, M. (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, *cit.*, pp. 296, 299 y 304.

³⁹⁶ FIGUEIREDO, M., “Las omisiones estatales y los remedios judiciales para suplirlas en el Derecho brasileño y el Derecho latinoamericano”, *cit.*, p. 88.

o deber ordenado en la Constitución; b) que dicho mandato sea concreto y vinculante para el que lo omitió; y c) que el tiempo transcurrido entre la inacción y la emisión de la orden sea irrazonable³⁹⁷. Entiéndase pues, que la figura no se basa en la falta de ejercer una acción arbitraria, sino en la no realización esperada y correspondida, de modo que el eje fundamental es el mandato constitucional vinculante³⁹⁸.

La omisión puede llamarse formal por la inactividad del legislador respecto de su encargo, o material si la inactividad discrimina o viola el principio de igualdad en la norma existente. Además, existe omisión normativa directa, generada cuando el legislador no emite la ley que desarrolla lo ordenado, e indirecta, originada por la falta de reglamentación de lo desarrollado en una ley que debe ser detallada para cumplir con lo estipulado por la Constitución³⁹⁹. Se distingue también a la omisión legislativa absoluta, caracterizada por la ausencia total de norma que según la Constitución debiera ser desarrollada legislativamente, de la relativa, materializada cuando habiendo algún tipo de ejercicio legislativo, este resulte incompleto o deficiente a causa de la falta de completud de la norma⁴⁰⁰.

Autores como Picardi y Gomes Canotilho consideran que la inconstitucionalidad por omisión puede provenir solo por pretericiones legislativas⁴⁰¹, otros como Fernández Segado, entienden que esta deriva del legislador y excepcionalmente de un órgano administrativo⁴⁰², mientras que para Miranda puede provenir de la inercia o silencio de

³⁹⁷ ARENAS MORENO, M., “Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano”, *cit.*, pp. 11 y 12.

³⁹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en CARBONELL, M. (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, *cit.*, p. 36.

³⁹⁹ BAZÁN, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2017, pp. 165 y 167.

⁴⁰⁰ GARZÓN-BUENAVENTURA, É., “La inconstitucionalidad por omisión: Una revisión jurídica”, *Derecho y Políticas Públicas, Dixi*, n.º 20, 2014, pp. 32 y 33.

⁴⁰¹ PICARDI, N., “Le sentenze integrative della Corte Costituzionale”, en AA. VV., *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 4, Giuffrè, Milán, 1977, pp. 597 y ss. Ver también GOMES CANOTILHO, J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 1089 y ss.

⁴⁰² FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Prólogo”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998, p. 20.

cualquier órgano de poder⁴⁰³, igualmente, Rodríguez Machado refiere a omisiones tanto en la función legislativa como en la política o de gobierno, en la administrativa y en la jurisdiccional⁴⁰⁴.

De acuerdo con Sagüéz, las distintas respuestas al problema que pueden dar los jueces son: a) La denuncia ante un órgano superior. Se identifica la omisión y se le informa al superior jerárquico; b) la recomendación. En esta, el órgano de control sugiere a la autoridad en deuda que cumpla su labor; c) el llamado de atención. Se trata de un reclamo a la autoridad omisa; d) la intimación. Se le fija un plazo a la autoridad en falta para que colme el vacío normativo⁴⁰⁵; e) la cobertura provisional. El juzgador provisionalmente emite ciertos lineamientos hasta que se expide la norma definitiva; f) la cobertura y el resarcimiento. Ante el incumplimiento se completa el orden jurídico y si ello no es posible se resarce al que la promovió; y g) la compulsión constitucional. Cuando la Constitución estipula que no cabe incumplimiento por falta de norma, el juez lo resuelve⁴⁰⁶.

En las cuatro primeras soluciones, no se cubre la laguna, lo que critica el referido autor porque convierte al juez/a constitucional en juez del atraso. En las hipótesis de la cobertura con efectos *inter partes* se elabora la respuesta solo para el caso examinado y se protege al perjudicado por la mora en la emisión de la norma faltante. Por esto, la más audaz es la que propone el diseño de la norma faltante con efectos *erga omnes*⁴⁰⁷.

Sagüéz tampoco confía para todo sistema constitucional a este *legislador suplente*, al advertir que se le imputa violar el principio de división de poderes, la falta de experticia técnica (argumento técnico); de apertura deliberativa, conciliadora entre los grupos

⁴⁰³ MIRANDA, J., *Manual de Direito constitucional*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 338 y ss.

⁴⁰⁴ RODRIGUES MACHADO, M., “Inconstitucionalidade por omissão”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.º 30, 1988, p. 42.

⁴⁰⁵ SAGÜÉZ, N., “Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 58/59, 2007, pp. 255 y ss.

⁴⁰⁶ RANGEL HERNÁNDEZ, L., “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 18, 2008, pp. 208 y 209.

⁴⁰⁷ SAGÜÉZ, N., “Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pp. 259 y ss.

políticos o medidora de los efectos que pueda causar sobre la colectividad (argumento político), así como incapacidad de poder cumplir todas sus funciones por la sobrecarga laboral (argumento funcional)⁴⁰⁸.

En todo caso, incluso la exhortación al legislador a que legisle tiene la ventaja de que al provenir del Tribunal Constitucional, la falta de atención a esta provocaría un alto costo político, pues evidenciaría ante el electorado y prensa que los gobiernos y mayorías congresuales no se encuentran comprometidos con el programa constitucional de transformación social, ni con los derechos sociales⁴⁰⁹.

Según Alexy, un Tribunal Constitucional no puede ser impotente frente al legislador inoperante⁴¹⁰. De ahí que si la omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales, los límites financieros no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y exigirle subsanación⁴¹¹, puesto que la no regulación oportuna de dichos derechos equivale a la negación de su ejercicio. Para controlarlo existen tipologías de sentencias atípicas, como las aditivas, sustitutivas, exhortativas e interpretativas⁴¹² que pueden resultar efectivas según cada caso.

Las sentencias aditivas o manipulativas suponen una legislación indudablemente positiva en virtud de que extienden una disciplina normativa para favorecer a personas o supuestos no previstos inicialmente en la norma. Se trata de una herramienta fundamental para materializar el principio de igualdad, debido a que suponen una peculiar modalidad

⁴⁰⁸ SAGÜÉZ, N., “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2009, pp. 74 y ss.

⁴⁰⁹ TAJADURA TEJADA, J., “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, *cit.*, p. 305.

⁴¹⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 496 y ss. Ver también lo planteado por STEINER, C., “Presentación”, en BAZÁN, V. y STEINER, C. (eds.), *La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2015, p. XII.

⁴¹¹ BAZÁN, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, *cit.*, pp. 215 y 216.

⁴¹² GARZÓN-BUENAVENTURA, É., “La inconstitucionalidad por omisión: Una revisión jurídica”, *cit.*, pp. 33 y 32.

judicial de colmar las lagunas u omisiones legislativas⁴¹³. Claramente, se ha pasado entonces de la pretensión de no intervención por parte de los poderes públicos, que se exigía para garantizar los derechos de *primera generación*, a la prohibición de omisión, lo que fomentará la justiciabilidad de las tan frecuentes omisiones de autoridades públicas que obstaculizan el ejercicio de los derechos sociales⁴¹⁴.

Con esta vía procesal se restaura la supremacía de la Constitución que fue bloqueada por la agresión del órgano omitente. Se trata de una herramienta efectiva para controlar cuando las normas pragmáticas relativas a DESC no se cumplan ni se desarrollen, que convierten al/a la juez/a constitucional en el/la garante del propio desarrollo de la Carta Magna, lo que ayudará en la consolidación del Estado social y democrático de Derecho⁴¹⁵.

Por último, otra modalidad de control de las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas que merece mencionarse es el *mandado de injunção*, el cual se incorporó en la Constitución de Brasil de 1988. El *mandado* es una acción particular que fiscaliza y se destina a garantizar el goce y ejercicio de un derecho que se encuentra limitado por la ausencia de norma reglamentaria. Dicha herramienta es capaz de brindar respuesta en casos concretos y suplir la omisión impugnada, pero produce efectos solo *inter partes*⁴¹⁶.

3.2. La acción de control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una herramienta concebida para frenar los excesos y arbitrariedades del poder cuando afectan derechos fundamentales y que

⁴¹³ PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, cit., p. 30.

⁴¹⁴ ARENAS MORENO, M., “Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano”, cit., p. 7.

⁴¹⁵ BONILLA HERNÁNDEZ, P., “La inconstitucionalidad por omisión: Un proceso que clama por su institucionalización”, cit., pp. 48 y 49.

⁴¹⁶ BAZÁN, V., “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de Derecho comparado”, en CARBONELL, M. (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, cit., pp. 121 y 123.

sobrepasan lo acordado en un tratado internacional sobre derechos humanos. Con ella se inaplica una disposición o acto que resulte contrario a un tratado de derechos humanos ratificado por el Estado en que se ejerza. Extrapolando las palabras de Häberle: “Si hasta ahora se hablaba de la interpretación conforme a la Constitución de las leyes ordinarias, hoy nos encontramos ante el mandato de la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los derechos humanos”⁴¹⁷, es decir que el Derecho interno debe ser interpretado de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos⁴¹⁸. Este control constituiría un acto de revisión o fiscalización del sometimiento de la normativa doméstica a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹⁹.

Aparte de que el control de convencionalidad constituye una de las herramientas más prácticas e inmediatas para elaborar un *ius commune* en la región⁴²⁰. Mediante esta figura se determina si la norma nacional enjuiciada a través del tratado es o no contraria a él, esto es, que sea acorde con tal convención. Si lo es, el juez debe aplicarla, sin embargo, en caso contrario, no puede por resultar inconvencional.

En este orden de ideas, los fundamentos jurídicos del control son los siguientes: El efecto útil de las obligaciones internacionales. Esto así porque las normas se deben cumplir de buena fe, en virtud del principio *pacta sunt servanda*⁴²¹; no es posible alegar el Derecho interno para incumplirlas, tal y como lo advierte el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴²². La excepción para alegar el Derecho interno como eximente del cumplimiento de un tratado, es que el consentimiento al

⁴¹⁷ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, cit., p. 176.

⁴¹⁸ REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, D. F., 2008, p. LIV.

⁴¹⁹ BAZÁN, V., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable”, Ponencia dictada en el VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional *Constituciones y Principios*, México, del 6 al 10 de diciembre del 2010.

⁴²⁰ PÉREZ TREMPES, P., *Escritos sobre justicia constitucional*, Porrúa, México, D. F., 2005, p. 84.

⁴²¹ SAGÜEZ, N., “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, cit., p. 452.

⁴²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 154, Serie C de 26 de septiembre de 2006, párr. 125.

elaborar el tratado hubiera sido viciado por una violación manifiesta, en materia de competencia para celebrar el tratado, y ello afectará a una norma fundamental de ese Derecho interno.

Los principios generales del Derecho son obligatorios para todos los Estados incluso fuera de todo vínculo convencional, puesto que se trata de normas internacionales de *jus cogens*, es decir, de práctica generalizada obligatoria⁴²³. Las normas internacionales no son sino el resultado y la expresión de un acuerdo alcanzado por los sujetos de Derecho internacional público, de ahí que, la interpretación evolutiva fundada en ese consenso es lo que permite ofrecer una justificación teórica plausible para el carácter obligatorio de las normas internacionales tanto consuetudinarias como convencionales⁴²⁴.

En el Sistema Interamericano el fundamento normativo del control de convencionalidad se deriva de la lectura integrada de los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De dichos artículos se extrae la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para el respeto y garantía de los derechos sin discriminación alguna⁴²⁵, así como la obligación de los jueces y juezas de cada Estado Parte, de realizar no solo el control de legalidad o constitucionalidad, sino de incorporar en sus decisiones diarias las normas contenidas en el Pacto de San José⁴²⁶. Recuérdese que es al Estado al que le corresponde controlar y vigilar el cumplimiento de los tratados que suscribe⁴²⁷, por lo tanto, los jueces también están llamados a prevenir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos

⁴²³ SAGÜÉZ, N., “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, *cit.*, p. 452 y ss.

⁴²⁴ PASCUAL VIVES, F., “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/2, 2014, pp. 118 y 151; PASCUAL VIVES, F., “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, pp. 260 y 261.

⁴²⁵ NASH ROJAS, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, *cit.*, p. 55.

⁴²⁶ QUINCHE, M., “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 12, 2009, p. 167.

⁴²⁷ BECERRA RAMÍREZ, M., *La recepción del Derecho internacional en el Derecho interno*, *cit.*, p. 199.

fundamentales en virtud de sus propios actos jurisdiccionales⁴²⁸. Dicha prevención se puede lograr con un adecuado ejercicio del control de convencionalidad en aquellos casos en que estos se encuentren apoderados.

De ahí que para Bazán el propósito del control de convencionalidad es pugnar porque los actos internos sean conformes a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que este incurra en responsabilidad internacional, además de la convergencia de razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio Sistema Protectorio Interamericano. Esto implica que una vez fijado el criterio de interpretación y aplicación, debe ser incorporado por los Estados en su ordenamiento jurídico a través de todas las medidas necesarias, ya sean políticas, legislativas o sentencias que den eficacia a los pronunciamientos de la Corte⁴²⁹.

A diferencia del control de constitucionalidad, con la figura convencional se pretende transportar la idea de control de las normas nacionales cuyo parámetro de conformidad es la Constitución, hacia un control cuyo baremo es la normativa convencional y su jurisprudencia⁴³⁰. El origen de esta institución se remonta al 2003 en el *Caso Myrna Mack Chang*, cuando el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez, por medio de su voto concurrente manifestó lo que serían los lineamientos de la figura⁴³¹, doctrina que continúa desarrollando en sus votos del *Caso Tibi contra Ecuador*, *Caso López Álvarez contra Honduras* y *Caso Vargas Areco contra Paraguay*. En este último se establece que la Corte Interamericana tiene a su

⁴²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, p. 520.

⁴²⁹ BAZÁN, V., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable”, *cit.*, p. 8.

⁴³⁰ NASH ROJAS, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, *cit.*, p. 53.

⁴³¹ GARCÍA RAMÍREZ, S., “Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 101, Serie C de 25 de noviembre de 2003.

cargo el control de convencionalidad fundado en la confrontación entre el hecho cometido y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³².

En 2006, con el *Caso Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana adoptó claramente el principio de *control de convencionalidad* a practicarse por el poder judicial. En ese sentido, expresó que los jueces y tribunales internos no solo están sujetos al imperio de la ley, sino también se encuentran sometidos a los tratados que ratifica el Estado, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y esto les obliga a custodiar que los efectos de las disposiciones de la Convención no sean suprimidos por la aplicación de leyes nacionales contrarias a esta⁴³³.

De acuerdo con la Corte: “El Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁴³⁴. Como puede observarse, por primera vez la Corte adopta y define el criterio. A partir de aquí, debe entenderse que no solo son nulas de pleno Derecho las normas contrarias a la Constitución, sino que además las contrarias a los tratados ratificados por el Estado, inclusive, a las interpretaciones que la Corte Interamericana haga sobre la Convención Americana por medio de sus sentencias.

En ese mismo año, con el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, la Corte añadió otro ingrediente al principio de suma importancia para su desarrollo histórico. En primer lugar, fue enfática al sostener que los órganos del poder judicial deben ejercer no *un cierto* control, como lo indicó en *Almonacid Arellano y otros*, sino un *control de*

⁴³² BAZÁN, V., “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en BAZÁN, V. y NASH, C., *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2012, pp. 25 y 26.

⁴³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, cit. Sobre este punto véase CASTAÑEDA, M., *El Derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D. F., 2012, p. 209.

⁴³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ibidem*, párr. 124.

convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana⁴³⁵ e inclusive *ex officio* en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁴³⁶ y aclaró que dicha atribución no se limita a lo requerido por los accionantes en cada caso concreto, pero tampoco significa que deba ejercerse siempre⁴³⁷. Tal y como se desprende del planteamiento de la Corte, el control de convencionalidad es una cuestión que se da inclusive de oficio, es decir, que predomina el principio de *iura novit cura* para esto también.

La declaración de anticonvencionalidad al ser una cuestión de Derecho y no de hecho, su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio. Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la litis, solo sujeta la selección del Derecho aplicable a su concordancia con la Convención Americana, tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes⁴³⁸.

A partir de *Almonacid Orellano* el control de convencionalidad fue asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un criterio constante y de suma importancia para la eficacia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Cabe resaltar que en el *Caso Vélez Loor* la Corte hizo referencia a que el control de convencionalidad ha de ser aplicado por los órganos que ejercen funciones

⁴³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 158, Serie C de 24 de noviembre de 2006. Sobre este punto véase IBÁÑEZ RIVAS, J., “Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, p. 107.

⁴³⁶ SAGÜEZ, N., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2010, p. 119.

⁴³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *cit.*, párr. 128.

⁴³⁸ BAZÁN, V., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable”, *cit.*, p. 10.

jurisdiccionales, y no mencionando solamente a los jueces⁴³⁹. En el *Caso Gelman contra Uruguay*, la Corte agregó un aspecto de suma importancia, que consiste en que dicho control “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del poder judicial”⁴⁴⁰.

En dicho caso, la Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia respecto de que las leyes de amnistía para graves violaciones de derechos fundamentales son incompatibles con la Convención Americana y aun cuando estas últimas provenían de procesos de referéndum y plebiscito, la Corte determinó que el *control de convencionalidad* comprometía también a las autoridades de los diferentes poderes del Estado⁴⁴¹. Finalmente en su *opinión consultiva n.º 21*, manifestó la necesidad de que los órganos del Estado realicen el control de convencionalidad también sobre la base de lo establecido por la Corte Interamericana en el ejercicio de su *competencia consultiva*⁴⁴².

En resumen, el control de convencionalidad consiste en realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas, para lo cual se incluye en el baremo de convencionalidad a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en ejercicio de su competencia contenciosa como consultiva y que se trata de una obligación que deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado, la cual dicho sea de paso, ha de ser realizada inclusive de oficio por toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias⁴⁴³.

Con el bloque de constitucionalidad se incorporan a la interpretación de las normas nacionales los derechos consagrados en tratados internacionales, mientras que con el control de convencionalidad los operadores de justicia y cualquier autoridad pública, al cotejar en cada caso concreto la compatibilidad de las normas internas con el Derecho

⁴³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor contra Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 218, Serie C de 23 de noviembre de 2010, párr. 287.

⁴⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman contra Uruguay. Fondo y Reparaciones*, Sentencia n.º 221, Serie C de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

⁴⁴¹ *Ibidem*. Ver también IBÁÑEZ RIVAS, J., “Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 111.

⁴⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, párr. 31.

⁴⁴³ NASH ROJAS, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, *cit.*, pp. 59 y 60.

internacional de los derechos humanos, pueden aplicar correctamente los estándares internacionales y a la vez cumplir con los mandatos normativos de los tratados⁴⁴⁴.

Mediante el control de convencionalidad el juez nacional se encuentra obligado a aplicar no solo la normativa interamericana ratificada por el Estado del cual es parte, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana, lo que incluye a su vez los métodos de interpretación que la referida instancia internacional utiliza, tales como la interpretación evolutiva; dinámica, el principio pro persona; el de progresividad, la ponderación, entre otros⁴⁴⁵. Ambas herramientas, otorgan pues, un poderoso impulso dinamizador de la protección de los derechos fundamentales⁴⁴⁶, fomentan la facultad de los jueces de crear Derecho y facilitan la construcción de un *ius commune* en la región, en materia de derechos fundamentales⁴⁴⁷.

Con respecto a las formas de clasificar el control de convencionalidad, Rey Cantor señala la existencia de un control de convencionalidad en sede nacional y otro en sede internacional⁴⁴⁸. El control de convencionalidad en sede nacional consiste en la obligación de los agentes del Estado, y de los operadores de justicia, de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁴⁹, a otros instrumentos internacionales en materia de derechos y a los estándares que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado a su respecto, con miras a tutelar los derechos fundamentales⁴⁵⁰. En este sentido, el objetivo es verificar la conformidad de las normas internas con la normativa convencional y que exista una correcta aplicación de sus estándares, lo que se

⁴⁴⁴ *Ibidem*, pp. 51 y 53.

⁴⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *cit.*, p. 521.

⁴⁴⁶ NASH ROJAS, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, *cit.*, p. 45.

⁴⁴⁷ SAGÜEZ, N., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *cit.*, p. 118.

⁴⁴⁸ REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, *cit.*, pp. 48 y 49.

⁴⁴⁹ NASH ROJAS, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, *cit.*, p. 52.

⁴⁵⁰ BAZÁN, V., “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, *cit.*, p. 24.

puede realizar al expulsar normas, al inaplicarlas al caso concreto o al interpretarlas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado⁴⁵¹.

Por otro lado, el control de convencionalidad en sede internacional, constituye la facultad atribuida a un tribunal internacional para que establezca cuándo los Estados Partes, mediante sus normas o actos, violan el Derecho convencional y generan responsabilidad internacional⁴⁵². En el caso del Sistema Interamericano, consiste en que los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto guardianes e intérpretes finales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁵³, deben juzgar en los casos concretos en que se encuentren apoderados si un acto o normativa de Derecho interno contradice la Convención Americana, y disponer consecuentemente la reforma o supresión de dicha norma o práctica para garantizar la protección de los derechos y la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica o de otros instrumentos internacionales que giren en este campo⁴⁵⁴ y que pertenezcan a dicho sistema. Con razón algunos llaman al control de convencionalidad en sede nacional, *control difuso*, mientras que al realizado en sede internacional, *control concentrado* de convencionalidad⁴⁵⁵.

Ante la pregunta de cuáles son las ventajas que proporciona la referida institución, debe destacarse que la verificación de la conformidad de las normas internas con el Derecho internacional de los derechos humanos, su jurisprudencia y práctica, permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos en su jurisdicción⁴⁵⁶. Además, esta herramienta facilita la aplicación armónica del Derecho vigente⁴⁵⁷ y los

⁴⁵¹ NASH ROJAS, C., *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, cit., p. 53.

⁴⁵² NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, cit., p. 519.

⁴⁵³ FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., p. 368.

⁴⁵⁴ BAZÁN, V., “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, cit., p. 24.

⁴⁵⁵ FERRER MAC-GREGOR, E., “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FIX-ZAMUDIO, H. y VALADÉS, D., *Formación y perspectivas del Estado en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2010, p. 175.

⁴⁵⁶ NASH ROJAS, C., “Control de convencionalidad: Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, p. 490.

⁴⁵⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, cit., p. 519.

Estados deben ponerla en práctica en aras de garantizar el efecto útil de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de dar cumplimiento a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación⁴⁵⁸ que asumen cuando son ratificados en ejercicio de su actuación soberana e independiente.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos deviene inefectivo si los jueces nacionales desconocen o incumplen la jurisprudencia de la Corte Interamericana, o la interpretación que esta haga de una disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Resulta más honesto denunciar el tratado y retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana⁴⁵⁹. Y es que tal y como la Corte sostuvo desde el *Caso Almonacid Arellano contra Chile*, los jueces nacionales, como parte del ente estatal, también están sujetos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”⁴⁶⁰.

Por otro lado, Villanova, a raíz del principio de igualdad observa que el objetivo último de la Convención Americana ha de ser la americanización de un conjunto de derechos, que permita a todas las personas sometidas a su imperio disfrutar de los mismos estándares interpretativos establecidos por la Corte Interamericana. Esa es la noción de igualdad que debe prevalecer, puesto que cuando la Corte Interamericana identifica una situación lesiva de los derechos y ordena su supresión, los demás Estados también se encuentran constreñidos por el alcance de dicho fallo, y en los ordenamientos en que se repita debe igual ser suprimida, para proteger con esto a todos los habitantes de la región, independientemente de la nacionalidad que poseen⁴⁶¹.

Entiéndase que el objetivo del mecanismo de control de convencionalidad es que pueda evitarse que un nuevo caso resulte sometido al Sistema Interamericano o que un

⁴⁵⁸ IBÁÑEZ RIVAS, J., “Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 112.

⁴⁵⁹ VILLANOVA, M., “Sobre el control de convencionalidad. A propósito de las implicancias del control en el sistema de garantías”, p. 13. [Consulta: 13 de septiembre de 2016]. Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01072010/doctrina04.pdf>.

⁴⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *cit.*, párr. 124.

⁴⁶¹ VILLANOVA, M., “Sobre el control de convencionalidad. A propósito de las implicancias del control en el sistema de garantías”, *cit.*, p. 27.

Estado reincida en la comisión de un acto generador de responsabilidad internacional⁴⁶². García Ramírez, en ese sentido considera que no debería pretenderse que la Corte Interamericana tenga que juzgar cientos o miles de casos sobre un mismo tema, que resuelva uno por uno los hechos conculcadores y garantice, uno por uno, los derechos y libertades. La idea es que una vez fijado el estándar, este sea adoptado por todos los Estados en su ordenamiento⁴⁶³.

Lo interesante de la herramienta, es que si bien originalmente el material controlante solo se encontraba previsto para el texto del Pacto de San José, actualmente esto se ha ido ampliando, hasta quedar constituido por todos los compromisos internacionales de derechos fundamentales asumidos por el Estado⁴⁶⁴. Siguiendo también a Ferrer Mac-Gregor, las Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden ampliar el contenido del bloque de constitucionalidad o de convencionalidad para que se incorporen no solo los tratados, sino también los informes, recomendaciones, observaciones generales y otras resoluciones de los entes y tribunales internacionales⁴⁶⁵. De ahí la importancia de estas herramientas para la protección de los derechos sociales. Es decir, todo el *corpus juris* o estándares que en materia de DESC los tribunales y órganos internacionales encargados de interpretar un tratado realicen, resultan normas vinculantes y de aplicación directa e inmediata por parte de las autoridades y jueces internos, una vez el tratado haya sido ratificado por el Estado en cuestión.

Como bien expresó Cançado Trindade en el *Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*, si bien a mediados del siglo XX se hablaba de internacionalización del Derecho constitucional, en las dos últimas décadas, se habla de constitucionalización del Derecho internacional⁴⁶⁶. La internacionalización del Derecho

⁴⁶² IBÁÑEZ RIVAS, J., “Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 112.

⁴⁶³ GARCÍA RAMÍREZ, S., “Voto razonado del juez Sergio García Ramírez”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *cit.*, párr. 8.

⁴⁶⁴ VILLANOVA, M., “Sobre el control de convencionalidad. A propósito de las implicancias del control en el sistema de garantías”, *cit.*, p. 5.

⁴⁶⁵ FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, *cit.*, p. 340.

⁴⁶⁶ CANÇADO, A., “Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*.

constitucional se da luego de la Segunda Guerra Mundial por la necesidad de reconocer los derechos como estándares internacionales y de establecer órganos supranacionales de control, dada la ineficacia de los decálogos y garantías previstos constitucionalmente. En cambio, el proceso de constitucionalización del Derecho internacional se origina tras el dinamismo de la jurisprudencia constitucional al adoptar figuras como el bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad, así como mediante la integración a la Constitución de cláusulas para la progresiva aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos al ámbito interno⁴⁶⁷.

La interesante interacción que se da con frecuencia hoy, por la incorporación de los tratados internacionales y de estándares al Derecho interno, y la influencia del Derecho interno para dar contenido y alcance a los derechos establecidos internacionalmente, promueve que los sistemas de derechos fundamentales se proyecten como un solo cuerpo jurídico de garantía⁴⁶⁸. En otros términos, la colaboración que existe entre la instancia nacional e internacional supera la discusión sobre la relación jerárquica entre ambas y conduce a la coexistencia coordinada de estas para la protección favorable de los derechos de las personas⁴⁶⁹.

Los jueces nacionales son el vehículo principal para que el Estado pueda adaptar al orden interno las obligaciones establecidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos⁴⁷⁰, pero, además, son quienes le permiten a la Corte Interamericana y a otros órganos internacionales la construcción del Derecho internacional y el desarrollo de

Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia n.º 174, Serie C de 30 de noviembre de 2007, párr. 6. Un argumento similar estableció García Sayán en su voto concurrente en el Caso Cepeda Vargas contra Colombia, al señalar que altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia internacional en un proceso que se podría llamar de nacionalización del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, para que ocurra dicha interacción entre tribunales nacionales e internacionales, es preciso continuar incentivando el diálogo que lo permita (GARCÍA-SAYÁN, D., “Voto concurrente del juez Diego García-Sayán”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 213, Serie C de 26 de mayo de 2010, párrs. 30 y 33).

⁴⁶⁷ FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, *cit.*, pp. 345 y ss.

⁴⁶⁸ NASH ROJAS, C., “Control de convencionalidad: Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 491.

⁴⁶⁹ BAZÁN, V., “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, *cit.*, p. 19.

⁴⁷⁰ GARCÍA-SAYÁN, D., “Voto concurrente del juez Diego García-Sayán”, *cit.*, párrs. 30 y 33.

la interpretación evolutiva de los tratados, tomando en cuenta los cambios sociales percibidos por los jueces internos⁴⁷¹.

La retroalimentación entre ambas instancias permite enriquecer la protección y realización de los derechos fundamentales por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos⁴⁷². En esa línea, el juez/a nacional puede incluso plantear interpretaciones del *corpus iuris* interamericano que enriquezcan la visión de la Corte Interamericana misma, pues nada le impide a este desarrollar un papel más dinámico que el de la Corte Interamericana, lo que podría también fomentar el cambio de la jurisprudencia interamericana⁴⁷³ para una mayor protección de los derechos de las personas. Por eso pronostica Ferrer Mac-Gregor que la construcción de un verdadero diálogo jurisprudencial entre jueces domésticos e interamericanos será el referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos en el siglo XXI y para el establecimiento de un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas⁴⁷⁴.

Por último, es preciso destacar que la Corte Interamericana desde su *Opinión Consultiva 13* señaló, refiriéndose a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2”⁴⁷⁵. A partir de esto, se puede fundamentar que no solo resultan anticonvencionales las acciones cometidas por los Estados, sino también sus pretericiones u omisiones. Por tanto, la omisión legislativa inconstitucional también se puede originar en una norma que haga parte del bloque de constitucionalidad, puesto que las normas que conforman dicho bloque tienen fuerza y

⁴⁷¹ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *cit.*, p. 520.

⁴⁷² BAZÁN, V., “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, *cit.*, p. 50.

⁴⁷³ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *cit.*, p. 521.

⁴⁷⁴ FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, *cit.*, p. 429.

⁴⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A, párr. 26.

rango de Constitución⁴⁷⁶. Si un Estado incumple entonces, por inactividad de su parte sus obligaciones internacionales, se configuran las omisiones inconventionales ya sean parciales o absolutas, las cuales generan responsabilidad internacional⁴⁷⁷.

Con esta visión, es posible identificar dos modalidades de inconventionalidad por omisión, la inconventionalidad por omisión de acto político o de gobierno, que se da porque los países no cumplen con el desarrollo de normas de derechos fundamentales, y la inconventionalidad por omisión indirecta, que puede surgir cuando no se desarrollan o no se cumplen los mandatos del bloque de convencionalidad⁴⁷⁸ debido a la falta de creación del reglamento (ilegalidad por omisión); de algún acto de la Administración Pública (omisiones de actos administrativos) o cuando los órganos jurisdiccionales, con sus decisiones afectan por omisión el desarrollo de cláusulas específicas de los tratados de derechos humanos (omisiones de la función jurisdiccional)⁴⁷⁹.

Un precedente importante de control difuso de omisión inconventional sucedió en 1999 en República Dominicana, en el *Caso de Productos Avon, S.A.*, por el cual la Suprema Corte suplió la imprevisión del recurso de amparo en el ordenamiento a través de la aplicación directa del artículo 25.1 de la Convención Americana, y fijó incluso las bases del procedimiento en la sentencia⁴⁸⁰. De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia dominicana: “si (...) el artículo 25.1 de la [Convención Americana] prescribe que el recurso de amparo debe intentarse ante los jueces o tribunales competentes (...) ningún juez podría, si a él se recurre por una alegada libertad constitucional vulnerada, negar el amparo pretextando la inexistencia de ley que reglamente la acción ejercida; (...) la

⁴⁷⁶ ARENAS MORENO, M., “Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano”, *cit.*, p. 7.

⁴⁷⁷ FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 585 y ss.

⁴⁷⁸ ETO CRUZ, G., “Inconstitucionalidad por omisión e inconventionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos”, *Justicia Electoral*, n.º 16, 2015, pp. 328 y 329.

⁴⁷⁹ ETO CRUZ, G., “La inconventionalidad por omisión: Una aproximación conceptual”, en CÁCERES ARCE, J. (coord.), *Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*, ADRUS D&L, Lima, 2014, p. 140.

⁴⁸⁰ FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, *cit.*, p. 587.

Suprema Corte de Justicia está facultada, empero, para determinarlo cuando por omisión del legislador no se ha establecido el procedimiento adecuado”⁴⁸¹.

En el *Caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la omisión legislativa inconstitucional de la Asamblea Nacional, declarada por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela por no haberse dictado el Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, había influido en el caso que se resolvía. Por ello dispuso que el Estado debía adoptar dentro del plazo de un año luego de notificada la sentencia, las medidas necesarias para la aprobación del referido Código⁴⁸². Para Bazán, dicha declaración de omisión inconstitucional emitida por el poder judicial devino en preterición inconvencional por violación del Pacto de San José, de ahí que se le fijó un plazo al Estado venezolano para la emisión de la norma, y le fueron señaladas además algunas directrices para que esta estuviera acorde con el Sistema Interamericano⁴⁸³.

En *Reverón Trujillo contra Venezuela*, relativo también a destitución arbitraria de jueces, la Corte Interamericana nuevamente reiteró el deber de Venezuela de adoptar las medidas necesarias para que el Código de Ética sea aprobado, si aún el Estado no lo ha hecho⁴⁸⁴. Asimismo, resulta interesante que más tarde, en el *Caso Chocrón Chocrón*, aunque la Corte reconoce que si bien a la fecha ya se había promulgado el referido Código de Ética, ordena su implementación a la mayor brevedad⁴⁸⁵, es decir, que la omisión inconvencional no se subsanará hasta la entrada en vigencia del Código.

⁴⁸¹ República Dominicana, Suprema Corte de Justicia, Sentencia n.º 9 del Boletín Judicial n.º 1059 de febrero de 1999.

⁴⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 182, Serie C de 5 de agosto de 2008, párrs. 147 y 253.

⁴⁸³ BAZÁN, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, cit., pp. 479 y 480.

⁴⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Reverón Trujillo contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 197, Serie C de 30 de junio de 2009, párrs. 190, 191 y punto resolutivo 9.

⁴⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chocrón Chocrón contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 227, Serie C de 1 de julio de 2011, párr. 163.

Otro ejemplo es el *Caso Campo Algodonero*, donde la inacción u omisión de actuación de los órganos de administración de justicia, según la Corte Interamericana, propició el ambiente de impunidad que facilitó y fomentó la violencia contra las mujeres. Y en *Castañeda* (2008), la omisión inconvencional se identificó en la propia actuación de los órganos jurisdiccionales, al dejar la Suprema Corte de Justicia sin resolver el incidente de inconstitucionalidad hecho valer y no conocer del fondo del asunto⁴⁸⁶. Con la habilitación del control de omisiones inconstitucionales e inconvencionales podrán superarse algunos obstáculos para el ejercicio de los DESC, ya que con estas adecuadas vías procesales se podrán cuestionar jurisdiccionalmente las recurrentes omisiones de regulación por partes de las autoridades públicas en dicha materia⁴⁸⁷.

Es importante reconocer que existen muchos desafíos para la aplicación del control de convencionalidad por los órganos de justicia en los diversos estamentos, incluso, más en lo relativo a toda autoridad pública⁴⁸⁸, esto así porque su correcto ejercicio requiere que los operadores conozcan el bloque de derechos fundamentales y la jurisprudencia de los tribunales y órganos internacionales y que paralelamente se despojen de prejuicios y formalismos a la hora de concretarlo⁴⁸⁹.

3.3. La acción constitucional de amparo

En la actualidad a los Tribunales Constitucionales no solo les compete el control de constitucionalidad de las normas, también les corresponde la protección directa y reforzada de los derechos fundamentales⁴⁹⁰. En su etimología *amparar* deriva de la palabra latina *anteparare*, que se traduce en prevenir, favorecer, proteger. Su concepción

⁴⁸⁶ FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, cit., p. 588.

⁴⁸⁷ BAZÁN, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, cit., pp. 212 y ss.

⁴⁸⁸ IBÁÑEZ RIVAS, J., “Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., p. 113.

⁴⁸⁹ BAZÁN, V., “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, cit., p. 25.

⁴⁹⁰ HERRERA GARCÍA, A., “El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?”, *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, 2011, p. 4.

jurídica procede del Derecho español y se le utilizaba como sinónimo de medio o recurso impugnativo⁴⁹¹.

Hay quienes definen el amparo como un poder jurídico de las personas destinado a activar al órgano jurisdiccional para la obtención de tutela jurídica, tratándose de un derecho subjetivo cuyo objeto es demandar la prestación del servicio público jurisdiccional⁴⁹². El amparo permite la tutela de los derechos fundamentales de las personas individuales o colectivas, físicas o jurídicas de manera rápida, expedita y libre de formalismos, que culmina con una sentencia que ordena restituir el derecho o garantía conculcada o detener las formas de amenazas a estos⁴⁹³. Amparar los derechos fundamentales es procurar su máxima realización posible, lo que se traduce en protección de la condición de fin en sí mismo; del valor y dignidad de las personas⁴⁹⁴.

Esta institución nace el 31 de marzo de 1841 en la Constitución del Estado de Yucatán, en México, gracias a Manuel Crescencio García Rejón. En su carta política, Rejón facultó a los jueces de primera instancia a amparar de manera breve y sumaria los derechos de los solicitantes, contra cualquier funcionario, incluso en los casos en que las violaciones provinieran del poder judicial, las conocerían los jueces superiores, enjuiciando de inmediato al conculcador⁴⁹⁵. A escala nacional, en la denominada Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, impulsada por Mariano Otero, el amparo se planteó como un mecanismo a interponer ante los tribunales federales para la protección de los derechos fundamentales⁴⁹⁶ de todos los habitantes del territorio, contra cualquier ataque

⁴⁹¹ FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, cit., p. 303.

⁴⁹² RUIZ MARTÍNEZ, I., *La acción de amparo*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Ciudad Juárez, Chih., 2003, p. 15.

⁴⁹³ GOZAÍNI, O., “El amparo y la defensa de los derechos colectivos”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y DANÉS ROJAS, E., (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memorias del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2011, p. 87.

⁴⁹⁴ CASTILLO CÓRDOVA, L., “Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 15, 2011, p. 54.

⁴⁹⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, V. y SAMANIEGO BEHAR, N., “El juicio de amparo: Historia y futuro de la protección constitucional en México”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 27, 2011, p. 177.

⁴⁹⁶ MARTÍNEZ RAMÍREZ, F., “El juicio de amparo, su naturaleza jurídica y relación con los Tribunales Constitucionales”, en GONZÁLEZ OROPEZA, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.),

del poder ejecutivo o legislativo, sea federal o estatal. En la Constitución de 1857 se consolida la figura⁴⁹⁷.

Como antecedentes remotos del amparo se pueden mencionar el interdicto del Derecho romano *homine exhibendo e intercessio tribunicia*, el *Habeas Corpus Act* inglés de 1679, algunos influjos franceses y por supuesto, angloamericanos, especialmente por la introducción de la *judicial review* al modelo de control constitucional difuso⁴⁹⁸. Además, en la Edad Media existió la institución del Justicia Mayor del Reino de Aragón que fungía como juez de constitucionalidad para amparar a personas y sus bienes contra los abusos del poder. En Castilla se utilizó por igual y con ello el término empezó en los siglos XVI a XIX a aludir a protección, y aparecen luego los reales amparos en la Real Audiencia de México⁴⁹⁹.

De acuerdo con Herrera García, el recurso de amparo tampoco constituye un elemento impropio del modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, pues en *La garantía jurisdiccional de la Constitución* este se refirió a lo oportuno de permitir a las partes de un proceso judicial o administrativo impugnar las resoluciones judiciales o actos administrativos individuales realizados en ejecución de una norma inconstitucional. Y según Kelsen, esta especie de *actio popularis* para evitar los efectos dañosos de la aplicación de normas inconstitucionales en casos concretos, constituiría “la garantía más fuerte de la Constitución”⁵⁰⁰.

En este orden de ideas, se identifican tres olas cronológicas de expansión de esta figura en América. Una primera que empieza a partir de la segunda mitad del siglo XIX en Centroamérica con El Salvador (1886), Honduras y Nicaragua (1894), Guatemala

El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia, t. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2011, p. 17.

⁴⁹⁷ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, V. y SAMANIEGO BEHAR, N., “El juicio de amparo: Historia y futuro de la protección constitucional en México”, *cit.*, p. 181.

⁴⁹⁸ VIVAS BARRERA, T., “El amparo mexicano y la acción de tutela colombiana. Un ejercicio de Derecho constitucional comparado en Latinoamérica”, *Pensamiento Jurídico*, n.º 33, 2012, pp. 27 y 28.

⁴⁹⁹ FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, *cit.*, p. 303.

⁵⁰⁰ KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, *cit.*, p. 87.

(1921), Panamá (1941) y Costa Rica (1949)⁵⁰¹. La segunda ola surge por creación jurisprudencial en Argentina (1957-1958) con los *Casos Siri, Ángel S.* (1957) y *Samuel Kot* (1958), que influyen luego en Venezuela (1961), Bolivia, Ecuador y Paraguay (1967), al interpretar el amparo como un derecho o garantía implícito. La última oleada comprende, en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo XX, a Perú (1979), Chile (1980), Uruguay (1988), Colombia (1991) y República Dominicana (1999)⁵⁰².

La herramienta del amparo constituye el mayor aporte del Derecho mexicano a la cultura jurídica universal. En México se utiliza actualmente para la protección de la vida y de la libertad personal; para controlar que las leyes y disposiciones reglamentarias se ajusten a la Constitución; como casación o revisión de decisiones jurisdiccionales; para proteger frente a la Administración Pública y para proteger los derechos agrarios⁵⁰³.

Al respecto, Fix Zamudio considera que el amparo mexicano modificó su esencia y se tornó en un conjunto complejo de procesos que alcanza la tutela de todo el orden jurídico⁵⁰⁴. Advirtiéndose sobre el particular también que se encuentra desfasado debido a los principios procesales que le rigen en México y entre otras razones, por la limitación de protección de las garantías individuales expresas en la Constitución Federal, exclusión de los intereses y derechos difusos o colectivos de su competencia, así como por el efecto relativo de las sentencias de acuerdo con la *fórmula Otero*⁵⁰⁵.

En el modelo de justicia constitucional latinoamericana se privilegia la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales a través del juicio de amparo. Dicha

⁵⁰¹ FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional, cit.*, p. 304.

⁵⁰² VÁSQUEZ SÁMUEL, L. y CASTAÑOS GUZMÁN, S. (coords.), *Juicio de amparo y Derecho procesal constitucional*, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, 2010, p. 220.

⁵⁰³ SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *Fuentes para la historia del juicio de amparo*, Senado de la República, México, D. F., 2004, pp. 9 y 10.

⁵⁰⁴ FIX ZAMUDIO, H. y FERRER MAC-GREGOR, E., "El derecho de amparo en México", en FERRER MAC-GREGOR, E., *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México, D. F., 2006, p. 472.

⁵⁰⁵ AGUIRRE ANGUIANO, S., "El juicio de amparo hoy", en GONZÁLEZ OROPEZA, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2011, pp. 58 y ss.

experiencia ejerció gran influencia en Europa, y por su gran acogida, se habla de esta importante aportación del nuevo al viejo continente⁵⁰⁶.

El amparo, llamado por algunos la jurisdicción constitucional de la libertad, puede confundirse con el *habeas corpus*, debido a que este último era el único mecanismo particular para proteger derechos fundamentales durante el siglo XIX e inicios del XX y su ámbito de protección llegó a incluir varios derechos y libertades fundamentales, hasta que se consolidó el amparo⁵⁰⁷. De modo que, anteriormente el amparo protegía la mayoría de los derechos y libertades fundamentales excepto la libertad personal, que correspondía al *habeas corpus* o exhibición personal. Hoy, con excepción de México, en América se tiende a excluir de su alcance tanto a la libertad personal (con el *habeas corpus*) como a la libertad informática que protege los datos personales, a través del *habeas data*⁵⁰⁸.

La Corte Suprema de Argentina en el *asunto Siri Ángel S.*, en 1957 advirtió la necesidad de habilitar una acción judicial distinta al *hábeas corpus* que solo podía proteger respecto del derecho a la libertad personal y física, instituye así jurisprudencialmente el amparo en dicho país⁵⁰⁹. En el referido caso, el *hábeas corpus* se había interpuesto en contra del cierre de un periódico, pero la Suprema advirtió que este no procedía, sino el amparo, que se encontraba previsto de manera implícita en la Constitución, y que los jueces no podían dejar de salvaguardar los derechos fundamentales debido a la ausencia de regulación. Un poco después, en el *Caso Samuel Kot*, la Corte Suprema reitera el precedente que faculta a los jueces a conocer el amparo y

⁵⁰⁶ ROLLA, G., “Técnicas de garantía y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Consideraciones sobre las Constituciones de América Latina y de la Unión Europea”, en BAZÁN, V. (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. I, cit., p. 217.

⁵⁰⁷ FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, cit., pp. 311 y 314.

⁵⁰⁸ VÁSQUEZ SÁMUEL, L. y CASTAÑOS GUZMÁN, S. (coords.), *Juicio de amparo y Derecho procesal constitucional*, cit., p. 240.

⁵⁰⁹ Argentina, Corte Suprema de Justicia, *Siri, Angel*, 27 de diciembre de 1957. Sobre este punto véase ORDÓÑEZ SOLÍS, D., UREÑA NÚÑEZ, M., et. al., *El amparo judicial de los derechos fundamentales en una sociedad democrática*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2007, p. 262.

además reconoció la posibilidad de demandar por esta vía a particulares (*drittwirkung*), con esto se convierte en el primer tribunal latinoamericano en hacerlo⁵¹⁰.

En Latinoamérica el amparo está consagrado constitucionalmente, con ligeras diferencias en el nombre en Argentina; Bolivia; Brasil; Colombia; Costa Rica; Chile; Ecuador; El Salvador; Guatemala; Honduras; México; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; República Dominicana; y Venezuela. Uruguay no cuenta con disposición constitucional al respecto, pero se considera un derecho implícito⁵¹¹. En Europa se incorporó primero en la Constitución de Alemania, de Austria; España y Suiza, posteriormente en Andorra, Albania, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Georgia, Hungría, Polonia, República Checa, República de Macedonia, Rusia y Serbia y Montenegro. En África y Asia se cuenta con instituciones similares al amparo en Cabo Verde, Corea del Sur y Macao⁵¹².

La evidente expansión progresiva por Europa y actualmente hacia África y Asia, también se advierte en los instrumentos internacionales y en el Derecho internacional de los derechos humanos. Desde 1948 la influencia del amparo mexicano se denota en las Declaraciones Americana (art. XVIII) y Universal de los Derechos del Hombre (art. 8); también en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 2) de 1966 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 25.1) que prevén el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido para amparar contra violaciones de los derechos fundamentales⁵¹³. Cabe destacar que a la competencia de los sistemas regionales de protección de derechos, con sus respectivas Cortes, se les denomina propiamente amparo internacional o amparo transnacional⁵¹⁴, esto así porque la vía queda

⁵¹⁰ Argentina, Corte Suprema de Justicia, *Samuel Kot*, 5 de septiembre de 1958. Sobre este punto véase LÖSING, N., *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, cit., pp. 228 y 229.

⁵¹¹ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La acción constitucional de protección (recurso de protección) en Chile y la acción de amparo en México”, en GONZÁLEZ OROPEZA, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. II, cit., p. 100.

⁵¹² VÁSQUEZ SÁMUEL, L. y CASTAÑOS GUZMÁN, S. (coords.), *Juicio de amparo y Derecho procesal constitucional*, cit., p. 221.

⁵¹³ FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, cit., p. 316.

⁵¹⁴ VÁSQUEZ SÁMUEL, L. y CASTAÑOS GUZMÁN, S. (coords.), *Juicio de amparo y Derecho procesal constitucional*, cit., p. 221.

abierta cuando los recursos previstos a nivel interno son agotados y la violación a los derechos fundamentales no ha sido subsanada⁵¹⁵.

La tendencia actual del amparo iberoamericano, entre otras, es a considerarlo como un auténtico proceso jurisdiccional autónomo, su legitimación activa se amplía hacia figuras de representación colectiva como el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público y asociaciones constituidas para la defensa de intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos, también se admite contra actos u omisiones lesivos provenientes de particulares y en algunos países incluso contra normas de carácter general, y pueden ordenarse medidas cautelares⁵¹⁶. Además, se observa con frecuencia la coexistencia de dos magistraturas para conocer del amparo, es decir que si los tribunales ordinarios lo conocen en primera instancia, en el Tribunal Constitucional o en la Sala de lo Constitucional procede una *supercasación* de ese recurso⁵¹⁷.

El amparo constituye un mecanismo de protección judicial reforzado de los derechos fundamentales que se caracteriza por su brevedad, la simplicidad de sus trámites y las amplias potestades concedidas al juez que resuelve el conflicto. Con él no se procura suplantarse las vías judiciales ordinarias, sino ofrecer una tutela jurisdiccional adicional y específica⁵¹⁸. Y es que los derechos fundamentales pueden ser protegidos a través de los procesos judiciales ordinarios, sin embargo, se justifica la creación de un proceso diferente, por el alto valor de dichos derechos. Partiendo de esto, algunos sugieren adecuar el proceso de amparo y destinarlo solo para la protección del contenido esencial o constitucional del derecho fundamental, pues su extensión al contenido infraconstitucional lo aparta de su cumplimiento efectivo, lo dificulta y desnaturaliza⁵¹⁹. Se le denomina sumario por tratarse de un proceso urgente y acelerado o rápido, además se dice que es preferente, en razón de que los órganos judiciales habrán de tramitar de

⁵¹⁵ ROLLA, G., “Técnicas de garantía y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Consideraciones sobre las Constituciones de América Latina y de la Unión Europea”, *cit.*, pp. 218 y 219.

⁵¹⁶ FERRER MAC-GREGOR, E, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, *cit.*, pp. 322 a 325.

⁵¹⁷ ZÚÑIGA URBINA, F., “Jurisdicción constitucional en la perspectiva actual: Notas para una comparación en América Latina”, *cit.*, p. 274.

⁵¹⁸ CASAL, J., *Los derechos humanos y su protección: Estudio sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 57.

⁵¹⁹ CASTILLO CÓRDOVA, L., “Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad”, *cit.*, pp. 53 y 55.

manera prioritaria, independientemente del orden de ingreso, estos asuntos⁵²⁰. Para garantizar los derechos de las personas, en esta vía, el Derecho sustancial prima sobre la forma, de ahí la justificación de que el o la jueza de amparo pueda subsanar los errores de la presentación de las pretensiones jurídicas de los quejosos⁵²¹ e incluso ordenar de oficio medidas de instrucción.

El procedimiento de amparo en algunos países como Venezuela y Uruguay es conocido por los jueces cuya especialidad sea más afín al derecho reclamado⁵²². En México, Argentina, Guatemala, Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia el conocimiento de la demanda de amparo corresponde a los tribunales de primera instancia. En cambio, en Costa Rica y El Salvador compete de manera exclusiva a la Sala Especializada o Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁵²³.

Como todo proceso, la acción de amparo requiere de la coexistencia de un tribunal competente, objetivo e imparcial, en el que se garantice la defensa técnica eficaz o igualdad de armas de las partes, que el procedimiento sea público; se valoren correctamente las pruebas, la sentencia se emita dentro del plazo razonable, esté bien motivada y se ejecute sin limitaciones⁵²⁴. En esta posición, Cappelletti y Bryant indican a modo general que el derecho de acceso a la justicia se ve obstaculizado, entre otros factores, por el costo de los litigios, la gran duración de los procesos, las asimetrías entre las partes, la falta de experticia técnica de los abogados; especialmente en materias complejas, la carga laboral excesiva en los tribunales y la falta de formación de los jueces⁵²⁵.

⁵²⁰ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. al.*, *Derecho constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, *cit.*, pp. 436 y 437.

⁵²¹ LÓPEZ CUÉLLAR, N., *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 22.

⁵²² *Ibidem*, p. 27.

⁵²³ ALMEIDA DO AMARAL, K., “O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2012, pp. 17 y 18.

⁵²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La acción constitucional de protección (recurso de protección) en Chile y la acción de amparo en México”, *cit.*, pp. 100 y 101.

⁵²⁵ CAPPELLETTI, M. y BRYANT, G., *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1996, p. 13. Sobre este punto véase ORTIZ AHLF, L., “¿Es el amparo un recurso efectivo para la protección de los derechos

Desde principios de la década de los años cincuenta del siglo pasado, se hablaba sobre las barreras de los accionantes para acceder al amparo, como la falta de capacidad técnica o de recursos para contratar abogados especialistas en la materia, puesto que frecuentemente se superponía la habilidad sobre la justicia. El juzgador por su parte, estaba vedado de solicitar oficiosamente pruebas para decidir sobre la alegada violación, además de otros tantos requisitos formales que también constituían trabas⁵²⁶.

De acuerdo con Ortiz Ahlf, la operatividad actual del recurso de amparo, como mecanismo de garantía y protección efectiva de derechos, está lejos de ajustarse a los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia. Para el autor, hace falta proveer asistencia legal y de intérpretes a toda persona; adoptar normas que garanticen la ejecución de las sentencias de amparo y que sancionen la denegación de su acceso o prevean indemnización por error judicial⁵²⁷. Otros recomiendan mejorar la articulación del trámite de admisión del amparo, dada la avalancha creciente de dichos recursos, especialmente con poca relevancia que amenazan a los tribunales con colapsar y ocasionan una crisis funcional de la propia institución⁵²⁸. Respecto a esto último cabe mencionar el caso de Costa Rica, donde la Sala Constitucional al monopolizar el conocimiento de todos los conflictos de orden constitucional, recibe y tramita aproximadamente unos diecisiete mil casos anuales, de los cuales el noventa y dos por ciento, es decir alrededor de quince mil, son amparos, por ello se ve obligada a inadmitir el cincuenta por ciento con la simple coletilla de que se trata de *asuntos de mera legalidad*⁵²⁹.

humanos?”, en GONZÁLEZ OROPEZA, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. II, *cit.*, p. 210.

⁵²⁶ TENA RAMÍREZ, F., *El amparo de estricto Derecho: orígenes, expansión, inconvenientes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2005, pp. 4, 11 y 26.

⁵²⁷ ORTIZ AHLF, L., “¿Es el amparo un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos?”, *cit.*, pp. 193 y 213.

⁵²⁸ HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Reus, Madrid, 2009, pp. 48, 49 y 126.

⁵²⁹ HERNÁNDEZ VALLE, R., “La eclosión del recurso de amparo en Costa Rica (problemas y posibles soluciones)”, en BAZÁN, V. (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. I, *cit.*, pp. 907 y 908.

Pues bien, para evitar excesos en el empleo del amparo, hay que ser conscientes de que este procede ante situaciones graves que requieren ser afrontadas con urgencia, lo que se acredita demostrando la agresión del contenido esencial del derecho fundamental. Además, por su carácter sumario, se requiere que la lesión o amenaza al derecho sea tan evidente que no sea necesario transitar por una previa actuación probatoria. Finalmente, la exigencia de que la agresión debe ser manifiesta implica que no sean controvertidos ni la titularidad del derecho ni los hechos que la configuran⁵³⁰.

Al no cumplirse con estos presupuestos indicados, se declara generalmente la notoria improcedencia del amparo o su inadmisión, debido a la existencia de otra vía judicial efectiva, lo que significa que se utiliza la acción sin revisión previa de sus contenidos y requerimientos elementales, un uso equivocado de la herramienta⁵³¹, o que no existen estándares claros o uniformes que permitan al accionante identificar ciertamente cuándo este procede o no.

Esto refleja por otro lado, la necesidad de combatir el excesivo formalismo de los ordenamientos procesales y de brindar mayor simpleza y celeridad a todo el que accede a la justicia, debido a que si se abusa de la institución del amparo se puede fomentar la inestabilidad y el retraso innecesario de los demás casos, entre otras consecuencias⁵³². Un dato importante es que los estudios revelan la insuficiencia de jueces para conocer todos los amparos que en cantidad excesiva se presentan generalmente, debido a la conducta omisiva reiterada del Estado, lo que revela la urgencia de adoptar medidas para prevenir las omisiones e incumplimiento masivos del Estado⁵³³.

⁵³⁰ CASTILLO CÓRDOVA, L., “Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad”, *cit.*, pp. 56 y 58.

⁵³¹ GIACOMETTE FERRER, A., “La tutela como mecanismo de protección constitucional frente a crisis de la justicia”, en SAGÜEZ, N. y VÁZQUEZ, L. (coords.), *VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, t. II, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, 2011, p. 102.

⁵³² LÖSING, N., “La institución del amparo y su accidentada trayectoria en la protección de los derechos fundamentales”, en AHRENS, H. (comp.), *El Estado de Derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2012, pp. 132 y 133.

⁵³³ GIACOMETTE FERRER, A., “La tutela como mecanismo de protección constitucional frente a crisis de la justicia”, *cit.*, p. 105.

Por último, actualmente se expande otra modalidad de amparo que promete grandes ventajas para la salvaguarda de los derechos fundamentales, esto así porque ante ciertas circunstancias permite perfeccionar el ordenamiento jurídico, y sobrepasar la protección individual de los derechos y libertades fundamentales⁵³⁴. Se trata del amparo de derechos colectivos, denominado también de intereses colectivos, difusos, sociales, de grupo, de clase, de serie, de incidencia colectiva, dispersos, propagados, metaindividuales, transindividuales, entre otros. Por ello, Fairén Guillén observa que dichos *intereses* o *derechos* evocan un concepto nuevo e incierto⁵³⁵. En palabras llanas, amparar colectivamente conlleva proteger el derecho colectivo sobre el individual. Se trata de armonizar la afectación de intereses que trascienden el derecho subjetivo. Los intereses colectivos implican la no individualización de estos, su continua amenaza, su impersonalidad y por ende, la indiferente afectación a todos los pertenecientes a una categoría⁵³⁶.

Hay autores que distinguen las *acciones de clase* o *class actions* de las *acciones civiles públicas* y de las *acciones de organizaciones o asociaciones*, por ser estas promovidas por los miembros del grupo, por agentes del gobierno y por asociaciones, respectivamente. Sin embargo, otros entienden que la diferencia esencial entre una acción colectiva y una individual reside en la capacidad de la primera de proteger el derecho de un grupo. De lo expuesto se deduce que la acción colectiva es promovida por un representante legitimado colectivamente; su objeto es resguardar los derechos pertenecientes a un grupo de personas, y la sentencia que se dicte al efecto, vincula al grupo como un todo y produce cosa juzgada⁵³⁷.

Este amparo para la defensa de los derechos colectivos puede ser una excelente herramienta para la exigibilidad judicial de los derechos sociales, sin embargo, deben

⁵³⁴ FERRER MAC-GREGOR, E., “Amparo colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y DANÉS ROJAS, E., *La protección orgánica de la Constitución. Memoria del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 46.

⁵³⁵ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 93.

⁵³⁶ GOZAÍNI, O., “El amparo y la defensa de los derechos colectivos”, cit., pp. 94 y 95.

⁵³⁷ GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de Derecho civil*, trad. de L. Cabrera Acevedo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2004, pp. 31 y 32.

superarse los obstáculos procesales que presenta y empoderarse a los ciudadanos y ciudadanas, porque las demandas sociales no llegan a los tribunales frecuentemente porque los afectados desconocen el Derecho y la manera de reclamar los derechos jurisdiccionalmente⁵³⁸. Algunas de las acciones colectivas que han sido acogidas, han podido prevenir el cobro de impuestos ilegales; aumentos indebidos de tarifas de autobuses; violaciones al medio ambiente; publicidad engañosa; daños provocados por productos defectuosos; falta de información suficiente a los consumidores; y uso de cláusulas abusivas en contratos de adhesión⁵³⁹.

⁵³⁸ MAISTEGUI, G., FAIRSTEIN, C. y KWEITEL, J., “La integración de estrategias complementarias de exigibilidad de DESC”, en *El derecho a exigir nuestros derechos: derechos económicos, sociales y culturales en el panorama internacional*, Observatorio de Derechos Humanos-Icaria, Barcelona, 2002, pp. 51 y 58.

⁵³⁹ GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de Derecho civil*, cit., p. 27.

CAPÍTULO III

LAS SENTENCIAS QUE CONTROLAN POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

Para un análisis de sentencias que controlan políticas públicas sociales, no solo resulta pertinente repasar previamente la teoría de los derechos sociales fundamentales y del Derecho constitucional contemporáneo, sino también corresponde estudiar las diversas concepciones del Derecho, lo que facilita la comprensión y evaluación del tipo de argumentación constitucional utilizada y las razones para el respaldo de tales decisiones. A continuación, se describen brevemente las más contemporáneas concepciones del Derecho y de los métodos de argumentación.

1. CONCEPCIONES DEL DERECHO E INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL PARA EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

1.1. Concepciones del Derecho

El término concepción del Derecho se refiere a la manera de responder a los aspectos elementales del Derecho que abarcan desde la identificación de sus componentes fundamentales, el concepto de Derecho válido, sus límites, la relación entre este y la moral o la política¹, las funciones y fines de dicha ciencia, hasta los mecanismos de su producción, interpretación y aplicación, entre otros. Durante el siglo XX existieron tres

¹ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2018, p. 21.

concepciones centrales del Derecho: el normativismo positivista, el realismo y el iusnaturalismo, subsidiariamente se ubica también a las concepciones escépticas del Derecho² y cobra auge actualmente la concepción del Derecho como argumentación. Como bien considera Troper, los jueces deciden según la concepción de la naturaleza del Derecho que tengan³. A los fines de este estudio, se analizan las tres concepciones más recientes e importantes para el control de las políticas públicas sociales.

1.1.1. El realismo jurídico

El realismo jurídico es una concepción que surge a finales del siglo XIX, tras la crisis del Estado liberal de Derecho, en oposición al formalismo jurídico. El realismo ve el Derecho como una realidad y como una práctica que se lleva a cabo en una sociedad cambiante, y parte de la tesis de las fuentes sociales del Derecho, del escepticismo interpretativo y de la separación entre Derecho y moral⁴. Rudolf von Ihering es el primer europeo que trató de relacionar el Derecho con la realidad social. Otros como Philip Heck, Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, François Geny, Leon Duguit, Maurice Hauriou y Santi Romano propugnaron por la interpretación jurídica basada en los intereses y necesidades sociales; la concepción del Derecho vivo; el carácter libre y subjetivo del Derecho; el rechazo al fetichismo legal; la visión del Derecho como regla social; y la identificación del Derecho como ordenamiento respectivamente⁵.

El realismo estudia la dimensión social del Derecho mediante los métodos de las ciencias sociales empíricas y hace un análisis externo del Derecho en la acción, es decir, concibe las normas como un fenómeno atado a los aspectos sociales, históricos,

² ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 19 y 20.

³ TROPER, M., *La Filosofía del Derecho*, trad. de M. García-Berrio, Tecnos, Madrid, 2008, p. 29.

⁴ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica, cit.*, p. 25.

⁵ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2014, pp. 291 y 292.

económicos, políticos, entre otros. De ahí que defienda la validez de las normas en el sentido fáctico o sociológico de eficacia y no simplemente jurídico formal⁶.

De acuerdo con Barberis, en el siglo XX se destacan tres corrientes del realismo jurídico europeo continental: el escandinavo (sueco y danés), el italiano y el francés que procuran conocer el Derecho no como valor ni norma, sino como hecho. El sueco toma auge en 1940, a partir de las tesis de la Escuela de Uppsala y de la realidad propuestas por Axel Hägerström y también por Lundstedt, Olivecrona e Ingemar Hedenius. Se reconoce, no obstante, al danés Alf Ross como el autor más importante del realismo jurídico⁷. Hägerström rechazó los valores y Olivecrona precisó que el lenguaje jurídico no es exclusivamente descriptivo, sino también prescriptivo. Alf Ross concibe el Derecho como un fenómeno de la realidad cuyo contenido es un hecho histórico cambiante con el tiempo, el lugar y dependiente de factores externos de poder. Para él constituye también un parámetro de trabajo del juez, quien al interpretarlo le da vida y lo hace surtir efectos⁸. Ross hizo un gran aporte al formular una teoría escéptica moderada de la interpretación, en la cual esta es entendida como una actividad de atribución de significado (norma) a un enunciado jurídico o disposición, lo que a su vez se puede traducir en distintas normas aplicables para los casos determinados. De ahí la necesidad de recurrir a uno o más argumentos (literal, analógico, a contrario, etc.) para justificar la interpretación adoptada⁹.

El realismo jurídico italiano por su parte, se consolida principalmente en Génova gracias a Giovanni Tarello y Silvana Castignone. De acuerdo con Tarello, el legislador solo produce textos (enunciados o disposiciones), mientras que los significados (normas),

⁶ PÉREZ LLEDÓ, J. y GONZÁLEZ LAGIER, D., “Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: De la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin”, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, Alicante, 2012, pp. 10 y 14.

⁷ BARBERIS, M., “El realismo jurídico europeo-continental”, en FABRA ZAMORA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, pp. 227 y 228.

⁸ OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, trad. de G. Cortés Funes, Olejnik, Buenos Aires, 2018, pp. 18 y ss.; ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010, pp. 29 y ss. Sobre este punto véase CAMPOS ZAMORA, F., “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 122, 2010, pp. 211 y ss.

⁹ BARBERIS, M., “El realismo jurídico europeo-continental”, *cit.*, p. 231.

son producto de los intérpretes mediante la jurisprudencia y la doctrina¹⁰. Por último, el realismo jurídico francés fue desarrollado en la Universidad de Nanterre por Michel Troper, quien afirmó que las competencias pueden modificarlas los propios órganos mediante la interpretación, especialmente los Tribunales Constitucionales o supremos¹¹. Igualmente, Troper refiere que una norma es jurídica cuando una autoridad jurisdiccional ha interpretado que tiene el significado de norma jurídica¹².

A pesar de que no es mencionado el realismo jurídico alemán, algunos juristas alemanes anticiparon los principios fundamentales del realismo jurídico. Así, a partir de Rudolf von Jhering se concibe el Derecho como una idea práctica que revela un fin y un medio¹³. Otro autor importantes es Phillip Heck quien aportó a la *Jurisprudencia de Intereses* y planteó la necesidad de identificar los principios que los jueces deben seguir para decidir los casos concretos¹⁴.

En Estados Unidos, el realismo jurídico se origina gracias al juez Oliver Wendell Holmes, para quien el Derecho no es más que un conjunto de predicciones sobre la labor de los tribunales. En esa línea, sostiene que los factores jurídicos más importantes son los relativos a la efectividad del Derecho ante los tribunales y que las normas jurídicas no influyen tanto en las decisiones como el carácter, la cultura, los prejuicios, opiniones y condición, etc., de los jueces¹⁵. El realismo jurídico estadounidense cobró fuerza intelectual en los años veinte en dos escuelas de Derecho, Columbia y Yale, con los aportes de Karl Llewellyn, Underhill Moore, Walter Wheeler Cook, Herman Oliphant,

¹⁰ TARELLO, G., “Frammenti di una teoria dell’interpretazione”, en GUASTINI, R. (ed.), *Problemi di teoria del Diritto*, Mulino, Bolonia, 1980, pp. 281 y ss.; TARELLO, G., *La interpretación de la Ley*, trad. de D. Dei Vecchi, Palestra, Lima, 2013.

¹¹ TROPER, M., *Ensayos de teoría constitucional*, trad. de B. Bolaños, Fontamara, México, D. F., 2008. Sobre este punto véase BARBERIS, M., “El realismo jurídico europeo-continental”, *cit.*, pp. 232 y 233.

¹² TROPER, M., “Service public et justification en Droit”, en LYON-CAEN, A. y CHAMPEIL-DESPLATS, V. (dirs.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, París, 2001, pp. 146 y ss.

¹³ CAMPOS ZAMORA, F., “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *cit.*, pp. 199 y ss.

¹⁴ HECK, P., “The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interest”, en AA.VV., *Jurisprudence of Interests*, Harvard, 1948, pp. 122 y ss. Sobre este punto véase CAMPOS ZAMORA, F., *ibid.*

¹⁵ HOLMES, O., *La senda del Derecho*, trad. de J. Solar Cayón, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 53 y ss. Sobre este punto véase PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 95 y ss.

Leon Green, Jerome Frank, entre otros, quienes se oponían al formalismo o a la jurisprudencia mecánica y sostuvieron que el Derecho era indeterminado y casual porque las razones jurídicas no justifican una única decisión, ni son suficientes para revelar por qué los jueces deciden de dicha manera¹⁶. Dicha línea del realismo puede dividirse en el ala sociológica, representada por Oliphant, Moore, Llewellyn y Felix Cohen, quienes describieron las decisiones judiciales como patrones predecibles en los que distintas fuerzas sociales obligan a los jueces a responder de manera similar y predecible, en cambio, para el ala idiosincrática, explicada por Frank y por el juez Hutcheson, lo determinante en el accionar de los jueces son los hechos idiosincráticos relativos a la personalidad de estos¹⁷.

De acuerdo con Brian Leiter, la imagen que tenemos del realismo jurídico norteamericano es altamente distorsionada y centrada solo en la obra de Jerome Frank, para quien supuestamente las decisiones judiciales dependen esencialmente de lo que ha desayunado el juez, y por tanto se imputa a todos los autores una visión bastante radical¹⁸. Leiter aclara entonces que esta concepción realista plantea que los jueces no deciden basándose solo en factores idiosincráticos, sino también conforme a posiciones compartidas entre ellos. Además, se reconoce en las decisiones judiciales la vinculación a las normas, recabadas a partir de las regularidades del comportamiento judicial. Por último, los realistas no niegan las reglas, sino que ellas determinan las decisiones judiciales en menor medida de lo que se estima, pues si en un caso concreto existe más de una respuesta, la decisión judicial no puede predecirse únicamente con base en razones jurídicas¹⁹.

Por su parte, Karl Llewellyn resume los aspectos comunes de este movimiento en Norteamérica, en los siguientes: Concepción del Derecho como fenómeno dinámico,

¹⁶ JEROME, F., "Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 80, 1931, pp. 17 y ss.; LEITER, B., "Realismo jurídico estadounidense", trad. de J. Fabra Zamora, en FABRA ZAMORA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I., cit., pp. 241 y 243.

¹⁷ LEITER, B., *ibidem*, p. 249.

¹⁸ LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 16 y ss. Sobre este punto véase NÚÑEZ VAQUERO, Á., "El realismo jurídico de Brian Leiter", *Diritto e Questioni Pubbliche*, Palermo, 2011, p. 440.

¹⁹ LEITER, B., *ibid.* Sobre este punto véase NÚÑEZ VAQUERO, Á., *ibidem*, pp. 441 y ss.

instrumental y de creación judicial; creencia en la necesidad constante de revisión y adaptación del Derecho a los cambios sociales; separación transitoria entre el ser y deber ser del Derecho a efectos de su estudio; desconfianza en las reglas y conceptos jurídicos tradicionales que pretenden describir lo que los tribunales hacen en realidad²⁰ y que son asumidas como el factor decisivo en las decisiones judiciales, cuando en realidad las decisiones se toman sobre la base de factores distintos de las reglas, para luego fundamentarlas como si se hubieran tomado siguiéndolas; desconfianza en las reglas verbalmente simples que frecuentemente envuelven situaciones complejas; e insistencia en evaluar cualquier parte del Derecho en términos de sus efectos y en atacar constantemente sus problemas²¹. En igual sentido, si bien se identifican planteamientos jurídicos críticos y muy heterogéneos entre sí, los mismos tienen en común esencialmente una actitud relativista, un método empirista y un enfoque funcional²².

Los realistas escandinavos son menos radicales que los estadounidenses, intentan definir al Derecho en términos de práctica social, no obstante, incorporan la norma jurídica como esquema de interpretación y evaluación de ella, y el Derecho pasa a depender de la norma y de su observancia social para ser considerada vinculante por sus destinatarios²³. Los realistas suecos privilegian la interpretación doctrinal por encima de la judicial. En cambio, para el realismo jurídico norteamericano el juez y el precedente

²⁰ LLEWELLYN, K., "Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. XLIV, 1931, pp. 1236 y ss.; LLEWELLYN, K., "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons About How Statutes Are to Be Construed", *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, 1950, pp. 395 y ss. Sobre este punto véase CAMPOS ZAMORA, F., "Nociones fundamentales del realismo jurídico", *cit.*, pp. 205 y 206.

²¹ LLEWELLYN, K., "A Realistic Jurisprudence – The Next Step", *Columbia Law Review*, n.º 30, 1930, pp. 431 y ss.; LLEWELLYN, K., "Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound", *ibid.* Sobre este punto véase GARRIDO GÓMEZ, M. I., "La predecibilidad de las decisiones judiciales", *Revista Ius et Praxis*, n.º 1, 2009, p. 72; PÉREZ LLEDÓ, J. y GONZÁLEZ LAGIER, D., "Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: De la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin", *cit.*, pp. 79 y 80.

²² SOLAR CAYÓN, J., *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, pp. 85 y ss.; SOLAR CAYÓN, J., "Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 2, 2012, p. 176.

²³ CAMPOS ZAMORA, F., "Nociones fundamentales del realismo jurídico", *cit.*, p. 209.

son las figuras principales en los procesos judiciales, lo cual ha permeado el actual sistema de justicia de dicho país²⁴.

1.1.2. El escepticismo jurídico

Pese a que a finales del siglo XIX los realistas fueron escépticos frente al rol de las normas y de los hechos en el Derecho²⁵, los juristas marxistas dudaron de la funcionalidad del Derecho como instrumento para producir cambio social si este constituye la expresión de la voluntad de la clase dominante²⁶. Los marxistas plantearon que la inclusión de los derechos del proletariado no puso fin a la dominación sobre esa clase, pues bajo el capitalismo las libertades y derechos protegen el mecanismo de explotación que es el libre mercado. Explicaron que los derechos eran inmorales y que los regímenes constitucionales liberales fomentaron una especie de falsa conciencia, donde resulta legitimada la explotación de las personas sin propiedad. De ahí que muchas personas con ideología de izquierda, incluidas las tradiciones anarcomarxistas, marxistas occidentales o neomarxistas y antiestalinistas no creyeran en los derechos²⁷.

A partir de los años setenta aparecen las teorías críticas del Derecho que conjugan elementos del marxismo jurídico con las corrientes de la indeterminación radical del Derecho, del feminismo jurídico, de la crítica al racionalismo²⁸, el post estructuralismo francés, el realismo jurídico norteamericano y el movimiento de Derecho y Sociedad, etc. Estas teorías se originaron tras la conferencia dictada en la Universidad de Madison-Wisconsin en 1977 y la persecución sufrida por varios profesores de Harvard y de otras universidades, que simpatizaban con posiciones de izquierda, como una plataforma política para avanzar y transformar la estructura jerarquizada de las facultades de Derecho

²⁴ BARBERIS, M., “El realismo jurídico europeo-continental”, *cit.*, p. 238.

²⁵ ZAPATERO, V., GARRIDO GÓMEZ, M. I. y ARCOS RAMÍREZ, F., *El Derecho como proceso normativo: Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2010, p. 68.

²⁶ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 27 y 28.

²⁷ KENNEDY, D., “La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*”, trad. de J. González Bertomeu, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 1, 2006, pp. 81 y ss.

²⁸ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 27 y 28.

de EEUU²⁹. Sus miembros admiten la tesis positivista de que el Derecho en algunas ocasiones es determinado y en otras indeterminado.

Los Estudios Críticos del Derecho (CLS por sus siglas en inglés) también refutan la idea de la indeterminación global, así como la idea de la única interpretación correcta y de que la determinación e indeterminación son propiedades inherentes de la norma, independiente de la labor del intérprete³⁰. Sus autores principales son Mark Tushnet, Peter Gabel, Frances Olsen, Duncan Kennedy³¹, Nancy Gertner y Helene Iestwaart, quienes inspirados en los movimientos revolucionarios y estudiantiles de los años sesenta, criticaron las instituciones jurídicas como los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, y advirtieron sobre el posible papel transformador de la Academia o de reproducción de la opresión³². Los *crits* no elaboraron una teoría propia del Derecho, pero impulsaron estrategias políticas de litigio, aportaron una gran diversidad de posturas sobre algunos contenidos, diagnosticaron males del Derecho y defendieron temas muy amplios como la igualdad de género, grupos marginados, los derechos de los manifestantes o la crítica a la teoría tradicional de los derechos fundamentales.

Luego, movimientos afines como la teoría crítica de la raza o la teoría jurídica feminista desplazaron los trabajos de estos³³. Ante las ideas del movimiento *Critical Legal Studies* sobre que el Derecho es indeterminado, contradictorio e ideológico, Manuel Atienza advierte que si son defendidas conjuntamente y en un sentido fuerte, resultan irreconciliables entre sí, porque no es posible criticar ni formular una ideología en el Derecho cuando se concibe a este como totalmente indeterminado y contradictorio³⁴.

Otra postura escéptica del Derecho ha sido planteada por las teorías jurídicas feministas, para las cuales los sistemas jurídicos, aun en la actualidad, promueven el

²⁹ MOLINA OCHOA, A., “Estudios críticos del Derecho”, en FABRA ZAMORA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I., *cit.*, pp. 435 y ss.

³⁰ KENNEDY, D., “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica. De Hart/Kelsen”, trad. de I. Flores y R. Vidal Sánchez, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n.º 2, 2008, p. 373.

³¹ KENNEDY, D., “La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*”, *cit.*, pp. 51 y 52.

³² MOLINA OCHOA, A., “Estudios críticos del Derecho”, *cit.*, pp. 438 y ss.

³³ *Ibidem*, pp. 443 y ss.

³⁴ ATIENZA, M., “Prólogo”, en PÉREZ LLEDÓ, J., *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 13 y ss.

dominio del hombre sobre la mujer al estructurar y reproducir las relaciones de género³⁵. El Derecho ordena la coerción con la autoridad y extiende el poder de los hombres sobre las mujeres como algo inherente de la sociedad. Para esta postura, el Derecho no es neutral e infravalora y desprotege a la mujer. El método feminista parte entonces del enfoque de la desigualdad de la mujer con el hombre y define la igualdad en términos de la experiencia de las mujeres³⁶.

Según la teoría biosocial el origen de las diferencias de género se encuentra en la necesidad de cooperación entre quienes componen un grupo para sobrevivir. Para la supervivencia se dividió entonces el trabajo de acuerdo a las capacidades y características. La teoría de la selección sexual plantea en cambio que las diferencias de género surgieron del conflicto de intereses de los sexos a la hora de enfrentar los problemas respecto de la lucha para aumentar la eficacia biológica³⁷. En la antigua Roma el hombre tenía facultad incluso para disponer de la vida de sus hijos y de su mujer. La posición de la mujer fue indudablemente de subordinación hasta que se dan algunos cambios a partir de la Revolución Industrial³⁸. El Derecho común legitimó que la mujer se encontrase sometida al *ius maritalis* y que tuviese como deberes el cuidado del hombre, del hogar y de los hijos, sin poder disponer de sus bienes ni de obligarse contractualmente sin el consentimiento del marido³⁹.

El feminismo o los feminismos, si bien se reconocen algunos antecedentes previos, surgen relacionados con la Ilustración o Siglo de las Luces en el momento de

³⁵ RICOY, R., “Teorías jurídicas feministas”, en FABRA ZAMORA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I., *cit.*, pp. 459 y 460.

³⁶ GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Las categorías del feminismo como factor de sostenibilidad jurídica”, *Revista Derecho y Cambio Social*, n.º 38, 2014, p. 4. Ver también BODELÓN, E., “Pluralismo, derechos y desigualdades: una reflexión desde el género”, *Derechos y libertades*, n.º 5, 1995, p. 206; BODELÓN, E., “La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género”, Universidad Autónoma de Barcelona, *Working Paper*, n.º 148, Barcelona, 1998; GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Los movimientos feministas”, en CARMONA CUENCA, E. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (coords.), *Diversidad de género e igualdad de derechos. Manual para una asignatura interdisciplinaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 70.

³⁷ VÁZQUEZ, J. y RIVAS, E., “Estereotipos de género”, en CARMONA CUENCA, E. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (coords.), *ibidem*, pp. 21 y 22.

³⁸ KAUFMANN HAHN, A., “Los orígenes de la desigualdad de los roles de género: del sistema familiar al organizacional”, en CARMONA CUENCA, E. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (coords.), *ibidem*, p. 33.

³⁹ GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Los movimientos feministas”, *cit.*, p. 61.

emerger un nuevo orden político y social fundado en la primacía de la ley, la autonomía y dignidad humana, así como los derechos inherentes a esta, es decir, en ese llamado “tiempo de los derechos” del siglo XVII y XVIII, cuando aparecen los derechos del hombre en Europa, pero que lamentablemente excluyó a las mujeres y a otros grupos discriminados⁴⁰. Se trata de “toda teoría, pensamiento y práctica social, política y jurídica que tiene por objetivo hacer evidente y terminar con la situación de opresión que soportan las mujeres y lograr así una sociedad más justa que reconozca y garantice la igualdad plena y efectiva de todos los seres humanos”⁴¹.

El concepto de género se introdujo en la teorización feminista en los años setenta, gracias a Kate Millet y Germaine Greer. Cabe resaltar que Poullain De La Barre, Olympe De Gouges y Condorcet marcaron precedentes previos para la teorización. Sin embargo, es la célebre obra “Vindicación de los Derechos de la Mujer” de Mary Wollstonescraft, la que culmina el período de reivindicación ilustrada e inicia una segunda ola que llega hasta inicios del siglo XX y que coincide con el movimiento sufragista y con la defensa del reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres. El movimiento se expandió, primero en América y luego en el resto del mundo. Con la publicación en 1949 de “El Segundo Sexo” de Simone de Beauvoir, se consolidó el feminismo de las décadas siguientes⁴².

Por último, otra postura dentro de las escépticas del Derecho que cabe mencionar es el denominado uso alternativo del Derecho, que consistió en el intento de deducir de manera directa de los principios constitucionales las reglas aplicables por la jurisdicción, como alternativa a las configuradas por el legislador. A esto se le critica el debilitamiento que implica de las funciones del legislador, porque las leyes pasan al plano de lo opcional⁴³.

⁴⁰ AGUILERA, S., “Una aproximación a las teorías feministas”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 9, 2009, pp. 47 y ss. Ver también BODELÓN, E., “Pluralismo, derechos y desigualdades: una reflexión desde el género”, *cit.*, p. 204; GARRIDO GÓMEZ, M. I., *ibidem*, p. 62; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., “Del reconocimiento de los derechos a su realización efectiva: el ser y el deber ser de los derechos de las mujeres”, *Criterio Jurídico Garantista*, n.º 7, 2012, pp. 19 y ss.

⁴¹ RICOY, R., “Teorías jurídicas feministas”, *cit.*, pp. 462 y ss.

⁴² *Ibidem*, pp. 464 y ss.

⁴³ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 2016, p. 152.

Los presupuestos antiformalistas y neomarxistas que intentan transformar las realidades jurídica, social y política, componen la base crítico-constructiva del denominado uso alternativo del Derecho⁴⁴. Dicha corriente teórica y práctica de la juridicidad emerge en contra de los mitos de la cultura jurídica moderna capitalista, y advierte que la interpretación y aplicación del Derecho no son científicas y defiende, en cambio, la función política del Derecho. Surge a principios de los años setenta del siglo pasado en Italia, impulsada por un grupo de jueces asociados con el colectivo denominado Magistratura Democrática que sigue a Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Pietro Barcellona, entre otros⁴⁵. Al igual que los estudios críticos del Derecho, el movimiento alternativo nació a partir de un congreso, en este caso celebrado en Catania, y su nombre quedó fijado tras una conocida publicación que reflexionaba sobre la necesidad de promover otra forma de aplicar el Derecho, a fin de corregir las inequidades estructurales que acepta y que con su aplicación consolida⁴⁶.

El movimiento llega luego a España y en los años ochenta a Brasil, especialmente en Rio Grande do Sul. Su nombre como ha sido indicado, presupone una opción de elección que, cabe resaltar, se compromete con la utópica vida digna para todos y todas, que hace del Derecho una herramienta de defensa y liberación en contra de cualquier tipo de dominación y para ello el poder judicial no es concebido como un mero aplicador de leyes sino que debe ajustarse a la realidad⁴⁷.

En Italia, tal y como se mencionó, aparece con el movimiento de la Magistratura Democrática gracias a Ferrajoli, quien identificó la lucha de jueces contra las normas e instituciones del fascismo⁴⁸. La Magistratura Democrática se inspiró en el socialismo y en

⁴⁴ SOUZA, M. L., *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, p. 29.

⁴⁵ RODRÍGUEZ LOZA, L., “El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución”, *Revista Electrónica Amicus Curiae*, n.º 1, 2013, pp. 1 y 2.

⁴⁶ GARCÍA FIGUEROA, A., “La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas”, en GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.), *Argumentación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 104 y 105.

⁴⁷ FERREIRA SOUZA, L., “Direitos humanos e o uso alternativo do Direito”, *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, n.º 1, 2013, p. 100.

⁴⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz, J. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2018. Sobre este punto véase RODRÍGUEZ LOZA, L., “El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución”, *cit.*, p. 8.

la praxis revolucionaria e impulsó procesos de democratización y de efectividad de los principios constitucionales. Igualmente, en España con el movimiento de la Justicia Democrática representantes como Fernández Viagas y Andrés Ibáñez, entre otros, se opusieron a la dictadura franquista, cuestionaron el papel tradicional del juez y propusieron la interpretación a partir de principios ideológicos y éticos que favorecían la democracia y la justicia social. No obstante, la desconfianza en el alternativismo jurisdiccional para conseguir serias transformaciones sociales provocó en este último país, la transfiguración del programa jurisprudencial alternativo hacia el garantismo jurídico⁴⁹.

Por otro lado, ligados al iusnaturalismo, al Derecho libre y en oposición al positivismo exegético, juristas brasileños, especialmente gauchos, iniciaron un debate respecto a un Derecho más humano y apartado de los intereses burgueses y del poder. A partir del trabajo de algunos magistrados vanguardistas que asumieron un compromiso con las comunidades excluidas brasileñas, nace el Derecho alternativo, el cual propuso una nueva lectura para la aplicación e interpretación de las normas⁵⁰.

Se atribuye a los grandes desequilibrios socioeconómicos y a la férrea dictadura el surgimiento de la más radical expresión del uso alternativo del Derecho en Brasil. Según Coelho, ese alternativismo no aspira al simple uso alternativo de instrumentos jurídicos para proteger a los trabajadores y desposeídos, sino a reemplazar el orden jurídico estatal tradicional por uno nuevo en el que los principios del socialismo democrático se materialicen⁵¹. Es importante resaltar que los actores claves de esta corriente son los jueces, los cuales contaron luego con la adhesión de abogados, promotores de justicia, fiscales, profesores y estudiantes, quienes defenderán la idea de que cuando el ejecutivo o legislativo incumplen su papel, corresponde al poder jurisdiccional la defensa de los derechos y la transformación social⁵².

⁴⁹ RODRÍGUEZ LOZA, L., *ibid.*

⁵⁰ CARVALHO BARRETO, A. y BAHIENSE DE LYRA, U., “O Direito alternativo e a Instituição de uma dogmática emancipatória”, *Revista Brasileira de Teoria e Constituição*, vol. 2, n.º 2, 2016, p. 1231.

⁵¹ COELHO, L., *Introdução à crítica do Direito*, Livros Hdv, Curitiba, 1983. Sobre este punto véase RODRÍGUEZ LOZA, L., “El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución”, *cit.*, pp. 7 y 9.

⁵² CARVALHO BARRETO, A. y BAHIENSE DE LYRA, U., “O Direito alternativo e a Instituição de uma dogmática emancipatória”, *cit.*, p. 1231.

1.1.3. El enfoque del Derecho como argumentación

Para Manuel Atienza ninguna de las concepciones existentes incorpora una teoría satisfactoria de la dimensión argumentativa del Derecho⁵³, por ello plantea una nueva concepción del Derecho, cuya esencia es el pragmatismo jurídico y que lleva a considerar el Derecho como argumentación. Si bien se admite que el Derecho no es exclusivamente argumentación, es de vital importancia para explicar los fenómenos jurídicos y otorgarle sentido al Derecho mismo⁵⁴.

Dicho enfoque concibe al Derecho como una técnica, es decir, es una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho cuyo objetivo es la solución de problemas prácticos⁵⁵. Para ello se parte del análisis del origen de la teoría de la argumentación jurídica que en los años cincuenta cobra auge con la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica de Toulmin, las cuales rehúyen de la lógica formal para el análisis del razonamiento jurídico.

Con respecto a la obra de Viehweg, esta reivindica el modo de pensar tópico o del razonamiento mediante ejemplos⁵⁶. La tópica es una técnica de búsqueda de premisas; una teoría sobre la esencia de estas o de su uso en la fundamentación jurídica. Como técnica fomenta buscar todas las posturas que se pueden tomar en cuenta⁵⁷. En dicho procedimiento de búsqueda de premisas o tópicos que orientan, la proposición descriptiva de un primer caso se convierte en una regla de Derecho aplicable a los análogos y esas reglas se reformulan de un caso a otro. Aunque Atienza admite que con la tópica se identifican no solo problemas de justificación interna, la desconoce como auténtica teoría

⁵³ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, cit., pp. 8 y 21.

⁵⁴ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 19 y 20.

⁵⁵ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, cit., p. 264.

⁵⁶ VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez Picazo, Civitas, Madrid, 2016. Sobre este punto véase ATIENZA, M., *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2017, pp. 29 y ss.

⁵⁷ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 40 y ss.

de la argumentación porque se reduce a proponer un catálogo de tópicos argumentativos, sin identificar una jerarquía entre ellos, ni proporcionar respuesta a la racionalidad de la decisión jurídica⁵⁸.

Respecto a la tesis de Perelman, se resaltan tres elementos de la argumentación: el discurso, el orador y el auditorio, los cuales interactúan constante e interdependientemente. Se plantea que los argumentos retóricos intentan revelar el carácter razonable de una decisión u opinión y para esto es fundamental la referencia al auditorio al que se trata de persuadir. Así, una argumentación persuasiva solo vale para un auditorio particular, mientras que una convincente se pretende válida para todo ser de razón (auditorio universal). La argumentación pretende la adhesión del auditorio a través del lenguaje⁵⁹. El orador ha de adecuar su discurso al auditorio, independientemente de las características de este. Dicha adhesión del auditorio universal es el fundamento “para la racionalidad y objetividad de la argumentación”, de modo que, para convencer, el orador debe ser imparcial, presentar los contraargumentos y proponer normas o tesis que todos acepten⁶⁰.

Perelman toma en cuenta los razonamientos prácticos tal y como se presentan en la realidad y concede importancia “al eje pragmático del lenguaje, al contexto social y cultural en que se desarrolla la argumentación, al principio de universalidad o a las nociones de acuerdo y de auditorio”, lo que anticipa elementos esenciales de otras teorías de la argumentación. Además, propone la idea de un *Derecho natural positivo*, según la cual para integrar, corregir o colmar las reglas establecidas de forma autoritaria se invocan y aplican principios no contenidos en el ordenamiento positivo⁶¹. En la búsqueda de soluciones para casos difíciles recomienda contrastar el espíritu a la letra de la ley, asimismo ante un conflicto entre principios plantea optar por el razonamiento práctico y,

⁵⁸ ATIENZA, M., *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 30 y ss.

⁵⁹ ATIENZA, M., *ibidem*, pp. 48 y ss.

⁶⁰ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, cit., pp. 159 y ss.

⁶¹ PERELMAN, C., *La philosophie contemporaine. Chroniques*, Florencia, 1968, p. 185 y ss.; PERELMAN, C., *Le champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas, 1970; PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979, p. 160 y ss; PERELMAN, C., “La interpretación jurídica”, trad. del equipo de redacción de Anales de la Cátedra Francisco Suárez, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 50, 2016, p. 103. Sobre este punto véase ATIENZA, M., *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 65 y 75.

consecuentemente, social, fundamentado en una justificación contextual para que sea admitido por el auditorio.

Según Perelman, los tribunales no solo deben ceñirse a la legalidad, sino también al espacio de aceptabilidad social que sus fallos resisten⁶². No obstante, para Manuel Atienza, Perelman no aporta al análisis adecuado de los argumentos jurídicos. Parte de una concepción del Derecho y de la sociedad conservadora, por lo que su teoría de la argumentación no promueve respuestas críticas a ello, ni soluciones a los casos difíciles, la retórica más bien realiza una función ideológica para justificar el Derecho positivo y presentar como imparciales decisiones que no lo son⁶³.

Al analizar la teoría argumentativa de Toulmin se señala que, para esta tesis, las emisiones lingüísticas decaen o triunfan según se apoyen en razones, argumentos o pruebas. Se define la argumentación como la actividad en su conjunto de trazar pretensiones, colocarlas en cuestión, respaldarlas con razones, criticar dichas razones, objetar esas críticas, etc., y a los argumentos como interacciones humanas a través de las cuales se formulan, discuten y/o se da vuelta a trechos de razonamiento. Toulmin distingue cuatro elementos en los argumentos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. La pretensión es el punto de partida y de llegada del proceder en la argumentación. Las razones son hechos determinados del caso. La garantía es lo que permite o autoriza el paso de unos enunciados a otros, la cual, para ser válida, relevante y con mucho peso, debe indicar su respaldo⁶⁴.

Además, Toulmin incluye el estudio de las falacias o de las formas incorrectas de argumentar en su teoría y concede importancia a las conexiones del lenguaje y al razonamiento, a las especificidades de algunos razonamientos relevantes y a las características especiales de la argumentación según el área de que se trate. Atienza

⁶² PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *ibid.* Sobre este punto véase ROMERO MARTÍNEZ, J., *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista: Bases para la toma de decisiones judiciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, pp. 74 y ss.

⁶³ ATIENZA, M., *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 79 y 80.

⁶⁴ TOULMIN, S., *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958, pp. 100 y ss.; TOULMIN, S., *et. al.*, *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, Nueva York, 1984, p. 29. Sobre este punto véase ATIENZA, M., *ibidem*, pp. 82 y ss.

reconoce que se trata de una teoría de la argumentación que ofrece una guía para su ejercicio práctico. Sin embargo, critica la dificultad de diferenciar la garantía del respaldo y su tendencia a implicar que las decisiones judiciales se desarrollan desde conclusiones hipotéticamente trazadas⁶⁵.

En la teoría de Neil MacCormick se persigue evitar los extremos, de ahí que se infiera que se fundamenta en la teoría ética de Aristóteles sobre el término medio. Para el referido autor, justificar una decisión jurídica significa dar razones que muestren que las decisiones aseguran la justicia de acuerdo con el Derecho⁶⁶. Esta teoría prescriptiva y descriptiva no concibe las premisas normativas últimas como el producto de una cadena de razonamiento lógico. Expresa que las razones a favor de los principios normativos no son concluyentes, no son totalmente *ad hoc*, ni completamente emocionales, son razones pertenecientes a la dimensión subjetiva, que deben tener la característica de universalidad. Lo que nos une a determinados principios antes que a otros es nuestra racionalidad y afectividad y ahí reside la esencia de la teoría argumentativa de MacCormick⁶⁷.

Por otro lado, el autor de referencia también admite en algunos casos las justificaciones estrictamente deductivas de los jueces y sostiene que la justificación de decisiones en los casos difíciles implica, primero cumplir con la exigencia de universalidad y, segundo, que la decisión cobre sentido en el sistema y en la sociedad⁶⁸. Es decir, que no se aspira a una única respuesta correcta y se identifica como límites de la discrecionalidad a los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias. Se critica el carácter ideológicamente conservador de la teoría y su reducción a un aspecto bastante parcial de la argumentación jurídica⁶⁹.

⁶⁵ ATIENZA, M., *ibidem*, pp. 93 y ss.

⁶⁶ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978, pp. 19 y 20; MACCORMICK, N., "Coherence in Legal Justification", en PECZENIK, A., LINDAHL, L. y VAN ROERMUND, B. (eds.), *Theory of Legal Science: Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, D. Reidel, Dordrecht, 1984, pp. 235 y ss.

⁶⁷ ATIENZA, M., *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 107 y ss.

⁶⁸ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, pp. 19 y ss.; MACCORMICK, N., "Universalization and Induction in Law", *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bolonga, 12-15 December 1984*, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 91 y ss.

⁶⁹ ATIENZA, M., *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 141 y ss.

En cuanto a la tesis de argumentación jurídica de Robert Alexy, se describe que este considera el discurso jurídico como un caso particular del discurso práctico general o moral. Su teoría del discurso es una teoría procedimental, para la cual un enunciado normativo será correcto si proviene de un procedimiento. Dada la ambigüedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas del método jurídico y la dificultad de prever todos los supuestos, no es posible resolver los casos de forma puramente lógica. Resulta por ello justificada la argumentación jurídica, que aunque tampoco suministra siempre una única respuesta correcta para cada caso, se apoya en el proceso judicial para cerrar cualquier laguna de racionalidad⁷⁰.

Alexy sustenta su teoría de la argumentación en criterios de racionalidad, es decir, tiene una postura analítica y normativa, plantea que el discurso jurídico es un discurso que trata de la correlación entre enunciados normativos⁷¹. Para el autor, el Derecho posee una dimensión ideal que lo vincula con una moralidad procedimental y universalista. Dicha dimensión es la pretensión de corrección planteada por las normas y las decisiones jurídicas.

Alexy señala que la justificación interna de las decisiones jurídicas verifica que la decisión sea el resultado lógico de las premisas aducidas como fundamentación, mientras que la justificación externa persigue la corrección de dichas premisas. Dado que en los casos complejos se necesitan premisas no deducibles de la ley, corresponde entonces a la justificación externa justificar, valga la redundancia, las premisas no provenientes del Derecho positivo⁷². Finalmente, se relaciona dicha tesis de la argumentación jurídica con un caso especial del discurso práctico general, se rebate que del procedimiento discursivo resulte el criterio de la verdad o corrección de los enunciados y se cuestiona la manera de unir la interpretación discursiva jurídica al Derecho positivo⁷³.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 149 y ss.

⁷¹ ROMERO MARTÍNEZ, J., *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista: Bases para la toma de decisiones judiciales*, cit., p. 95.

⁷² ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, cit., pp. 214 y 220.

⁷³ ATIENZA, M., *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 176 y ss.

El enfoque del Derecho como argumentación otorga alto grado de importancia a los principios dentro del sistema jurídico; reconoce el papel de las normas en el razonamiento práctico; concibe el Derecho como una realidad dinámica y práctica social compleja; admite la interpretación como un proceso racional y creador del Derecho; reivindica el carácter práctico del Derecho; considera la validez en términos sustantivos y no solo formales, igualmente promueve la interpretación de normas jurídicas conforme a la Constitución; reconoce el vínculo entre el Derecho y la moral en cuanto al contenido e incluso de tipo conceptual; integra las diversas esferas de la razón práctica; aboga por la pretensión de justicia en la actividad jurídica; promociona el pluralismo jurídico; y señala la necesidad de justificar racionalmente las decisiones en toda sociedad democrática y niega la tesis de que para cada caso existe una respuesta correcta⁷⁴.

Los principales postulados de este enfoque son: Deber de considerar el Derecho en relación con el contexto; entendimiento de que toda teoría se formula con un fin y hacia un auditorio determinado; repudio de concepciones muy abstractas del Derecho; visión instrumental y finalista del Derecho; relación del Derecho con las necesidades prácticas del humano; valoración del pasado; uso del diálogo y del consenso como criterio de justificación; y apreciación de la práctica como fuente de conocimiento, entre otros⁷⁵.

Atienza plantea que la teoría de la argumentación jurídica debe relacionarse con la moral, la teoría del Derecho y la sociología jurídica, y desempeñar tres funciones: una teórica o cognoscitiva, que facilite la comprensión del Derecho, de la argumentación y su contribución con otras disciplinas; una práctica o técnica, que oriente efectivamente para la producción, interpretación, aplicación del Derecho y enseñanza del razonamiento jurídico; y una política o moral, que conduzca al compromiso con una visión crítica y realista del Derecho para el Estado social y democrático de Derecho⁷⁶. Por otro lado, para argumentar, Atienza propone distinguir cuatro etapas o fases: a) Identificar y analizar el problema; b) proponer una solución; c) comprobar y revisar la solución planteada; y d)

⁷⁴ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación, cit.*, pp. 55 y 56.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 57.

⁷⁶ ATIENZA, M., *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica, cit.*, pp. 205 y ss.

redactar un texto. El lenguaje jurídico además, debe ser funcional, es decir, que persiga resolver un problema mediante una decisión clara, precisa, concisa y persuasiva⁷⁷.

En consecuencia, actualmente corresponde, más que aprender métodos interpretativos, estudiar argumentos y su peso respectivo⁷⁸. Otros autores como Prieto Sanchís, también tienen algunos puntos de coincidencia con este enfoque, pues como bien este reconoce, el neoconstitucionalismo requiere de una nueva teoría de las fuentes, que se aleje más del legalismo, se abra al problema de los principios y refuerce la teoría de la interpretación, para que no sea mecanicista puramente ni discrecional absolutamente⁷⁹.

1.2. La interpretación y argumentación constitucional de las políticas públicas sociales

Tras describir algunos aspectos de la concepción del Derecho como argumentación planteada por Atienza, conviene aclarar que en la teoría moderna del Derecho existe una discusión relativa a los conceptos de interpretar y argumentar en la praxis jurídica. Al respecto, es posible encontrar posturas que identifican por igual a ambos tipos de razonamientos jurídicos y otras que incluso rechazan uno por el otro⁸⁰.

1.2.1. La diferencia entre interpretar y argumentar

Señala Guastini que la interpretación que realiza un aplicador del Derecho constituye un acto de voluntad o decisión donde se atribuye o adscribe de significado a un

⁷⁷ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica, cit.*, p. 647.

⁷⁸ VIGO, R., “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias”, en CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H., GONZÁLEZ, L. y VALADÉS, D. (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 2, *Estado constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, p. 857.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 158. Ver también LIFANTE VIDAL, I., “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 25, 2008-2009, p. 277.

⁸⁰ ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 40, 2010, p. 91.

texto. El jurista, por su parte, realiza un acto de conocimiento donde descubre o describe los significados que el texto contiene⁸¹. Sobre el tema, Gascón Abellán entiende que es posible aclarar que el anterior es un concepto amplio de interpretar, mientras que los que conciben un concepto restringido, sugerirán que interpretar es atribuir significado a un texto únicamente cuando existen dudas sobre este y que por ende debe esclarecerse. Además, también se habla de interpretación para denotar distintas actividades y/o su resultado, como la identificación del Derecho válido o la solución de problemas e igualmente cuando se refieren a la interpretación de la ley y de las fuentes del Derecho en general⁸².

Argumentación significa etimológicamente hacer brillar, aclarar, iluminar⁸³. Es justificar, fundamentar, dar razones o expresar el porqué de cierto comportamiento o de determinada decisión. En materia jurídica, es presentar las premisas de un razonamiento cuya conclusión es una norma⁸⁴. Al respecto, insiste Atienza en que la necesidad de argumentar no solo se encuentra en la aplicación del Derecho, sino también en su producción, y en el caso de los jueces, como no son elegidos democráticamente, reviste una importancia mayor para la legitimación de su accionar⁸⁵.

En otro orden, el método de interpretación para algunos constituye una herramienta argumentativa. *Método* etimológicamente significa camino o vía hacia una meta determinada. De ahí que, en el método de interpretación jurídica, la meta consista en obtener la correcta atribución de significado a los enunciados jurídicos y la apropiada valoración de los hechos que conduzcan, a su vez, a una correcta decisión⁸⁶.

⁸¹ GUASTINI, R., “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, trad. de M. Carbonell, en BONORINO RAMÍREZ, P. (ed.), *Pensar el Derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*, Ara, Lima, 2010, pp. 17 y ss.

⁸² GASCÓN ABELLÁN, M., “Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos”, en GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.), *Argumentación jurídica*, cit., pp. 227 y 228. Ver también las definiciones dadas por CABRA APALATEGUI, J. M., “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 33, 2017, pp. 42 y 43.

⁸³ ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, cit., p. 104.

⁸⁴ GARCÍA FIGUEROA, A., “La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas”, cit., p. 85.

⁸⁵ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, cit., pp. 268 y 277.

⁸⁶ GARCÍA AMADO, J. A., “La interpretación constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 2, 2004, p. 62.

Se alega que la interpretación de la Constitución conlleva reglas o técnicas específicas y distintas a las empleadas para otras normas, esto porque, dado que su objeto y contenido normativo es singular y distinto, exige un método que pueda adaptar el contenido normativo al cambio social, sobre todo por su dificultad de reforma y su posible extensa duración en el tiempo⁸⁷. Se distingue, además, porque la Constitución no persigue la fijación de soluciones concretas a los problemas, sino el conformar un marco de ordenación del Estado y de garantía de los derechos; regula tanto conductas como competencias para la regulación de conductas; resulta ser un fenómeno jurídico y político que no puede ser entendido aisladamente⁸⁸; incorpora tanto mandatos de actuación positiva como de optimización de principios; posee una mayor cantidad de normas abiertas e indeterminadas que las restantes, que dicho sea de paso requieren luego ser desarrolladas o concretadas por el intérprete conforme a especificidades jurídicas y fácticas de cada caso que se presente, así como al contexto histórico y cultural de una sociedad plural y compleja para aplicar la norma⁸⁹, entre otras particularidades que al momento de interpretarla deben ser consideradas independientemente del método empleado, pues lo importante es el cumplimiento de los objetivos de la Constitución.

En adición a lo anterior, debe partirse siempre del entendimiento de que los derechos fundamentales son expresiones concretas del principio de dignidad humana y que la Constitución y la actividad estatal se encaminan hacia su realización plena. En esa línea, corresponde igualmente a los jueces constitucionales la materialización de esta y de los derechos que la concretan en su labor diaria. Por esta razón, la interpretación constitucional no puede efectuarse sin tomar en cuenta las normas relativas a los derechos fundamentales⁹⁰, especialmente, el principio *pro persona* que incentiva la interpretación que más optimice un derecho y la aplicación de las normas más favorable a la persona, el

⁸⁷ GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de M. Carbonell y P. Salazar, Trotta, Madrid, 2010, pp. 53 y ss.

⁸⁸ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete”, *Instituto Católico de Administración y Dirección de Empresas, Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 82, 2011, pp. 48 y ss.

⁸⁹ BASSA MERCADO, J., “Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle”, *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 5, 2011, pp. 16 y ss.

⁹⁰ ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, *cit.*, p. 103.

principio de mayor protección de los derechos llamado a ampliar la regulación constitucional de los estándares mínimos, el principio de la fuerza expansiva de los derechos, los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, irreversibilidad y progresividad, entre otros, que llaman a concebir los derechos de manera integral, sin jerarquías y con la obligación de definir objetivos a corto, mediano y largo plazos para su ejercicio efectivo. Por último, Carpio también recomienda la incorporación del concepto de contenido esencial de los derechos y el empleo de la técnica de la ponderación como vía de interpretación más idónea en dicha materia⁹¹.

Los métodos de interpretación constitucional se proponen alcanzar soluciones adecuadas de los casos e influir de manera positiva en el ordenamiento jurídico, por esto tienen que ser previsibles, confiables y prácticos. El uso de un único método es improbable actualmente, pues existe una amplia gama en el Derecho de métodos que permiten según el caso óptimos resultados, entre ellos se encuentran el gramatical, sistemático, material, genético, operativo, teleológico, histórico, comparativo y evolutivo⁹².

El método gramatical pretende mediante las reglas de la gramática y del uso del lenguaje averiguar el significado de los términos en que se enuncia una norma. Mientras que el método sistemático pretende obtener información del significado de una disposición en el marco de un contexto, es decir, según la naturaleza y posición que ocupe en el sistema y en la norma. Este método ha aportado el principio de interpretación conforme⁹³, el cual promueve privilegiar entre varias posibilidades de interpretación, la conforme con la Constitución. Así, la norma examinada es constitucional o inconstitucional siempre que se interprete o no de cierto modo. El Tribunal no evita con ello la cuestión constitucional, sino que se enfrenta a ella y ofrece una solución⁹⁴.

⁹¹ CARPIO, E., *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, pp. 82 y ss.

⁹² OLANO GARCÍA, H., *Interpretación y neoconstitucionalismo*, Porrúa, México, D. F., 2009, pp. 65 y ss.

⁹³ ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, *cit.*, pp. 95 y 96.

⁹⁴ FERRERES COMELLA, V., “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial”, *Yale Law School SELA*

El método material parte de un concepto material de la Constitución y al concebirla como manifestación de un sistema de valores, una utopía e impulsora de transformación social, proyecta sus consecuencias al interpretarla. Con el método genético se analizan los trabajos previos, proyectos, actas deliberativas, material legislativo, gacetas constitucionales y propuestas formuladas en la asamblea nacional constituyente, para dotar de sentido a los preceptos. El operativo, por su parte, es aquel que se utiliza cuando aparecen dudas sobre el significado de las reglas por aplicar en una decisión⁹⁵.

Para la Nueva Escuela del Derecho Natural la interpretación debe ser teleológica y centrada en razón de los bienes o fines correspondientes a cada instituto jurídico o realidad social. Se debe examinar y adoptar la interpretación más justa para el caso concreto⁹⁶. La interpretación teleológica lo que intenta determinar es si el resultado de la interpretación es conforme al objetivo propuesto para la emisión de la norma, es decir, consiste en un análisis de los objetivos y medios.

El método histórico, en cambio, pretende averiguar el objetivo de la norma, recurre a los materiales preparativos de esta, como los motivos planteados para respaldar el proyecto, las actas de los debates, etc.⁹⁷. En palabras de Vigo, el método histórico se limita al análisis del impacto o cambios introducidos por la norma a la situación jurídica que regula. Del método sistemático, anteriormente mencionado, refiere que se resume a la relación interna que vincula a todas las instituciones y reglas jurídicas en el marco de una mayor unidad⁹⁸.

Autores como Häberle proponen la comparación jurídica como método de interpretación de las normas de derechos fundamentales, puesto que este permite invocar

(*Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*), Papers, Paper 40, 2004, p. 15. [Consulta: 20 de diciembre de 2016]. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40.

⁹⁵ OLANO GARCÍA, H., *Interpretación y neoconstitucionalismo*, *cit.*, pp. 61 y 62.

⁹⁶ MASSINI CORREAS, C., “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”, en CIANCIARDO, J. (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, pp. 73 y 80.

⁹⁷ ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, *cit.*, pp. 96 y 98.

⁹⁸ VIGO, R., “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: Realidad, teorías y valoración”, *Dikaion*, n.º 1, 2012, p. 198.

elementos consagrados en otras Constituciones, integrarlos y ofrecer soluciones a problemas resueltos en otros ordenamientos. Además, Häberle recomienda la interpretación constitucional desde la perspectiva cultural, en la cual todos los miembros de la sociedad se involucran, a lo que denomina *la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales* y consecuentemente las teorías y lecturas posibles de la norma constitucional encaminan la interpretación progresiva⁹⁹.

Por último, con el método evolutivo, el intérprete de la Norma Constitucional busca elevar los valores y principios inherentes a la esencia de las instituciones y convertir el texto normativo en Derecho dinámico y eficaz, lo que implica que conceptos antiguos sean actualizados y adaptados a otros supuestos y condiciones no previstos, que pueden alejarse totalmente de la concepción originaria y acercarse a las valoraciones sociales, culturales, políticas, entre otras del contexto actual¹⁰⁰. La interpretación evolutiva se ha convertido también en un criterio frecuente de interpretación utilizado por los tribunales internacionales, porque permite la adaptación y la actualización de los tratados a los diversos cambios que experimentan los grupos sociales¹⁰¹.

En virtud de que la Carta Magna es una norma abierta que debe ser adaptada continuamente a la realidad política y social imperante, la interpretación constitucional se torna más creadora de Derecho que descubridora del sentido escondido detrás de la norma. Para esto se ha desarrollado en la interpretación constitucional el concepto de *living constitution* o *Constitución viva* que propone concebir la norma constitucional como un elemento vivo que tiene que atender y ajustarse a la comunidad en la que se implementa¹⁰².

Según cómo se conciba la esencia de las normas jurídicas, la interpretación y los métodos para aclarar o precisar su contenido serán distintos, y además, al no existir un

⁹⁹ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2016, pp. 151 y ss.

¹⁰⁰ GOIG MARTÍNEZ, J., “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, *Revista de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n.º 12, 2013, pp. 280 y 281.

¹⁰¹ PASCUAL VIVES, F., “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/2, 2014, p. 150.

¹⁰² DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete”, *cit.*, pp. 51 y 52.

orden preferente entre los métodos, la interpretación disfruta de un vasto marco de libertad. Por eso, realistas como Ross afirmaron que mientras más métodos interpretativos se reconozcan mayor posibilidad tendrá el juez para inclinarse por la interpretación que más le guste, y encontrar un método para justificarla de manera razonable a posteriori¹⁰³.

Según quién sea el intérprete pueden identificarse cuatro tipos de interpretación: la auténtica, la judicial, la doctrinal y la oficial. Así, la auténtica es aquella que realiza el mismo autor de la disposición o norma interpretada, generalmente la autoridad legislativa¹⁰⁴, ya sea a *posteriori* o en el momento de elaborarse; la judicial es la efectuada por los jueces y tribunales cuando dictan sus decisiones; la doctrinal es la elaborada por los juristas cuando estudian la ciencia del Derecho y aportan sus tratados, ensayos u opiniones; y la oficial es la llevada a cabo por algunos órganos y entes del Estado al referirse a normas emanadas de otros órganos del Estado¹⁰⁵.

Por otro lado, de acuerdo con el resultado, la interpretación puede ser literal, sistémica, extensiva, restrictiva, creativa, *sensu larguísimo*, *sensu largo*, *sensu estricto*, entre otras. La interpretación literal o gramatical consiste en atribuir a un enunciado normativo el significado más inmediato o intuitivo, que se ajusta a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua, sin aumentar o limitar el alcance del texto expreso¹⁰⁶. Para justificar dicha interpretación se recurre frecuentemente al argumento a contrario¹⁰⁷.

La interpretación sistémica por su parte reside en defender la interpretación de una norma a la luz de otras disposiciones, a partir del carácter consistente y coherente del Derecho. En torno a ello, Tribe y Dorf critican la interpretación desintegrada de la Constitución porque ignora la importante relación entre sus partes y la conciben como un grupo de cláusulas separadas a ser interpretadas, como también la interpretación

¹⁰³ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., pp. 148 y ss. Sobre este punto véase GARCÍA AMADO, J. A., “La interpretación constitucional”, cit., pp. 38 y 64.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ-TOUBES, J., “Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 30, 2014, p. 319

¹⁰⁵ GASCÓN ABELLÁN, M., “Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos”, cit., pp. 229 y 230.

¹⁰⁶ GUASTINI, R., *Interpretación, Estado y Constitución*, trad. de S. Ortega Gomeró, Ara, Lima, 2010, p. 217.

¹⁰⁷ BARRANCO AVILÉS, M. C., *Constitucionalismo y función judicial*, Grijley, Lima, 2011, p. 115.

hiperintegrada de la Constitución, porque ignora que las distintas partes de esta fueron incorporadas en diversas épocas históricas, en las que algunas fueron agraciadas o resistidas por ideologías opuestas e incompatibles¹⁰⁸.

La interpretación extensiva implica incluir en el campo de aplicación supuestos determinados no implícitos del texto, a través del uso de la analogía; en cambio la interpretación restrictiva consiste en excluir de su campo de aplicación supuestos concretos que de la letra del texto se infiere que deberían formar parte de ese campo, es decir, que se reduce el alcance de la norma cuando se entiende que excede lo razonable, para esta se emplea el argumento de la disociación¹⁰⁹.

La interpretación creativa trata de una especie de interpretación dinámica en la que se toma en cuenta el contexto y el tenor de la norma, no tanto su letra; la interpretación *sensu larguísimo* fue denominada así por Wróblewsky para referirse al entendimiento de un objeto como fenómeno cultural; en esa misma línea, por interpretación *sensu largo* se considera la comprensión de los signos lingüísticos; y por interpretación *sensu stricto*, la determinación del significado de una expresión lingüística dudosa en un caso particular de comunicación¹¹⁰.

En cuanto a los tipos de interpretación, también se habla de la teoría subjetiva y objetiva. La subjetiva entiende que el significado de un término debe corresponder con el que el creador de la norma pretendió que fuera. Mientras que la teoría objetiva plantea que los términos contenidos en las normas deben definirse por lo que su significado indica al momento de su interpretación¹¹¹.

Como puede apreciarse, los métodos y tipos de interpretación señalados se auxilian a su vez de ciertos tipos de argumentos. Entre los más conocidos vale describir los siguientes: El argumento *a rubrica* que persigue mostrar que el tema de una norma

¹⁰⁸ TRIBE, L. y DORF, M., *Interpretando la Constitución*, trad. de J. Aliaga Gamarra, Palestra, Lima, 2017, p. 59.

¹⁰⁹ GUASTINI, R., *Interpretación, Estado y Constitución*, cit., pp. 218 y ss.

¹¹⁰ WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azursa, Civitas, Madrid, 1988, pp. 41 y ss. Sobre este punto véase OLANO GARCÍA, H., *Interpretación y neoconstitucionalismo*, cit., pp. 48 y ss.

¹¹¹ ROJAS AMANDI, V., "Interpretación y argumentación del juez constitucional", cit., p. 93.

específica no se corresponde con el capítulo de la Constitución insinuado, sino a otra materia, en virtud del título que lleva; el argumento *ab auctoritate* se emplea para darle peso a la interpretación, no para sustituir la del intérprete; el argumento *ad absurdum* persigue aclarar cuándo una interpretación particular de la Constitución o norma en cuestión es incorrecta dadas las consecuencias que arrastraría¹¹².

Por otro lado, el argumento de la *sedes materiae* promueve la interpretación de una disposición de acuerdo con su colocación en el contexto normativo; el argumento de la constancia terminológica consiste en percibir la interpretación por el significado constante del término, dentro del mismo texto normativo; el argumento de no redundancia consiste en rechazar aquellos significados de una disposición reiterada en otra; el argumento *a cohaerentia* es aquel que sugiere, ante varios significados, el que resulte más coherente con la norma, por eso también se le llama interpretación adecuada o conforme¹¹³.

El argumento genético es el que justifica la interpretación que se corresponde con la voluntad del legislador; el histórico, por su parte, se utiliza para invocar hechos relativos al contexto histórico del problema jurídico, de modo que se facilite el análisis de las razones a favor o en contra de determinada interpretación¹¹⁴. El argumento *a fortiori ratione*, es aquel que demanda un análisis minucioso de la norma para descubrir lo que la motivó; el argumento *a generali sensu* permite conocer las consecuencias que se obtienen de la generalidad de los términos utilizados en las reglas jurídicas que no se encuentran limitadas; y el argumento de la naturaleza de las cosas busca interpretar las normas jurídicas apoyándose en que no pueden contradecir la naturaleza de las cosas¹¹⁵.

El argumento a partir de los principios es el que promueve la interpretación más coherente con los principios fundamentales del sistema jurídico; el argumento de la materia regulada, en cambio, es la interpretación más coherente con los principios

¹¹² OLANO GARCÍA, H., *Interpretación y neoconstitucionalismo*, cit., p. 84.

¹¹³ GASCÓN ABELLÁN, M., “Los argumentos de la interpretación”, en GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.), *Argumentación jurídica*, cit., pp. 259 y 260.

¹¹⁴ ALEXYS, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, cit., pp. 227 y 230.

¹¹⁵ OLANO GARCÍA, H., *Interpretación y neoconstitucionalismo*, cit., pp. 84 y 85.

esenciales de la materia de que se trate; el argumento de las consecuencias es el que rechaza el significado de una disposición que trae consecuencias socioeconómicas o éticas desfavorables; y el argumento pragmático es el que se inclina por la interpretación que confiere efectividad y sentido a una disposición¹¹⁶.

El argumento *a contrario sensu* sirve para prevenir la extensión de una consecuencia jurídica a un caso no contemplado expresamente por una norma; el argumento por analogía consiste en un tipo de inferencia en la que una de las premisas enuncia una relación de semejanza o una semejanza de relaciones¹¹⁷; el argumento de comparación consiste en la confrontación de cosas, objetos o situaciones para descubrir sus similitudes y diferencias; y el argumento de causa y efecto consiste en explicar por qué un resultado se produce¹¹⁸.

Sobre el tema, Gascón Abellán sustenta que la interpretación gramatical se sirve esencialmente del argumento del lenguaje común; la sistemática, del argumento de la *sedes materiae*, del argumento a rúbrica, del argumento de la constancia terminológica, del argumento de no redundancia, argumento a *cohaerentia*, argumento a partir de los principios y argumento de la materia regulada; en cambio, la interpretación funcional o teleológica se sirve del argumento histórico, del genético, del argumento de las consecuencias, del pragmático, entre otros¹¹⁹.

Es importante considerar, además, que existen tres concepciones de la argumentación jurídica: la formal, que es natural de la lógica, donde un argumento es una cadena de proposiciones; la material, que implica además del razonamiento lógico que las razones sean importantes para la conclusión; y la pragmática, que persigue la persuasión o consenso de los demás con respecto de determinadas reglas, por lo que la argumentación es vista como actividad social¹²⁰.

¹¹⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., “Los argumentos de la interpretación”, *cit.*, pp. 260 y 262.

¹¹⁷ ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 179 y ss.

¹¹⁸ CALONJE, C., *Técnica de la argumentación jurídica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 166 y 173.

¹¹⁹ GASCÓN ABELLÁN, M., “Los argumentos de la interpretación”, *cit.*, pp. 258 y ss.

¹²⁰ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, *cit.*, pp. 270 y ss.

Cada método remite a una determinada concepción filosófica del Derecho. Así, la interpretación exegética concibe el Derecho como manifestación de la voluntad legislativa completa y perfecta, al tiempo que la interpretación sistemática parte de la idea del Derecho como sistema; la histórica ve el Derecho como un hecho histórico; y la sociológica lo considera como un producto social¹²¹.

En la concepción formalista de la interpretación, interpretar consiste en indagar el significado indiscutible de los textos jurídicos, por ello se incentivan la interpretación literal y los argumentos tendentes a descubrir la voluntad o intención del legislador consagrada en el texto¹²². Por el contrario, el realismo jurídico americano de la primera mitad del siglo XX respalda la multiplicidad de técnicas interpretativas y el rol de las construcciones dogmáticas de los juristas, reconoce la vaguedad del lenguaje normativo por lo que admite que no existe sentido objetivo en los textos jurídicos antes de la interpretación ni interpretaciones correctas o incorrectas de estos¹²³, esto porque limita la interpretación al contexto de descubrimiento, que considera al juez una máquina esclava de sus pasiones¹²⁴.

En esa misma línea apunta Prieto Sanchís que la teoría de la interpretación guarda estrecha relación con el modelo de justicia constitucional adoptado y que, igualmente, el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica supone la admisión de una determinada concepción interpretativa vinculada a los cambios dados en el sistema jurídico propiciados por el constitucionalismo contemporáneo¹²⁵. Para el referido autor, el positivismo ha promovido dos concepciones contradictorias de la interpretación. Por un lado, ha sostenido que el Derecho, al ser un sistema pleno, debe ser aplicado de modo mecánico o subsuntivo y que el juez es un autómatas, que encuentra la respuesta correcta en cada caso. Por otro lado, algunos autores reconocen que el Derecho presenta lagunas y

¹²¹ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., p. 135.

¹²² GASCÓN ABELLÁN, M., “Los argumentos de la interpretación”, cit., p. 271.

¹²³ GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit., pp. 41 y 42.

¹²⁴ GARCÍA FIGUEROA, A., “Justificación interna y justificación externa”, en GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.), *Argumentación jurídica*, cit., p. 167.

¹²⁵ PRIETO SANCHÍS, L., “La teoría de la interpretación en el origen de la justicia constitucional y en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica”, en GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.), *ibidem*, p. 44.

antinomias, y que ante la zona de penumbra, donde no es posible la subsunción adecuada del caso, el juez puede ejercer una relativa discrecionalidad¹²⁶.

En la primera postura se identifica el pensamiento de Montesquieu, para el cual el juez no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, con lo que la función judicial resulta un simple poder nulo¹²⁷. Dicha teoría formalista, no muy seguida hoy, niega la vaguedad del texto normativo, lo considera incluso unívoco¹²⁸. Esta concepción que dominó en los dos últimos siglos fue el producto heredado de la Ilustración jurídica y especialmente, del movimiento codificador. En ella el juez es un ente pasivo, con una tarea exclusivamente cognitiva, en la cual la ley debe ser ejecutada, no interpretada, según el esquema subsuntivo, pero solo un Derecho formado por reglas taxativas permite efectuar ese modelo de aplicación del Derecho¹²⁹. Y es que para la escuela histórica de Savigny, al ser la ley la máxima expresión del Derecho, dictada por un Parlamento socialmente homogéneo, se defendía un nivel de certeza en la interpretación jurídica que es hoy incompatible con la Norma Fundamental contemporánea que asume como dato la pluralidad propia de las complejas sociedades actuales y normas de carácter abierto e indeterminado¹³⁰.

De modo que, como se observa, en el Estado legal de Derecho la tarea interpretativa consistía en desentrañar el sentido de la ley al subsumir el caso individual, mediante los métodos de interpretación gramatical, lógico, histórico o sistemático. El intérprete se limitaba entonces a la mera reproducción de la ley para el caso concreto, pues el Derecho era concebido como un sistema completo, correspondía resolver los

¹²⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2016, p. 325.

¹²⁷ MONTESQUIEU, C., *El espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Alianza Editorial, Madrid, 2015, pp. 237 y ss.

¹²⁸ GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *cit.*, pp. 39 y 40.

¹²⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “La teoría de la interpretación en el origen de la justicia constitucional y en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica”, *cit.*, pp. 45 y ss.

¹³⁰ SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2009. Sobre este punto véase BASSA MERCADO, J., “Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle”, *cit.*, pp. 19 y ss.

conflictos por medio de leyes claras, casos fáciles y silogismos existentes, so pena de incurrir el órgano jurisdiccional en el delito de prevaricato¹³¹.

No obstante, no se debería olvidar que en el Estado constitucional de Derecho la interpretación se presta por medio de la argumentación, pues la inevitable indeterminación de las normas promueve más de una respuesta jurídica a cada caso concreto, y el intérprete debe escoger una y proceder a respaldarla o a suministrar razones válidas, suficientes, coherentes y persuasivas a su favor. Los anteriores métodos referidos se convierten en argumentos y aparecen así el lingüístico, el genético o el sistemático; pero con un sentido y alcance muy distinto, se admite incluso la creación judicial de la norma jurídica¹³².

Por eso se dice que el iuspositivismo dio respuesta a los *casos fáciles*, la cual se encontraba en la norma dada, pero el neoconstitucionalismo no positivista intenta dar respuesta a los *casos difíciles*, pues las normas no presentan soluciones racionales, por lo que se apela al conocimiento no jurídico que conduzca a la verdad como condición de justicia, a la toma de los derechos en serio o a la superación del umbral de la injusticia extrema, por medio de los argumentos de principios¹³³. La Constitución moderna desincentiva así la interpretación literal debido a su indeterminación. Guastini por su parte, defiende que la Constitución reclama la interpretación evolutiva, es decir, que se le debe atribuir a su texto significado diferente del histórico, que sea variable, para poder adaptar el contenido normativo a las exigencias políticas y/o sociales de la sociedad¹³⁴.

El Estado social y democrático de Derecho, indiscutiblemente, requiere un incremento de la labor justificativa de las decisiones emitidas por los órganos y entes públicos y, consecuentemente, mayor demanda de argumentación jurídica que la exigida por el Estado legal de Derecho¹³⁵. En el nuevo constitucionalismo, los casos no se

¹³¹ VIGO, R., “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración”, *cit.*, pp. 196 y ss.

¹³² *Ibid.*

¹³³ VIGO, R., “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias”, *cit.*, pp. 860 y ss.

¹³⁴ GUASTINI, R., “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, *cit.*, pp. 24 y 25.

¹³⁵ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, *cit.*, p. 17.

resuelven simplemente recurriendo a la autoridad del órgano y al procedimiento de creación de normas, también hay que acudir a los contenidos, lo que deja atrás el formalismo jurídico¹³⁶. Por eso en el presente no encaja el jurista tradicional acostumbrado solo al horizonte conformado por la teoría pura del Derecho, donde normatividad y legalidad son sinónimos¹³⁷.

Y es que las Constituciones actuales no articulan una sola idea del bien, son densas, pluralistas y compatibles con numerosas concreciones posibles. El intérprete, por ende, goza de un amplio margen de posibilidades interpretativas para elegir y concretar el Derecho positivo, debe argumentar y demostrar la idoneidad de su elección. La jurisprudencia desarrolla, por tanto, una importante tarea de concreción normativa que se caracteriza por el nivel de libertad del querer¹³⁸.

Recuérdese que el neoconstitucionalismo, al promover el control judicial de todos los actos del Estado de conformidad con los ambiguos preceptos constitucionales, puede implicar una pérdida de racionalidad y de legitimidad que debe compensarse a través de una vigorosa teoría de la argumentación jurídica¹³⁹. Se debe reforzar la interpretación, para que no sea ni estrictamente mecanicista como tampoco meramente discrecional¹⁴⁰, lo cual constituye, quizás, el aporte más significativo del neoconstitucionalismo a la teoría del Derecho¹⁴¹.

El neoconstitucionalismo admite entonces que no concibe la función jurisdiccional limitada a una simple instancia anuladora¹⁴². Por eso Dworkin explicaba que el

¹³⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 134 y 135.

¹³⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., “Nuevo Derecho, nuevos derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2016, pp. 32 y ss.

¹³⁸ POZZOLO, S., “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, trad. de P. Moreno Cruz, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 181 y ss.

¹³⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “Principia iuris: Una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, 2008, p. 352.

¹⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *cit.*, p. 158.

¹⁴¹ PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 47 y ss.

¹⁴² PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, 2010, p. 468. Ver también lo planteado por BARBERIS, M., “Le néoconstitutionnalisme existe-t-il?”, trad. de P. Brunet y J. Mercier, *Revus*, n.º 25, 2015, pp. 115 y ss.

ordenamiento jurídico no solo se compone de reglas y que, de hecho, si no existe una regla para la solución de un caso o si la propicia es imprecisa, el juez no puede decidir completamente a discreción, sino que debe aplicar rigurosamente los principios jurídicos. Desde este punto de vista, Alexy coincide también en que cuando las reglas no son suficientes para resolver los casos, aparece una laguna de racionalidad que ha de subsanarse sobre la base de la interpretación y aplicación de normas fundamentales a modo de principios¹⁴³. El fundamento teórico de las normas, de la subsunción y de la ponderación, reside entonces en la diferencia entre reglas y principios.

La distinción entre reglas y principios ha sido esencial además para solucionar los principales problemas de la interpretación de los derechos fundamentales. Con ello, se han aportado elementos para identificar los límites de los derechos fundamentales, para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y para comprender el rol de los derechos fundamentales en el sistema jurídico¹⁴⁴. Aunque desde el siglo XIX el Derecho privado distinguió principios y reglas, a partir del análisis de Dworkin, la distinción entre ambos tipos de normas cobró importancia para la teoría del Derecho y de la argumentación jurídica.

Para Dworkin, las reglas son normas que se diferencian de los principios desde una perspectiva lógica, pues generan la disyuntiva al juez, de todo o nada. Así, ante el hecho previsto en la regla, el juez debe aplicarla a cabalidad y si no se verifica, o hay una excepción reconocida por ella, el juez debe descartarla. Sobre esta cuestión, Alexy critica dicha aplicación del todo o nada porque presupone que todas las excepciones a las reglas y a los principios pueden identificarse de antemano, lo que es imposible en los sistemas jurídicos modernos, donde pueden aparecer frecuentemente nuevas excepciones¹⁴⁵, más

¹⁴³ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 102 y ss. Ver también ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 82 y ss.; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 576 y ss.

¹⁴⁴ ALEXY, R., *ibidem*, pp. 81 y ss.

¹⁴⁵ DWORKIN, R., *Los derechos en serio, cit.*, pp. 70 y ss. Ver además ALEXY, R., *ibidem*, pp. 80 y ss.; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, cit.*, pp. 577 y 579.

bien plantea el autor alemán que las reglas son normas que se cumplen o no. Ambos entienden que un conflicto entre reglas se puede resolver con la incorporación de una cláusula de excepción y, si ello no es posible, con la declaratoria de invalidez de una de las reglas, para lo cual pueden aplicarse las sumas de *ley posterior deroga la anterior* (criterio cronológico), o de *ley especial deroga la general* (criterio de especialidad), o también de acuerdo con el criterio de importancia (criterio jerárquico)¹⁴⁶.

Las reglas no tienen fuerza constitutiva más allá de su significado, por eso se dice que se agotan en sí mismas. Si bien las reglas generalmente ordenan algo en el supuesto de que se efectúen ciertas condiciones, no obstante también pueden ordenar algo categóricamente, de manera que lo esencial es que, una vez determinada su validez y aplicabilidad, debe realizarse justamente lo que demandan¹⁴⁷. Los principios, en cambio, no imponen una acción, más bien sugieren una toma de posición de conformidad con su *ethos*, por esto mientras a las reglas se les obedece, a los principios se les procura adhesión¹⁴⁸.

Estima Alexy que, según el criterio de generalidad, los principios son normas con un alto grado de generalidad, paralelamente que las reglas tienen un nivel bajo. Los principios son normas o mandatos de optimización que ordenan la realización de algo en la mayor medida alcanzable y dentro de las posibilidades jurídicas y reales que existan, además se caracterizan porque su cumplimiento puede darse en diferente grado y su ámbito de posibilidades jurídicas se delimita mediante los principios y reglas opuestos¹⁴⁹.

Los principios son guías o normas fundamentales de amplio contenido moral, que representan la cultura y valores erigidos por la sociedad. De acuerdo con Guastini, son normas fundamentales porque caracterizan al sistema jurídico y le otorgan fundamento

¹⁴⁶ ALEXY, R., *ibidem*, pp. 68 y ss.

¹⁴⁷ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, cit., p. 350.

¹⁴⁸ GIL RENDÓN, R., “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, *Quid Iuris*, vol. 12, 2011, pp. 55 y 57.

¹⁴⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 65 y ss.

ético; no necesitan justificarse, porque la cultura jurídica los concibe como correctos y su indeterminación estructural les genera su carácter de derrotables¹⁵⁰.

Al respecto, los positivistas advierten que la ambigüedad e imprevisibilidad de los principios desestabiliza el Derecho, pues mientras el carácter de las reglas es cerrado, en virtud de que fijan supuestos de hecho vinculados con una consecuencia jurídica, de ahí que se conozcan de antemano las condiciones de aplicación y de excepción. En contraste, el de los principios es abierto, porque no precisan supuestos de hecho que se relacionen con una consecuencia jurídica y en consecuencia, no se sabe *a priori* la forma de aplicación de estos¹⁵¹. Es decir, mientras las reglas expresan lo que debe o no y puede o no hacerse en determinadas situaciones previstas en ellas, los principios conducen a tomar posición de favorabilidad o contrariedad, apoyo o disenso y/o rechazo ante un caso concreto, en el cual se puede desprender su significado operativo y alcance¹⁵².

Ahora bien, cuando dos principios entran en colisión, la antinomia no se resuelve con invalidar uno o introducir una cláusula de excepción permanente al principio desplazado¹⁵³, esto porque tal y como ha sido expuesto, los principios carecen de contenido de determinación respecto a los principios opuestos, es decir, no poseen mandatos definitivos ni establecen claramente cuándo deben aplicarse y cuándo hay excepciones¹⁵⁴.

Para Alexy las colisiones entre principios se resuelven a través de la ponderación, en la cual se determina el principio que cede o se prefiere frente al otro que se encuentra en colisión en el caso concreto¹⁵⁵. Por ello, la coexistencia de valores y principios

¹⁵⁰ GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit., pp. 74 y ss.

¹⁵¹ ROMERO MARTÍNEZ, J., *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista: Bases para la toma de decisiones judiciales*, cit., pp. 48 y 49. Ver también DA SILVA, V., "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, n.º 2, 2011, pp. 273 y ss.; SARDO, A., "Three Theories Of Judicial Balancing: A Comparison", *Dignitas*, n.º 53-54, 2012, pp. 60 y ss.

¹⁵² ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., pp. 110 y 111.

¹⁵³ PRIETO SANCHÍS, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", cit., p. 140.

¹⁵⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 70 y 80.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 70 y 92.

requiere que cada uno se asuma de carácter no absoluto para que pueda ser concurrente con los otros con los que debe convivir¹⁵⁶.

Respecto al origen de tan importante principio, el de razonabilidad o proporcionalidad, sus raíces se remontan al Derecho de Inglaterra, y más concretamente el punto de partida lo constituye en Estados Unidos la garantía del debido proceso legal, que si bien fue entendido inicialmente como una garantía de carácter exclusivamente procesal (debido proceso adjetivo), a partir de 1869 se fue interpretando que, además, reconocía un resguardo constitucional contra la legislación irrazonable (debido proceso sustantivo): de esta manera, poco a poco se fue reconociendo como garantía constitucional¹⁵⁷.

Por otro lado, “el origen de la máxima en el Derecho continental se encuentra en el Derecho alemán, concretamente en las sentencias de fines del siglo XIX del Tribunal Supremo Administrativo en el área del Derecho de policía”¹⁵⁸, este se obtiene del principio del Estado de Derecho y del derecho a la libertad, que supone que los derechos fundamentales no pueden limitarse más de lo indispensable para la salvaguarda de los intereses públicos¹⁵⁹. Uno de los más notorios creadores y defensores de la teoría de la ponderación es Alexy¹⁶⁰. No obstante, se apunta por algunos que el principio de proporcionalidad es una noción proveniente de las matemáticas y otras áreas del conocimiento, cuyo fundamento epistémico, es decir, *la relación entre el medio y el fin*, aparece en el pensamiento de la Grecia clásica y luego en el Derecho privado romano. A partir del contractualismo iusnaturalista de la Ilustración aparece entonces como concepto propio del Derecho público europeo¹⁶¹.

¹⁵⁶ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., p. 14.

¹⁵⁷ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad: Del debido juicio sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009, pp. 34 y ss.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 58 y 59.

¹⁶⁰ NOVALES ALQUÉZAR, M., “Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales, o la deuda de la calidad de la democracia con Robert Alexy”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 53, 2019, p. 381.

¹⁶¹ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, cit., pp. 43 y 44.

Ponderar es escudriñar la mejor decisión cuando en la argumentación aparecen razones justificativas contradictorias y de la misma importancia. Para ello, es necesario estimar de manera imparcial los aspectos contrastados del asunto o peso entre dos cosas¹⁶². Se trata de una valiosa herramienta técnica para el control constitucional de las intervenciones de los poderes sobre los habitantes, que permite verificar la adecuación entre el fin buscado y el medio empleado, la necesidad de la medida ante la inexistencia de mecanismo alternativo que garantice igual resultado y menos lesivo y, finalmente, que lo alcanzado valga la limitación¹⁶³.

De lo anterior se obtienen los tres subprincipios o juicios del principio de proporcionalidad: el de adecuación o idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad *stricto sensu*. Con la adecuación o idoneidad se analiza si la medida emitida por el Estado cumple su objetivo, es decir, que tenga un fin, que este se encuentre acorde con la Constitución o tenga relevancia social y que sea posible cumplirse o que la medida sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo que se propone. El juicio de necesidad evalúa que la medida o medio elegido sea el menos restrictivo o lesivo para los derechos dentro de todas las alternativas igualmente efectivas, esto es, debe escogerse siempre el más benigno¹⁶⁴. Se trata de una adecuación del óptimo de Pareto que expresa: una situación es eficiente cuando no puede aplicarse ningún cambio posible que optimice la posición de alguien sin empeorar la de otro¹⁶⁵.

El subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* verifica que la medida sea razonable entre las ventajas y desventajas o costos y beneficios que trae en comparación con el fin perseguido. Los principios son mandatos de optimización¹⁶⁶. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto muestra lo que significa la optimización relativa a los

¹⁶² PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *cit.*, p. 137.

¹⁶³ BARROSO, L., “La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, trad. de C. Peralta, *International Law Students' Association Journal of International & Comparative Law*, vol. 16/3, 2010, p. 711.

¹⁶⁴ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad: Del debido juicio sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, *cit.*, pp. 27 y ss.

¹⁶⁵ PARETO, V., *Manual de Economía política*, trad. de G. Cabanellas, Atalaya, Buenos Aires, 1946, pp. 354 y ss. Sobre este punto véase BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, *cit.*, pp. 741 y ss.

¹⁶⁶ BERNAL PULIDO, C., *ibid.*

principios contrarios, pues señala que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁶⁷. Es decir que para la llamada *ley de la ponderación* las ventajas obtenidas de la satisfacción de un principio deben compensar los sacrificios que conllevan para el otro.

Nótese, pues, que mientras los subprincipios de idoneidad y necesidad enuncian el mandato de optimización concerniente a las posibilidades fácticas, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto lo hace respecto de las posibilidades jurídicas¹⁶⁸. En resumen, en el primer subprincipio se identifica el grado de afectación de un principio, luego, se verifica la satisfacción del principio en conflicto y, por último, se establece si la importancia de satisfacer el principio contrapuesto justifica la afectación o inobservancia del otro principio¹⁶⁹.

Para la teoría de la identidad sobre la relación entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial, solo lo desproporcionado vulnera el contenido esencial del derecho, pues dicho contenido no es más que el producto restante, tras aplicar el principio. Según la teoría de la implicación, en cambio, si bien lo desproporcionado vulnera el contenido esencial, esto no es lo único que lo hace. Por último, la teoría mixta plantea que el contenido esencial lo constituyen las normas definitivas adscritas a una disposición iusfundamental aplicables mediante la subsunción, pero ante casos difíciles, dicho contenido no se determina sin el principio de proporcionalidad¹⁷⁰.

Vale resaltar que para los críticos de la ponderación, esta no proporciona un estándar objetivo de acuerdo con el cual los intereses en competencia puedan ser

¹⁶⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 524 y 529.

¹⁶⁸ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, cit., pp. 350 y 351.

¹⁶⁹ ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit., p. 112.

¹⁷⁰ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, cit., pp. 566 y ss.

comparados unos con otros¹⁷¹. Comanducci por su parte, duda de que al crear principios o ponderarlos en cada caso se busque la aproximación a la certeza del Derecho. Propone que más bien con ello puede perseguirse la adecuación del Derecho al cambio social, fijación de criterios generales, establecimiento de fines de reforma social, delegación de poderes en la determinación del contenido del Derecho, etc.¹⁷². En todo caso, el referido autor defiende que la aplicación del Derecho es siempre subsuntiva, debido a que la ponderación se realiza antes de toda aplicación de reglas o principios¹⁷³.

Según Habermas, la ponderación degrada los derechos al plano de los propósitos, programas y valores y se verifica de manera arbitraria e irreflexible en el marco de la discrecionalidad, y la falta de exactitud es su sacrificio más elevado¹⁷⁴. Entre otras objeciones, también se habla de la falta de estándares guía, la ausencia de una jerarquía de principios que determine la medida o peso que corresponde a los principios, la imprevisibilidad del resultado, la afectación al principio democrático, entre otras¹⁷⁵.

En las posturas contrarias a las mencionadas se encuentra la de Hart que recomienda la ponderación como el método apropiado para la penumbra o el área de textura abierta de las normas¹⁷⁶. Alexy, que responde a las críticas planteando, que los juicios en que se basa la ponderación no son arbitrarios, y que ello solo se podría inferir cuando no se incluye la argumentación. Además, que los derechos fundamentales priman

¹⁷¹ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica. Primera edición de 1934*, trad. de G. Robles Morchón, Trotta, Madrid, 2011, pp. 128 y ss. Sobre este punto véase KENNEDY, D., “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica. De Hart/Kelsen”, *cit.*, p. 368.

¹⁷² COMANDUCCI, P. y ESCUDERO ALDAY, R. (ed.), *Democracia, principios e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho*, Ara, Lima, 2010, p. 129.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 256. Recientemente se idean variantes o alternativas a la ponderación, como el modelo especificacionista que propone a la hora de resolver conflictos entre normas, revisar y delimitar las condiciones de aplicación de las normas en conflicto, añadiendo cláusulas o propiedades al supuesto de hecho, y reduciendo así el ámbito de aplicación de las normas en conflicto, o al menos de una de ellas. Dicha revisión hace posible el encaje sistemático de ambas normas y, con ello, su aplicación subsuntiva. Sobre este punto, véase CABRA APALATEGUI, J. M., “Conflictos de derechos y estrategias argumentativas ¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 51, 2017, pp. 357-380.

¹⁷⁴ HABERMAS, J., *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2010, p. 329.

¹⁷⁵ ROMERO MARTÍNEZ, J., *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista: Bases para la toma de decisiones judiciales*, *cit.*, pp. 1 y 2.

¹⁷⁶ HART, H., *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 126 y ss.

desproporcionadamente cuando se eleva la intensidad de las injerencias, de ahí que se habla del núcleo duro de estos¹⁷⁷.

También se ha argumentado contra las posiciones críticas, que la ponderación produce una jerarquía móvil que no invalida uno de los bienes o valores en conflicto, ni identifica uno como excepción permanente del otro, sino que preserva ambos. Su resultado óptimo es la armonización de ambos o la solución intermedia, que persiga la menor lesión de ambos, es decir, el denominado principio de concordancia práctica¹⁷⁸. Y, que lo que busca la ponderación es erigir una regla susceptible de universalización para aquellos casos que presenten similares propiedades relevantes¹⁷⁹.

1.2.2. ¿Qué entender por control jurisdiccional de políticas públicas sociales a los fines de este estudio?

La política pública ha sido concebida como decisiones de gobiernos (Dye); programa de acción propio de la autoridad pública sobre un ámbito sectorial o para un lugar determinado (Thoenig; Mény y Thoenig); actividades progresivas cuya finalidad es solucionar problemas públicos y en las cuales interactúan actores políticos (Lemieux)¹⁸⁰. Sin embargo, dichas conceptualizaciones se consideran incompletas porque o no reúnen todos los elementos esenciales o son tan generales que admiten como políticas públicas decisiones y actividades que realmente no lo son. Y es que para partir de un adecuado concepto descriptivo, no puede ignorarse su finalidad, los instrumentos para cumplir sus

¹⁷⁷ ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *cit.*, pp. 112 y ss.

¹⁷⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 190 y ss.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 210. Sobre este punto véase también la tesis de autores como Moreso que sugieren que luego de un conjunto de decisiones judiciales dadas que perfilan las propiedades consideradas importantes y determinen reglas que se correlacionan con las soluciones, cualquier caso nuevo se contendría en alguno de los genéricos y, si ello es satisfactorio y estable, se extraería una solución unívoca justificable por medio de la subsunción, con la que la ponderación resulta no una alternativa sino una etapa previa a la subsunción, lo que aleja toda tesis particularista, en MORESO, J. J., “Guastini sobre la ponderación”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 17, 2002, p. 234; MORESO, J. J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, p. 121.

¹⁸⁰ DYE, T., *Understanding Public Policy*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1972, p. 18; LEMIEUX, V., *L'étude des politiques publiques: les acteurs et leur pouvoir*, Presses Université Laval, Québec, 2002, p. 7; MÉNY, Y. y THOENIG, J., *Politiques publiques*, Presses Universitaires de France, París, 1989, p. 130. Sobre este punto véase SUBIRATS, J., KNOEPFEL, P., LARRUE, C. y VARONNE, F., *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 36.

objetivos, la participación de actores públicos y/o civiles para su formulación y, por añadidura, admitir que existen momentos de implementación y evaluación¹⁸¹ que se deben hacer continuamente.

Por su parte, Roth incluye aparte de estos elementos a la identificación de una problemática y a la enunciación de objetivos definidos para remediarla o hacerla adaptable¹⁸². De ahí que por política pública deba entenderse un proceso que integra decisiones, acciones, acuerdos e instrumentos, llevado por autoridades públicas con la participación ocasional de los particulares, y orientado a remediar o prevenir un problema¹⁸³.

Subirats, Knoepfel, Larrue y Varonne consideran que se trata de un conjunto de decisiones o de acciones coherentes que toman los actores públicos o no, cuyos recursos, nexos institucionales e intereses se proponen resolver un problema identificado políticamente como inaceptable. Para dichos autores, los actos formales de las políticas públicas tienen grado de obligatoriedad variable y pretenden modificar la conducta de grupos sociales que pudieron originar el problema¹⁸⁴.

Las políticas públicas difieren según el país de donde provienen y, principalmente, del sistema político, no obstante, se reconoce la influencia que ejercen sobre ellas las tradiciones, la cultura local y el eje temático del que versan, entre otros factores. El estudio de las políticas surge a partir de 1950 en Estados Unidos, tras el interés prestado a la toma de decisiones en y para el ámbito público. Con el trabajo de Harold Lasswell, se promovió el denominado enfoque de políticas públicas¹⁸⁵.

¹⁸¹ VELÁSQUEZ GAVILANES, R., “Hacia una nueva definición del concepto “política pública””, *Desafíos*, n.º 20, 2009, pp. 151 y 152.

¹⁸² ROTH, A., *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*, Ediciones Aurora, Bogotá, 2003, p. 27.

¹⁸³ VELÁSQUEZ GAVILANES, R., “Hacia una nueva definición del concepto “política pública””, *cit.*, p. 156.

¹⁸⁴ SUBIRATS, J., KNOEPFEL, P., LARRUE, C. y VARONNE, F., *Análisis y gestión de políticas públicas*, *cit.*, p. 37.

¹⁸⁵ ARELLANO GAULT, D. y BLANCO, F., *Políticas públicas y democracia*, Instituto Nacional Electoral, Ciudad de México, 2016, pp. 29.

La política social pertenece a un subconjunto de las políticas públicas que se encuentran orientadas a la distribución de bienes públicos y se identifican por su filosofía política, el modelo socioeconómico en que se desenvuelven, la participación en el gasto público, sus mecanismos, gestores, beneficiarios y su prioridad política¹⁸⁶. Igualmente, hay que reseñar que la política social no se traduce en acceso a bienes, sino en disponer de la libertad o capacidad de elegir. Con esta visión, la calidad de vida debe medirse en capacidades de ejercicio antes que de disposición de bienes y recursos¹⁸⁷.

A los fines de este estudio, se parte de la definición dada por Watson, quien concibe la *política social* como “aquella que persigue el mejoramiento de la calidad de vida de una comunidad específica a través de la materialización de los derechos sociales, económicos y culturales, la protección de las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, y la reducción de pobreza mediante la redistribución, la inclusión social y la generación de oportunidades”¹⁸⁸.

La política social ubica al ciudadano en el centro de las políticas públicas. Los gobiernos por medio de esta se proponen obtener apoyo político de los ciudadanos, crear cohesión social, superar la pobreza, el subdesarrollo y promover el desarrollo económico, al generar desarrollo humano y empleo productivo¹⁸⁹. De modo que la política social ha estado orientada primordialmente a la superación de la cuestión social, a igualar socialmente y a combatir la pobreza. Por eso, es parte y efecto de toda estrategia de desarrollo. El contenido de la política social tenderá pues a garantizar el trabajo, aumentar la calidad de vida mediante la inversión en sectores como salud, educación, seguridad, asistencia social, cultura, deporte y servicios comunales y el mecanismo por utilizar

¹⁸⁶ VALDÉS PAZ, J. y ESPINA, M., “Prólogo. Política social y políticas públicas”, en VALDÉS PAZ, J. y ESPINA, M. (ed.), *América Latina y el Caribe: La política social en el nuevo contexto – Enfoques y experiencias*, vol. 2, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Montevideo, 2011, p. 13.

¹⁸⁷ SEN, A., *The Political Spending and the Poor, Theory and Evidence*, John University Press, Baltimore, 1995. Sobre este punto véase SATRIANO, C., “Pobreza, políticas públicas y políticas sociales”, *Revista Mad.*, n.º 15, 2006, p. 66.

¹⁸⁸ WATSON, D., *Política económica*, trad. de J. Gasset Collantes, Gredos, Madrid, 1965. Sobre este punto véase VELÁSQUEZ GAVILANES, R., “Hacia una nueva definición del concepto “política pública””, *cit.*, pp. 186 y 187.

¹⁸⁹ ORTIZ, I., “Política social, guías de orientación de políticas públicas”, Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (ONU DAES/ UN DESA), Nueva York, 2007, p. 6.

dependerá de la corriente, ya sea liberal, socialdemócrata o socialista, del régimen político en que se formule¹⁹⁰.

Cabe señalar que actualmente se aspira un poco más que a la provisión de servicios sociales básicos. Esto porque las políticas públicas sociales surgieron para ayudar a integrar socialmente a aquellos sectores carentes de acceso al mercado. En principio, se fundamentaron en un modelo estatal asistencial que prestó servicios sociales esenciales y garantizó el goce de derechos sociales, pero sin que estos adquiriesen carácter de compromisos obligatorios del Estado. Es decir, más bien constituyó un mecanismo de legitimación, prevención y control de los problemas sociales que pudieren desestabilizar y atentar contra el orden del sistema¹⁹¹. Contraria a esta concepción asistencialista y mínima del desarrollo social, los países de altos ingresos que invirtieron en política social en sus fases nacientes de desarrollo, sus poblaciones alcanzaron los mejores niveles de prosperidad registrados en la historia¹⁹².

El control constitucional es un óptimo instrumento para requerir que las políticas públicas cumplan con las obligaciones de derechos fundamentales. Y es que debido a las condiciones socioeconómicas y la ineffectividad administrativa, jurídica y financiera que impiden el ejercicio de los derechos, el juez constitucional se ha convertido en un actor de las políticas públicas, reconoce problemas relevantes, plantea potenciales soluciones, ordena su ejecución y evalúa el proceso¹⁹³. Para Tushnet, dicho control jurisdiccional puede ser débil o fuerte. Así, mientras el fuerte especifica lo que deben hacer los actores de las políticas públicas, los objetivos a alcanzar, sus evaluaciones y el plazo para ello; el control débil es más bien declaratorio, pues ordena efectuar un plan de acción, sin definir el modo y el plazo concreto en que debe realizarse¹⁹⁴.

¹⁹⁰ VALDÉS PAZ, J. y ESPINA, M., “Prólogo. Política social y políticas públicas”, *cit.*, p. 14.

¹⁹¹ GIMÉNEZ MERCADO, C. y VALENTE ADARME, X., “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: Ideas para un debate en ciernes”, *Cuadernos del Centro de Estudios del Desarrollo*, n.º 74, 2010, p. 61.

¹⁹² ORTIZ, I., “Política social, guías de orientación de políticas públicas”, *cit.*, pp. 6 y 7.

¹⁹³ HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, n.º 29, 2013, pp. 71 y ss. Sobre este punto véase también GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La democracia en la esfera jurídica*, Civitas, Madrid, 2013, p. 108.

¹⁹⁴ TUSHNET, M., *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 248 y 249. Sobre este

Tal y como se puede observar, el conflicto entre Derecho y política no es nuevo, y la correlación entre ellos es permanente. De hecho, la jurisdicción constitucional está más ligada a la política que cualquier otro órgano, pues el objeto de control del Tribunal Constitucional reside en la política¹⁹⁵. Por otra parte, se puede admitir que la jurisdicción constitucional ejerce de distintas maneras funciones de dirección de Estado, lo cual constituye un elemento natural del Estado social y democrático de Derecho¹⁹⁶.

Pound fue uno de los pioneros en apoyar las decisiones judiciales relativas a políticas públicas. Pound criticó y apellidó de *jurisprudencia mecánica* a aquella que sacralizaba los derechos individuales, para beneficiar a los propietarios y obstruir el desarrollo de leyes sociales. Sostuvo que, en tanto los derechos individuales constituyen un medio para la protección de intereses individuales, las políticas públicas son medios para la protección de intereses sociales. Fundamentó así el principio de generalización, conforme al cual el discurso jurídico empezó a inclinarse hacia los intereses sociales¹⁹⁷.

La especificidad misma de la interpretación constitucional promueve la interpretación moral de la Constitución, lo que resulta deseable para alcanzar los objetivos que se plantea el neoconstitucionalismo. En este enfoque, el juez constitucional deja su actitud pasiva y de simple control y asume una postura activa y más política, se concibe como promotor del cambio constitucional y, consecuentemente, incentiva la judicialización de las políticas elegidas¹⁹⁸.

punto véase QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *Vniversitas*, n.º 121, 2010, pp. 117 y 122. Ver también KLATT, M., “Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 2, 2015, p. 361.

¹⁹⁵ GRIMM, D., *Constituição e política*, trad. de G. de Carvalho, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, pp. 14 y ss. Sobre este punto véase HENNIG LEAL, M., “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente ‘un activismo’ o ‘el’ activismo?”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2012, p. 438.

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La jurisdicción constitucional en España”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F. y GARCÍA BELAUNDE, D. (eds.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 633.

¹⁹⁷ POUND, R., *The Spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company, Atlanta, 1921. Sobre este punto véase SEDLACEK, F., “El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano”, *Civil Procedure Review*, n.º 4, 2013, pp. 35 y ss.

¹⁹⁸ POZZOLO, S., “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, *cit.*, pp. 177 y 178. Sobre la judicialización de las políticas ver HIRSCHL, R., “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, vol. 75, n.º 2, 2006, pp. 721 y ss.

Existe vasta doctrina que apoya la posibilidad de que la jurisdicción constitucional controle las políticas públicas. Ahora bien, la materialización de los derechos sociales y el reconocimiento de los derechos de grupos en situación de vulnerabilidad constituyen grandes desafíos para la justicia e interpretación constitucional, sobre todo porque muy frecuentemente las políticas públicas sociales demandan altos compromisos presupuestarios¹⁹⁹.

Corresponde, por lo tanto, pasar a analizar cómo han ejercido control jurisdiccional de políticas públicas sociales algunos Tribunales Constitucionales de la región, el alcance de los fallos y si dichas decisiones adoptadas han podido cumplirse en aras de garantizar los derechos sociales, especialmente los de grupos afectados por situaciones de discriminación estructural. Para ello, se parte con ligeros matices de la clasificación dada por Rossi y Filippini que distingue según los diversos grados de intensidad del control en: un primer grado (el más débil), para aquellos casos en los cuales se ordena o exhorta a cumplir una política o programa previamente formulado por el legislador o la autoridad administrativa; un segundo tipo, que examina si la política pública o medida es compatible con determinados estándares o contenido de los derechos en juego y, de no serlo, se remite a los poderes políticos para su reformulación, lo que brinda en ocasiones pautas generales²⁰⁰; y el tercero (el más profundo), que corrige la ausencia de una ley o programa²⁰¹, los crea de manera directa y ordena su implementación.

2. ANÁLISIS DE SENTENCIAS QUE EXHORTAN U ORDENAN EL CUMPLIMIENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES PREVISTAS

De acuerdo con Rossi y Filippini en este tipo de intervención los jueces enfrentan hechos con normas, no valoran en sí la política, sino que se limitan a ordenar su ejecución

¹⁹⁹ CARBONELL, M., “Prólogo. La interpretación constitucional como problema”, en GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit., pp. 11 y 12.

²⁰⁰ ROSSI, J. y FILIPPINI, L., “El Derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, Coloquio sobre Derecho, Moral y Política, Universidad de Palermo, septiembre 2008, p. 19.

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 18 y ss.

tras comprobar su incumplimiento. También pueden declarar la violación sin una orden o remedio específico o dictar una mera recomendación ante el incumplimiento, que difiere a los poderes políticos la resolución de la situación²⁰².

2.1. El derecho a la protección de la salud en el Tribunal Constitucional de Perú (*Caso Azanca Alhelí Meza García*)

La Primera Sala del Tribunal Constitucional de Perú en la sentencia del 20 de abril de 2004 correspondiente al recurso interpuesto por Azanca Alhelí Meza García, se pronunció²⁰³ respecto a la demanda contra el Ministerio de Salud por violación de los artículos 7 y 9 de la Constitución y 7 de la Ley n.º 26626 del Plan Nacional de Lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (en adelante sida) y enfermedades de transmisión sexual, y la consecuente solicitud de: a) Provisión constante de tratamiento para el Virus de inmunodeficiencia humana (en adelante VIH)-sida, a efectuarse a través del programa del Hospital Dos de Mayo; y b) realización de exámenes periódicos, así como de pruebas de CD4 y carga viral. De acuerdo con la señora Meza, el Estado no había cumplido con su obligación de atender la salud de la población, por no proveerle de tratamiento integral al esta no contar con posibilidad económica para asumirlo, por ello, cuando la acción de amparo fue acogida solo parcialmente por la Corte Superior de Justicia de Lima, la impetrante acude al Tribunal Constitucional por la vía del recurso extraordinario²⁰⁴.

Cabe resaltar que en Perú no era posible la invocación vía la acción de amparo de los derechos sociales, porque el ordenamiento jurídico no los contempla entre los derechos fundamentales, sino que al estos requerir de nuevos y mayores gastos públicos, los condiciona al proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena, sin embargo, se admitió por la posibilidad

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, Sentencia de 20 de abril de 2004.

²⁰⁴ BAZÁN, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenientes*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2017, p. 1065.

de proteger mediante proceso de amparo, derechos económicos y sociales, como el caso del derecho a la protección de la salud pública a propósito del estado crítico de la paciente, así como a su situación de pobreza²⁰⁵.

Sostuvo el Tribunal, invocando un precedente colombiano, que cuando la vulneración del derecho reclamado compromete otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad, es competente para conocer la referida acción, es decir, que ante el obstáculo de la ausencia de vía procesal directa, se admite la justiciabilidad del derecho pero por vía indirecta²⁰⁶. Recurre así el Tribunal al método de la comparación jurídica propuesto por Häberle para la interpretación de las mencionadas normas de derechos fundamentales²⁰⁷ y solución del *impasse*.

En cuanto al fondo, primero el Tribunal vincula la naturaleza de los DESC con el principio establecido en la Constitución peruana del Estado social y democrático de Derecho y afirma que el logro de las condiciones materiales mínimas de existencia requiere la intervención del Estado y de la sociedad conjuntamente, y el Estado debe adoptar las medidas adecuadas para el logro de fines sociales²⁰⁸.

Por otro lado, del concepto dado a los derechos sociales se observa que para el Tribunal Constitucional de Perú la Seguridad Social, la salud pública, la vivienda, la educación y demás servicios públicos son prestaciones que representan fines sociales del Estado, que no siempre son por sí mismas jurídicamente sancionables, por requerir del soporte presupuestal para su ejecución²⁰⁹. De dicha afirmación puede identificarse lo criticado por autores como Ansuátegui, Abramovich y Courtis sobre la teoría de derechos

²⁰⁵ Perú, Tribunal Constitucional, “Jurisprudencia sistematizada”, Ficha STC n.º 2945-2003-AA/TC. [Consulta: 18 de abril de 2017]. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia_sistematizada/fichas/02945-2003-AA.pdf.

²⁰⁶ BREWER-CARÍAS, A., “Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales”, Ponencia presentada para el II Congreso Internacional *Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de Derecho*, organizado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 28 de noviembre de 2014, p. 65.

²⁰⁷ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, cit., pp. 153 y ss.

²⁰⁸ NASH ROJAS, C., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: Tendencias jurisprudenciales”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2011, p. 87.

²⁰⁹ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, cit., fundamento jurídico 10.

sociales que con frecuencia manejan los ordenamientos jurídicos, en el sentido de lo erróneo que es inferir que los derechos sociales solo comportan obligaciones positivas o prestacionales, puesto que todos los derechos requieren de la intervención de los poderes públicos y, además, que no existen derechos cuyo coste sea nulo²¹⁰. No obstante, seguido se aclara en la sentencia que tampoco se trata de meras normas programáticas de eficacia mediata, sino de garantías concretas del ciudadano frente al Estado dentro de una concepción que persigue revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, consecuentemente, la vigencia de la Constitución²¹¹.

Otro aspecto importante de la sentencia es que el Tribunal peruano invoca el principio de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales y señala que la mínima satisfacción de los derechos sociales representa una garantía imprescindible para el ejercicio de los civiles y políticos²¹². Igualmente, es aplaudible la atención brindada por la decisión a la identificación de la dignidad humana como valor supremo del ordenamiento y su respeto, como fundamento del Estado social y democrático de Derecho -lo que irradia según el Tribunal-, a todos los derechos e implica que en sede jurisdiccional no pueda realizarse análisis alguno sin comprobarse el respeto de la dignidad de la persona, tanto en el accionar del Estado como en el de los particulares²¹³, igualmente, se señala como fundamento de los derechos sociales la dignidad humana, lo que ayuda, tal y como fue planteado en el capítulo I -al citar a Ansuátegui -, a superar las distinciones o supuestas contradicciones entre la libertad y la igualdad²¹⁴.

²¹⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares (Madrid), 2009, pp. 157 y ss. Ver también ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, p. 25.

²¹¹ NASH ROJAS, C., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: Tendencias jurisprudenciales”, *cit.*, pp. 87 y 88.

²¹² Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, *cit.*, fundamento jurídico 11.

²¹³ *Ibidem*, fundamentos jurídicos 15, 19 y 27.

²¹⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 29 y 32.

Como aspecto novedoso, también se propone derivar del principio de solidaridad, deberes en materia de DESC tanto para el Estado como para los particulares, lo que indica que dicho precedente puede ser utilizado como argumento para exigir judicialmente los derechos sociales contra particulares y no solo contra el Estado, lo que incorpora al ordenamiento la tesis del efecto horizontal de los derechos fundamentales²¹⁵ a través de ambos principios.

Un segundo paso necesario para el Tribunal Constitucional, en virtud de las razones dadas al declarar la competencia material para conocer del recurso, es establecer la interdependencia entre el derecho a la protección de la salud invocado y el derecho a la vida y otros derechos fundamentales. En ese orden, se advierte que en un Estado social y democrático de Derecho no puede el derecho a la vida entenderse simplemente como un límite al poder sino principalmente como un objetivo para dirigir la actuación positiva del Estado que busca asegurar un mínimo de condiciones para el disfrute de la vida digna. Asimismo se señala que la presencia de una enfermedad o patología puede conducir a la muerte o desmejorar la calidad de la vida²¹⁶. Continúa sosteniendo que en el caso de las personas con VIH-sida no puede pretenderse reconocerles como libres o autónomas, cuando la falta de recursos económicos - tal como sucede con la recurrente-, no les permite costear el tratamiento y soportar las implicancias de la enfermedad, lo que es inadmisiblemente constitucionalmente²¹⁷.

En cuanto a las obligaciones en materia de derechos sociales, obsérvese que en el fundamento jurídico 28, el Tribunal señala que para proteger el derecho a la protección de la salud, el Estado debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud y adoptar políticas, planes

²¹⁵ MARSHALL BARBERÁN, P., “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2010, p. 53.

²¹⁶ NASH ROJAS, C., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: Tendencias jurisprudenciales”, *cit.*, p. 88.

²¹⁷ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, *cit.*, fundamento jurídico 22.

y programas en ese sentido, lo que más bien corresponde según las Directrices de Maastricht a obligaciones de cumplir o satisfacer, que de proteger²¹⁸.

Para resolver el planteamiento de defensa sobre la imposibilidad del Estado de proveer de tratamiento a la recurrente, en virtud de que la solicitud se trata de un gasto no presupuestado en la Ley de Presupuesto Anual y la undécima disposición final y transitoria de la Constitución establece que “las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”, el Tribunal recurre al Derecho internacional de los derechos humanos y advierte que dicha disposición normativa más bien es acorde al artículo 2.1 del PIDESC²¹⁹, que precisa el compromiso de adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el derecho a la protección de la salud, lo que significa que el Estado peruano no puede pretender eximirse de la obligación, ni asumirla como un ideal de gestión, y debe actuar siempre en plazos razonables y mediante acciones concretas y constantes para la implementación de políticas públicas²²⁰.

Si bien, por un lado, el Tribunal Constitucional de Perú reconoce la obligación de los Estados de adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos para toda la población, e incluso sugiere expresamente la superación de la concepción programática de los derechos sociales²²¹ y que no sean sujetos a la política en espera infinita de atención pública, no obstante, por otro lado, se insiste en que dichos derechos, al igual que la protección de la salud no son siempre justiciables, sino solo cuando existe un accionar del Estado que registra las facultades derivadas de estos derechos en el ordenamiento jurídico, haciendo depender, según León

²¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*, Adoptadas en Maastricht, del 22 al 26 de enero de 1997, párr. 6.

²¹⁹ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, *cit.*, fundamentos jurídicos 34 y 37.

²²⁰ NASH ROJAS, C., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: Tendencias jurisprudenciales”, *cit.*, pp. 88 y 89.

²²¹ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, *cit.*, fundamentos jurídicos 12 y 14.

Florián, a los derechos de la ley y no a la inversa, tal como supondría el neoconstitucionalismo²²².

En esa línea, la sentencia aclara luego que la exigibilidad judicial de un derecho social dependerá de: a) La gravedad y razonabilidad del caso; b) su vinculación y afectación a otros derechos; y c) la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales²²³, que en el caso analizado se cumple por a) Lo agresivo de la enfermedad del VIH-sida; b) la afectación que representa para el derecho a la vida; y c) la existencia previa de un programa gratuito de antirretrovirales²²⁴.

Sobre dicho programa gratuito, el Tribunal Constitucional peruano reitera, primero, el derecho a la protección de la salud y el deber del Estado de determinar la política nacional de salud, consagrados en los artículos 7 y 9 de la Constitución de Perú, asimismo invoca la Ley n.º 26626 sobre el Plan Nacional de Lucha contra el VIH-sida y las enfermedades de transmisión sexual y, por último, la Ley n.º 28243 que modifica la anterior y establece la provisión gratuita progresiva de tratamiento antirretroviral que prioriza a las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema. A partir de ahí rechaza los argumentos del Estado, sustentados en disposición reglamentaria para proveer gratuitamente de dicho tratamiento únicamente a madres gestantes y niños nacidos de madres infectadas, pues para este no se trata de involucrar recursos no presupuestados, sino de priorizar conforme lo establece la misma ley, a los casos de mayor gravedad o emergencia como en el presente²²⁵.

El Tribunal deja entender que, cuando no existen acciones concretas por parte del Estado para el logro de resultados, se configura una situación de inconstitucionalidad por

²²² LEÓN FLORIÁN, F., “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 19, 2014, p. 408.

²²³ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, *cit.*, fundamento jurídico 33.

²²⁴ LEÓN FLORIÁN, F., “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *cit.*, p. 408.

²²⁵ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, *cit.*, fundamentos jurídicos 35, 46 y 47.

omisión²²⁶. Al respecto, critica León Florián que la decisión no establece lo que sucedería entonces en dichos casos, es decir, cuando el Estado no programa una protección específica para un derecho social, ni dispone ley o política pública al efecto, o habiéndolo dispuesto no inicia acción alguna tendiente a su concretización²²⁷.

Finalmente, se ordena que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH-sida por parte del Ministerio de Salud, lo que incluye la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, para lo cual la dirección del hospital tratante deberá rendir cuentas al Tribunal cada seis meses de la forma como viene realizándose el tratamiento de la recurrente y *se exhorta a los poderes públicos* a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley n.º 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el sida²²⁸.

De esta decisión es criticable, además, que el Tribunal adopte una concepción positivista del Derecho en la cual prima la ley más que la propia Constitución, pues en lugar de realizarse un control de constitucionalidad o de convencionalidad, mediante un método evolutivo y el concepto de Constitución viviente²²⁹, para reivindicar la tutela directa de los derechos sociales y su carácter de derechos fundamentales, se condiciona no solo a que estos afecten otros derechos, como el derecho a la vida e integridad para ser tutelables, sino a que además de ello haya disponibilidad presupuestal y exista la política pública al respecto.

La Constitución peruana pudo ser material de control o el bloque de constitucionalidad para que se anulara o modificara con una sentencia interpretativa aditiva²³⁰, el reglamento que restringe el derecho a la protección de la salud, al limitar la provisión de tratamiento gratuito a madres gestantes con la enfermedad y niños recién

²²⁶ *Ibidem*, fundamento jurídico 39.

²²⁷ LEÓN FLORIÁN, F., “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *cit.*, p. 408.

²²⁸ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, *cit.*

²²⁹ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete”, *cit.*, pp. 51 y 52.

²³⁰ PRIETO SANCHIS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, *cit.*, p. 30.

nacidos. Y en cuanto al tipo de control de la política en general que se hizo en el dispositivo con el exhorto a cumplir la ley, dado que el Tribunal ya había pronunciado lo inadmisiblemente constitucionalmente de dicho incumplimiento en el fundamento jurídico 22 de la sentencia²³¹, pudo optar por declarar el estado de cosas inconstitucional de la doctrina y jurisprudencia colombiana²³² u ordenar de manera más contundente la provisión generalizada de tratamiento gratuito a personas en situación de vulnerabilidad y que padecen la enfermedad del VIH-sida, y adoptar al respecto medidas conminatorias o efectivas para el seguimiento de la ejecución de dicha orden, por las consecuencias irremediables que la denegación del derecho puede causar.

2.2. El derecho a la protección de la salud en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (*Caso Glenda López y otros*)

En otro caso similar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela conoció apelación de la sentencia sobre la acción de amparo interpuesta por los ciudadanos Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta, Maira Perdomo y otros en contra del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales²³³, en la que los accionantes denunciaron violación al derecho a la vida, a la protección de la salud, a la libertad y seguridad personales, a la no discriminación, a la seguridad social y a los beneficios de la ciencia y la tecnología, por ser personas a las que viviendo con el VIH y el sida les fue omitida la entrega de medicamentos antirretrovirales combinados prescritos y la cobertura

²³¹ El tribunal establece: 22. *Es innegable que en el caso de las personas diagnosticadas con VIH/SIDA y que padecen de la enfermedad, se carece de realismo al reconocerles algún estado de libertad o autonomía personal cuando la falta de recursos económicos - como en el caso de la recurrente- no les permite costear su tratamiento y conllevar las implicancias de esta enfermedad con dignidad (...) Es en este último caso donde la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona se ven afectadas a consecuencia del deterioro de la salud y riesgo de vida del paciente, tornando a estos individuos en una suerte de parias sociales, lo que de ninguna manera puede ser admitido desde el punto de vista constitucional.*

²³² Ver los supuestos dados por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004 para declarar el estado de cosas inconstitucional.

²³³ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta, Maira Perdomo, y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, Sentencia de 6 de abril de 2001.

de los gastos de exámenes de laboratorio fundamentales para la aplicación de los tratamientos combinados.

En la sentencia del caso se acuerda la extensión de los efectos de la decisión a todas las personas inscritas en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a las que les haya sido diagnosticada la enfermedad del VIH-sida, que estén afiliadas al sistema de Seguridad Social, y que hayan solicitado la entrega de los medicamentos necesarios para el respectivo tratamiento, así como el de las enfermedades oportunistas²³⁴ y la cobertura de la realización de los exámenes médicos especializados para el tratamiento de estas. En consecuencia, se ordena a dicho Instituto entregar regular y periódicamente los medicamentos denominados Inhibidores de la Transcriptasa e Inhibidores de la Proteasa, realizar y dar cobertura a los exámenes especializados necesarios para los tratamientos combinados descritos y todos los que sean racionalmente asequibles en el territorio nacional y se ordena, igualmente, suministrar todos los medicamentos necesarios para el tratamiento de las enfermedades oportunistas y los que resulten fundamentales para dicho tratamiento²³⁵.

Para fundamentar su decisión, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de entrada establece que el derecho a la protección de la salud es parte integrante del derecho a la vida, que conforme a la Constitución constituye un derecho social fundamental cuya satisfacción corresponde principalmente al Estado, el cual tiene el deber de elevar la calidad de vida de los ciudadanos y el bienestar colectivo. Y que dicho derecho no se agota en la simple atención física de una enfermedad, sino que abarca la atención idónea para salvaguardar la integridad mental, social y ambiental de las personas e incluso de las comunidades²³⁶.

Dado que la Constitución venezolana alude al derecho a la protección de la salud como parte integrante del derecho a la vida, podría malinterpretarse entonces que no

²³⁴ Las enfermedades oportunistas son aquellas que aprovechan la situación de bajas defensas de los pacientes con enfermedades como el VIH-sida u otras para introducirse en el organismo. Generalmente, se trata de enfermedades que no aparecerían si el sistema inmunológico se encontrara en condición normal.

²³⁵ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta, Maira Perdomo, y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, cit.

²³⁶ *Ibid.*

constituye un derecho autónomo, no obstante, a diferencia de los ordenamientos peruano y colombiano, el venezolano lo proclama en el mismo artículo constitucional como un derecho fundamental, lo que facilita al Tribunal la protección directa del derecho reclamado mediante la acción de amparo. Recuérdese que uno de los grandes obstáculos para la justiciabilidad de los DESC es la ausencia de vías procesales idóneas ante los tribunales²³⁷, de modo que, como diría la Comisión Internacional de Juristas, al contar con recursos efectivos de exigibilidad judicial se amplía la gama de mecanismos para que las víctimas obtengan reparaciones y se propicia la no impunidad en caso de violaciones²³⁸. Además, resulta innovador cómo la Sala Constitucional abarca dentro de la atención a la protección de la salud, la integridad no solo mental sino también social y ambiental de las personas y de las comunidades. Esto supera el exclusivismo conceptual que esquematiza estos derechos como únicamente colectivos o únicamente individuales²³⁹.

De acuerdo con la Sala Constitucional venezolana la violación del derecho a la protección de la salud, a la vida, a los beneficios de la ciencia y la tecnología y a la seguridad social consistió en la omisión de entrega regular y permanente por parte del Instituto, de los medicamentos prescritos por especialistas y la negación de la cobertura de exámenes médicos especializados, toda vez que ello pone en peligro la salud y vida de estos afiliados del sistema de Seguridad Social. Nótese, pues, que con muy breve argumentación y sin invocar el principio de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales, al cual hacen referencia los autores Añón y De Lucas²⁴⁰ entre otros, el Tribunal reconoce las violaciones de los derechos, incluso la violación del derecho a los beneficios de la ciencia y la tecnología, derecho que ni siquiera se encontraba reconocido en la Carta Magna. Tampoco recurre a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho ni a las obligaciones derivadas del Derecho

²³⁷ CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2008, p. 56.

²³⁸ COURTIS, C. (coord.), *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales – Experiencias comparadas de justiciabilidad*, trad. de C. Fangmann, Comisión Internacional de Juristas, Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, n.º 2, Ginebra, 2010, p. 4.

²³⁹ RODRÍGUEZ OLVERA, Ó., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 2016, p. 258.

²⁴⁰ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 94.

internacional de los derechos humanos o al principio de dignidad humana que, como afirman Rolla y Restrepo, enriquece de nuevos significados los derechos individuales²⁴¹ y ofrece fundamentos para la libre creación judicial de Derecho²⁴².

Por otro lado, fue rechazada la vulneración a la libertad y a la seguridad personal, pues su satisfacción consiste para el Tribunal en prohibiciones, prestaciones negativas o no comisión de actitudes dolosas que atenten contra la dignidad del ser humano, supuestos en los cuales no se subsume la actuación omisiva del referido Instituto. No obstante, es criticable dicho argumento, pues las violaciones de todos los derechos fundamentales pueden provenir tanto del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado como del incumplimiento de obligaciones positivas²⁴³.

De igual forma, se rechazó la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación, en vista de que la actitud omisiva del ente accionado no va dirigida a clasificar o dar prelación al tratamiento de ciertas enfermedades, y menos aún de algunos seropositivos, sino que deviene de las notorias deficiencias del Sistema Nacional de Seguridad Social²⁴⁴. De nuevo se denota en ello un concepto limitado de las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales, pues parece excluir la posibilidad de reconocer en esta u otras situaciones la discriminación indirecta y la estructural que sufren determinados grupos²⁴⁵. Sin olvidar que resulta cuestionable el hecho de que el suministro esté contemplado exclusivamente para quienes se encuentren afiliados al sistema de Seguridad Social.

Se aclara seguido al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, que al poseer legalmente las más amplias facultades de recaudación sobre las cotizaciones de patronos y asegurados, no es justificable la omisión denunciada sobre la base de la insuficiencia de

²⁴¹ ROLLA, G., “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”, trad. de D. Berzosa López, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002, p. 471.

²⁴² RESTREPO OSPINA, A., “Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana”, *Revista electrónica, Diálogos de Derecho y Política*, n.º 6, 2011, p. 4.

²⁴³ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 157.

²⁴⁴ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta, Maira Perdomo, y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, *cit.*

²⁴⁵ Ver al respecto las definiciones dadas sobre discriminación en el capítulo 4.

recursos financieros derivada del incumplimiento de los patronos contribuyentes con el sistema de Seguridad Social. Sumado a ello, recuerda la Sala que el referido Instituto puede solicitar nuevos créditos adicionales, con el objeto de satisfacer el servicio público que presta²⁴⁶. Obsérvese que, al analizar el tema presupuestario de la política pública, el Tribunal se limita a aclarar y recordar las facultades del ente encargado, según lo establecido en la misma ley y sin necesidad de modificarla.

Por último, La Sala Constitucional del Tribunal venezolano cita un precedente anterior²⁴⁷ y acoge la solicitud de extensión de los efectos del mandamiento de amparo respecto a todas aquellas personas que se encuentren en idéntica situación a la de los accionantes, petición que había sido negada por el tribunal que conoció del amparo, dado el carácter personalísimo de la acción de amparo. Y es que para la Sala Constitucional, aunque no se hallaba reconocida en la ley una acción judicial para ejercer derechos e intereses colectivos, esta encuentra su fundamento constitucional expreso en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. En dicho argumento se identifica, así, uno de los rasgos fundamentales del neoconstitucionalismo explicado con anterioridad, esto es, el reconocimiento de la fuerza normativa o vinculante de la Constitución como ley suprema, por la cual se entiende que ella genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles²⁴⁸ y, lo más importante, que sus normas no necesitan esperar por el desarrollo legislativo para ser aplicadas u operativas²⁴⁹.

También se aclara al tribunal que originalmente conoció el amparo que cuando la acción sea interpuesta con base en un derecho o interés colectivo o difuso, el mandamiento favorecerá a un conjunto de personas claramente identificables como miembros de un sector de la sociedad o a un grupo de sujetos indeterminados

²⁴⁶ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta, Maira Perdomo, y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, *cit.*

²⁴⁷ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Defensoría del Pueblo contra Comisión Legislativa Nacional*, Sentencia de 30 de junio de 2000.

²⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, *Revista Enciclopédica Tributaria Opciones Legales-Fiscales*, n.º 16, 2010, p. 3. Ver también NÚÑEZ LEIVA, J., “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2012, p. 518.

²⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “Principia iuris: Una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *cit.*, p. 335.

apriorísticamente, pero perfectamente delimitable con base en la particular situación jurídica que ostentan y que les ha sido vulnerada de forma específica, es decir, que la tutela brindada será siempre concreta y no de carácter general como aludía el tribunal del amparo²⁵⁰.

En fin, con argumentos muy sencillos y sin pasar a declarar un estado de cosas inconstitucional²⁵¹, la Sala Constitucional del Tribunal venezolano responde ante una vulneración de derechos fundamentales que afecta a gran cantidad de personas, garantiza la fuerza normativa de la Constitución y previene, tal y como plantea Vargas Hernández, los reclamos individuales futuros²⁵². Para ello se conjugaron varios métodos de interpretación como el teleológico y el sistemático, que privilegia la interpretación conforme²⁵³ y entre los tipos de argumentos pueden identificarse el argumento *a coherencia* y el argumento a partir de los principios, bajo un enfoque no positivista del Derecho evidentemente²⁵⁴.

Cabe resaltar que a pesar de que los apoderados judiciales de la parte actora solicitaron que se obligue al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a desarrollar una política de información, tratamiento y asistencia médica integral, tanto a los presuntos agraviados como a todas las personas que viven con VIH-sida afiliadas al Seguro Social²⁵⁵, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela no se pronuncia al respecto. Tampoco impone medidas conminatorias ni de seguimiento ni de participación de la comunidad, donde el pueblo pudiese controlar y vigilar al Estado, en

²⁵⁰ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta, Maira Perdomo, y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, *cit.*

²⁵¹ Ver los supuestos dados por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004 para declarar el estado de cosas inconstitucional.

²⁵² VARGAS HERNÁNDEZ, C., “La función creadora del Tribunal Constitucional”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 92, 2011, p. 33.

²⁵³ ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, *cit.*, pp. 95 y 96.

²⁵⁴ VIGO, R., “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias”, *cit.*, pp. 860 y ss.

²⁵⁵ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta, Maira Perdomo, y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, *cit.*

este caso el cumplimiento de la decisión por parte del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, tal y como se supondría en el constitucionalismo democrático²⁵⁶.

2.3. Los derechos a la protección de la salud y al medio ambiente sano en el Tribunal Constitucional de Perú (*Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros*)

En otro caso relativo a una demanda de cumplimiento interpuesta por Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental²⁵⁷, se solicitó que se diseñe e implemente una estrategia de salud pública de emergencia para la ciudad de La Oroya, de conformidad con lo establecido por la Ley General de Salud y que se adopten las siguientes medidas: la recuperación de la salud de los afectados, mediante la protección de grupos vulnerables, implementación de medidas de prevención y levantamiento de información; se declare en Estado de Alerta a la ciudad de La Oroya y se establezcan programas de vigilancia epidemiológica y ambiental de conformidad con lo estipulado por el Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire. Si bien en primera instancia se declara fundada la demanda por incumplimiento de las disposiciones de referencia, en apelación se revoca la decisión y se declara improcedente la demanda, porque para el tribunal que conoció de la apelación la controversia requería de un análisis probatorio complejo que no es posible en la vía constitucional²⁵⁸.

El Tribunal Constitucional de Perú se pronunció el 12 de mayo del 2006 al conocer el recurso de agravio constitucional y ordenó: a) Que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta días implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas²⁵⁹ contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, con prioridad para niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación, bajo apercibimiento de

²⁵⁶ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *Debates Constitucionales en Nuestra América*, 2013, p. 82.

²⁵⁷ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, Sentencia de 12 de mayo del 2006.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ GLAVE MAVILA, C., “Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 78, 2017, p. 61.

aplicarse medidas coercitivas²⁶⁰; b) que el Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental, a los treinta días expida un diagnóstico de línea base, conforme lo prescribe el Decreto Supremo 074-2001-PCM, para que cuanto antes puedan implementarse los planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad²⁶¹; c) que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta días declare el Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya, conforme a lo dispone el Decreto Supremo 074-2001-PCM y la Ley 26842; d) que la Dirección General de Salud Ambiental, en treinta días establezca programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona; y e) que el Ministerio de Salud informe al Tribunal Constitucional respecto de las acciones tomadas.

Además, exhortó al Gobierno Regional de Junín, Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, Ministerio de Energía y Minas, Consejo Nacional del Ambiente y empresas privadas, como Doe Run Perú SRL entre otras, que desarrollan sus actividades mineras en la zona, a participar en las acciones pertinentes que permitan la protección de la salud de los pobladores de la localidad²⁶² y del medio ambiente, priorizar a los niños y mujeres gestantes y declaró infundada la demanda en lo demás²⁶³.

Según los demandantes, en el año 1997 la empresa norteamericana Doe Run Company adquirió el Complejo Metalúrgico de La Oroya, la cual opera a través de su empresa subsidiaria Doe Run Perú, se comprometió a través de esta última a realizar mejoras ambientales para el año 2006. Sin embargo, el programa que presentó para ello no asegura eficientemente los derechos a la protección de la salud y a un ambiente equilibrado y adecuado, sobre todo porque los niveles de intoxicación de plomo y otros componentes en la sangre de los residentes se han venido incrementando considerablemente en los últimos años, y sobrepasan según diversos estudios el límite de nivel de plomo en la sangre recomendado por la Organización Mundial de la Salud. El

²⁶⁰ RUIZ MOLLEDA, J., “Apuntes sobre la inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional”, *Derechovirtual.com*, n.º 2, 2009, pp. 3 y 4.

²⁶¹ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, cit. Ver también LEÓN FLORIÁN, F., “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, cit., p. 403.

²⁶² MAY, J. y DALY, E., *Judicial Handbook on Environmental Constitutionalism*, United Nations Environment Programme (UN Environment), Nairobi, 2017, p. 110.

²⁶³ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, cit.

plomo junto a otros componentes origina náuseas, dolores quemantes en manos y pies, afectaciones al sistema nervioso central y enfermedades pulmonares o enfermedades en órganos vitales, como el hígado y riñones, etc²⁶⁴.

En este caso el Tribunal Constitucional de Perú comienza argumentando que, si bien los derechos a la protección de la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado no podrían ser tutelados directamente mediante el proceso o acción de cumplimiento, sí pueden serlo de modo indirecto, siempre que exista un mandato claro, concreto y vigente, dispuesto en una ley o acto administrativo que se encuentre ligado a la protección de tales derechos fundamentales y que la inacción administrativa o renuencia del funcionario a cumplirlo vulnere dichos derechos²⁶⁵.

Seguidamente el Tribunal Constitucional reitera que el Estado peruano presenta las características de un Estado social y democrático de Derecho y que, para lograr una mayor efectividad de los derechos sociales, el Estado tiene tanto obligaciones de hacer como de no hacer. Asimismo, aclara que los derechos sociales constituyen una ampliación de los derechos civiles y políticos, y que tienen por finalidad, al igual que aquellos, erigirse en garantías para el individuo y para la sociedad, de manera tal que se pueda lograr el respeto de la dignidad humana, una efectiva participación ciudadana en el sistema democrático y el desarrollo de la sociedad. Nótese cómo se reconoce aquí que las obligaciones derivadas de los derechos sociales no solo son de prestaciones o positivas sino también negativas, como aclara la doctrina²⁶⁶ y que ambos conciben la dignidad como fundamento moral último, lo que para Ansuátegui ayuda a superar las distinciones o supuestas contradicciones entre la libertad y la igualdad²⁶⁷.

Los derechos sociales son para el Tribunal Constitucional fundamentales por su relación e identificación con la dignidad humana y por su consagración constitucional que

²⁶⁴ MAY, J. y DALY, E., *Judicial Handbook on Environmental Constitutionalism*, cit., p. 104.

²⁶⁵ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, cit.

²⁶⁶ AÑÓN, M. J., “Derechos sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, p. 31.

²⁶⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, cit., pp. 29 y 32.

reconoce otros de naturaleza análoga a los proclamados en la Carta Magna. Sin embargo, recuerda el Tribunal Constitucional de Perú que su exigencia judicial dependerá de la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre que se comprueben acciones concretas para la ejecución de políticas sociales. Para superar el *impasse* constitucional del no reconocimiento expreso de estos derechos como fundamentales, el Tribunal Constitucional peruano sigue a Monereo Atienza que los define como fundamentales por su reconducción a la dignidad humana²⁶⁸ y por su positivación en normas superiores del ordenamiento jurídico²⁶⁹, y que en este caso se trata de derivarlos a partir de una cláusula constitucional abierta.

La tutela del derecho a la protección de la salud se relaciona con la obligación del Estado de realizar todas las acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones que aseguren su ejercicio, y atender con urgencia y eficacia las situaciones de afectación a la salud de todos, debe priorizar niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otros. Aquí se identifica claramente la importancia dada por el Tribunal Constitucional a las obligaciones requeridas por los derechos sociales de proteger y cumplir²⁷⁰.

En cuanto al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona, se cita la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que delimita el derecho de gozar del medio ambiente sano y el derecho a su preservación y también se advierte que las obligaciones de prevención corresponden tanto a los poderes públicos como a los particulares²⁷¹. Al invocarse deberes de

²⁶⁸ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007, p. 7.

²⁶⁹ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, en PISARELLO, G. y VALIÑO, V., *Herramientas para la defensa de los DESC*, Observatori DESC- Ayuntamiento de Barcelona y Diputación, Barcelona, 2006, p. 18.

²⁷⁰ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, pp. 130 y 131.

²⁷¹ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, cit.

prevención en materia ambiental para los particulares, se desprende que se está acogiendo la tesis del efecto horizontal de los derechos fundamentales²⁷².

Por otro lado, se apuntó que la producción económica debe regirse entre otros, por los siguientes principios que garanticen el derecho al medio ambiente: el principio de desarrollo sostenible o sustentable, el de conservación para mantener en estado óptimo los bienes ambientales, el de prevención, el de restauración, el de mejora, el precautorio, que comprende adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente y el principio de compensación. Dichos principios, señala el Tribunal, se encuentran reconocidos en la Ley General del Ambiente, en el Decreto Supremo 0022-2001-PCM y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Para mejor interpretación del alcance del derecho al medio ambiente sano se invoca el Derecho internacional de los derechos humanos, elemento característico del neoconstitucionalismo latinoamericano como bien expone Uprimny²⁷³.

Tras esto, se pasa a resumir los resultados de diversos estudios realizados desde 1999, tanto estatales como no estatales y el elaborado por la propia empresa Doe Run Perú, coincidentes todos en que los niveles de contaminación sanguínea de madres gestantes, niños y de la población estudiada, se encontraban muy por encima del límite establecido como seguro por la Organización Mundial de la Salud, el Centro de Control de Enfermedades de los Estados Unidos para niños y la Academia Norteamericana de Pediatría²⁷⁴.

El Ministerio de Salud igualmente se expresó sobre la degradación de suelos, flora y fauna y la asimilación de plomo en la población residente en La Oroya, mientras que el Centro de Control y Prevención de Enfermedades de Estados Unidos alertó sobre el poco control del plomo, la fragmentación entre las autoridades responsables del control del

²⁷² MARSHALL BARBERÁN, P., “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, *cit.*, p. 53.

²⁷³ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.), *El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 114.

²⁷⁴ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, *cit.*

plomo y la indeterminación del impacto provocado al medio ambiente y la salud²⁷⁵. De lo reseñado, sustenta el Tribunal Constitucional que la situación requería por parte del Ministerio de Salud en su condición de ente rector del sector salud, la adopción de inmediatas medidas de protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas que habitan en la ciudad, entre otras acciones²⁷⁶. Pues como bien insiste la Organización de las Naciones Unidas, los derechos sociales involucran obligaciones de inmediato cumplimiento²⁷⁷.

Sobre la pretensión de implementación de una estrategia de salud pública de emergencia para La Oroya a fin de proteger y recuperar la salud de la población, definir medidas de reparación, establecer un entorno más saludable y difundir de manera seria y consistente los riesgos de salud a los cuales están expuestos los pobladores de La Oroya, el Tribunal Constitucional peruano explica que si bien el Ministerio de Salud ha adoptado determinadas medidas establecidas en la Ley General de Salud y en el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, su cumplimiento no ha sido eficaz, sino más bien parcial e incompleto, por exceder el plazo razonable para su cumplimiento²⁷⁸. En este sentido, recuérdense las palabras de Abramovich y Courtis respecto a la obligación de los Estados de implementar, en un plazo razonablemente breve a partir de la ratificación del PIDESC, actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la *totalidad* de las obligaciones²⁷⁹.

Se dice que desde 1999, cuando se realizaron los primeros estudios, habían transcurrido más de siete años sin que el Ministerio de Salud implementara un sistema de emergencia que protegiera, recuperase y rehabilitase la salud de la población afectada, aunque la protección del derecho fundamental a la protección de la salud, por su dimensión de derecho social, no debe diferirse en el tiempo a la espera de determinadas

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 15, 2010, p. 113.

²⁷⁷ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, Folleto informativo n.º 33, Naciones Unidas, Suiza, 2009, p. 19.

²⁷⁸ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, cit.

²⁷⁹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 79.

políticas de Estado. Tal protección debe ser inmediata, porque la grave situación que atraviesan los niños y mujeres gestantes contaminados exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente²⁸⁰. Como apoyo a la argumentación, bien pudo el Tribunal invocar aquí estándares desarrollados por Naciones Unidas en materia de obligaciones del Estado para garantizar el derecho a la protección de la salud de los grupos vulnerables, incluso mediante medidas afirmativas²⁸¹.

En cuanto a la solicitud de declarar en Estado de Alerta a la ciudad de La Oroya, con el objetivo de activar en forma inmediata un conjunto de medidas destinadas a prevenir el riesgo a la salud de la población, el Tribunal Constitucional consideró que el Ministerio de Salud no ha realizado, con la urgencia que el caso concreto exige, las acciones eficaces tendientes a declarar en estado de alerta la ciudad de La Oroya ni a solucionar la grave situación existente, pese a la evidente excesiva concentración de contaminantes del aire en la mencionada localidad, lo que incumple el mandato contenido en el Decreto Supremo 074-2001-PCM, así como en la Ley 26842²⁸². Y es que el Ministerio de Salud, como ente rector del sector Salud, se encuentra obligado a conducir, regular y promover la intervención del Sistema Nacional de Salud y es el principal responsable de la recuperación inmediata de la salud de los pobladores afectados²⁸³.

Los niveles de contaminación por plomo y otros elementos químicos en la ciudad de La Oroya han sobrepasado estándares mínimos reconocidos internacionalmente, generan graves afectaciones de los derechos a la protección de la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado de la población de esta ciudad, razón por la cual el emplazado Ministerio de Salud está en la obligación de realizar urgentemente las acciones

²⁸⁰ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, cit.

²⁸¹ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud, “El derecho a la salud”, Folleto informativo n.º 31, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra, p. 10. [Consulta: 15 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>.

²⁸² Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, cit. Ver también MAY, J. y DALY, E., *Judicial Handbook on Environmental Constitutionalism*, cit., p 107.

²⁸³ Perú, Tribunal Constitucional, *ibid.*

pertinentes para la implementación de un sistema que permita la declaración del respectivo estado de alerta y, de este modo, atender la salud de la población afectada²⁸⁴.

Concerniente a la pretensión relativa a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la ciudad de La Oroya, para evitar riesgos a la población, establece el Tribunal que el Ministerio de Salud ha omitido tomar medidas al respecto, lo cual incumple el mandato y que existen diferencias entre los estudios epidemiológicos y los programas de vigilancia epidemiológica y ambiental²⁸⁵.

Al tratarse de una acción de cumplimiento, que intenta proteger derechos sociales, se observa que por un lado se apela a una concepción positivista del Derecho cuando condiciona la justiciabilidad directa de los derechos sociales; y, por otro lado, se recurre a la interpretación teleológica y sistémica para determinar si el Estado ha incumplido o no con la norma denunciada y si las medidas tomadas han sido efectivas, de ahí el uso de argumentos pragmáticos²⁸⁶; a partir de los principios y a *cohaerentia*, entre otros²⁸⁷, bajo un enfoque de cierto aire iusnaturalista o no positivista del Derecho, por su insistencia en las respuestas jurídicas implícitas, deducibles de los principios, valores, bienes o fines del Derecho²⁸⁸.

Ahora bien, cabe preguntarse si el Tribunal Constitucional peruano no debió ordenar otras medidas para la prevención y detención inmediata de la contaminación ambiental que padecía continuamente la zona. Pues de los argumentos utilizados en las fundamentaciones, no parecería que se limitaría a un simple exhorto a las empresas mineras a participar en las acciones de protección de la salud y del medio ambiente, cuando estas causan conscientemente la contaminación y desde hace tanto tiempo.

²⁸⁴ BONINE, J., “Barriers and Incentives to Citizen Participation in the Enforcement of Environmental Laws”, en DURÁN MEDINA, V., MONTENEGRO ARRIAGADA, S., MORAGA SARIEGO, P. y URBINA BENAVIDES, C. (eds.), *Institucionalidad e instrumentos de gestión ambiental para Chile del bicentenario*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 422.

²⁸⁵ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, *cit.* Ver también MAY, J. y DALY, E., *Judicial Handbook on Environmental Constitutionalism*, *cit.*, p 108.

²⁸⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., “Los argumentos de la interpretación”, *cit.*, pp. 260 y 262.

²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 258 y ss.

²⁸⁸ VIGO, R., “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias”, *cit.*, pp. 853 y ss.

Además, qué tanto más debe esperarse para que se diagnostique adecuadamente la situación y se tomen las medidas de lugar, si el mismo Tribunal Constitucional cita diversos estudios sobre el problema y el propio Ministerio de Salud también admite tener conocimiento e información de él. Al menos, pudo dictar algunas medidas cautelares respecto de lo reseñado e involucrar la participación de los afectados para la búsqueda de la solución.

2.4. Los derechos a la protección de la salud, a la vivienda y al medio ambiente sano en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (*Caso Julia M. Mariño De Ospina y otros*)

El 18 de noviembre de 1999, los ciudadanos Julia M. Mariño De Ospina, Adriana M. Montoya De Gil y otros interpusieron recurso de amparo constitucional²⁸⁹ contra la omisión del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales (actual Ministerio del Ambiente) en el cumplimiento del Programa de Saneamiento Ambiental del Lago de Valencia, el Proyecto Sistemas de Tratamiento de Aguas Residuales en la Cuenca del Lago de Valencia, así como en la ejecución del Plan de Ordenación y Reglamento de Uso del Área Crítica con Prioridad de Tratamiento de la Cuenca Hidrográfica del Lago de Valencia, situación violatoria de los derechos fundamentales a la propiedad, a la protección de la salud, a la protección de la familia y al desarrollo físico, moral y social de la persona según la Constitución vigente al momento de la demanda.

Los demandantes alegaron que son propietarios y residen en viviendas ubicadas en terrenos que quedaron al descubierto por el proceso de desecación del Lago de Valencia y que como consecuencia de obras hidráulicas que las autoridades del Ministerio del Ambiente realizaron posteriormente para la satisfacción de las necesidades de la población e industria de la región, los afluentes de aguas al Lago de Valencia aumentaron considerablemente, se mezclaron aguas limpias y contaminadas, sus viviendas se vieron amenazadas por las inundaciones con el advenimiento de la estación lluviosa, y sus vidas

²⁸⁹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1632 de 11 de agosto de 2006.

estuvieron expuestas permanentemente a enfermedades generadas por la contaminación²⁹⁰.

Como prueba de la situación, los demandantes aportaron constancia de inspección judicial, noticias, reportajes periodísticos, certificaciones médicas de enfermedades de residentes, entre otras, para la demostración de que los niveles de las aguas del Lago sobrepasan con regularidad sus viviendas, que las aguas servidas se desbordan hasta tomar las calles y los sistemas cloacales y de drenajes dentro de las viviendas colapsan, y exponen la salud al peligro inminente.

Si bien originalmente se requirió que se restableciera la situación jurídica infringida y la continuación de las obras de saneamiento y de control del Lago de Valencia, al agravarse la situación se denunciaron adicionalmente lesiones graves a intereses difusos y colectivos de todos los habitantes de los Estados aledaños al Lago de Valencia, a sus derechos a una vivienda digna y los derechos de los niños, demandándose el desalojo y reubicación de los habitantes de las urbanizaciones “La Punta” y “Mata Redonda”, previa indemnización del valor de los inmuebles afectados.

Tanto el Ministerio Público como la Defensoría del Pueblo sugirieron la aceptación de la demanda y el ordenamiento al ente administrativo de la realización de las obras a que está obligado. En cambio, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales presentó informes sobre el estado de avance de las obras de saneamiento y control del nivel del Lago de Valencia y sobre los motivos del retraso en el cumplimiento. Otros entes estatales también presentaron informes de los avances de obras y proyectos que se realizarán en la zona, señalando que hasta la fecha habían sido reubicadas mil quinientas veintiocho familias. A tales efectos, el Ministerio del Ambiente concluyó que no es el único responsable ni encargado de la ejecución de los distintos planes diseñados para la recuperación del Lago de Valencia, el control del nivel de sus aguas y el saneamiento, que los factores determinantes del problema van mucho más allá de su

²⁹⁰ *Ibid.*

competencia y que, como ya ha sido cumplida la norma, debe declararse inadmisibile la demanda por falta de objeto²⁹¹.

Para decidir, en primer lugar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela reconoce que están en juego intereses difusos y colectivos por lo que es posible conocer de la demanda en la Sala Constitucional y que, salvo el derecho de propiedad, los derechos cuya lesión se invocó son derechos cuya satisfacción requieren de prestaciones desplegadas por los poderes públicos. Que la Constitución de 1999 estipula como derechos fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales, lo que implica que son exigibles directamente mediante amparo y que rechaza la concepción de estos como derechos programáticos. Es importante la aclaración de que se trata de derechos fundamentales y no de normas programáticas, por así ser considerados en la norma positiva superior del ordenamiento jurídico²⁹². No obstante, se enmarca a estos derechos como aquellos que demandan del cumplimiento de obligaciones positivas o prestacionales²⁹³.

El cometido primario de todo Estado social y democrático de Derecho es alcanzar la procura existencial de las necesidades básicas del individuo para que este pueda insertarse plena y dignamente en la sociedad. Esa procura de la justicia social lleva al Estado a que intervenga en el ámbito económico y social, como Estado prestacional. Venezuela se constituye como un Estado social y democrático de Derecho comprometido con el progreso integral y el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, lo que exige que se garantice eficazmente el control de la legalidad material, es decir, el cumplimiento de las debidas actuaciones prestacionales.

Dichas obligaciones de los poderes públicos derivadas de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho son obligaciones de resultado y no de medio. Como se puede ver, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano deriva de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho y del principio de dignidad

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² MONEREO ATIENZA, C., "Una teoría de los derechos sociales es posible", *cit.*, p. 18.

²⁹³ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p.

humana las obligaciones para Venezuela²⁹⁴. Incluso, del análisis del concepto de *obligaciones de resultado*²⁹⁵ se desprende entonces que para la Sala no basta solo con hacer todas las diligencias posibles en aras de cumplir con los derechos sociales, sino que no cabe excusa para el incumplimiento de estas obligaciones. Igualmente, obsérvese que se acoge lo sostenido por Prieto Sanchís, relativo a que el Estado social y democrático de Derecho para cumplir con su cometido está llamado a interferir en la economía de mercado y demás ámbitos²⁹⁶.

Ahora bien, para hacer viable la exigibilidad judicial directa de los derechos fundamentales de contenido prestacional, especialmente los de orden económico, social y cultural, debe existir una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de estos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo, relación jurídica cuya existencia se identifica con el núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales. Se advierte además que, si bien las políticas no son objeto, en principio, de control jurisdiccional, ello no puede ser entendido como una negación del derecho de acción de los ciudadanos. Aquí podría identificarse lo planteado por Böckenförde sobre la dificultad de saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas aplicables para el caso concreto cuando se trata de exigir DESC²⁹⁷. Sin embargo, seguidamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela argumenta que en el caso de autos no se pretende un cumplimiento abstracto de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, sino la exigencia concreta de un grupo determinado frente a una situación jurídica por demás concretada: la lesión de los derechos a la protección de la salud y a una vivienda digna de los habitantes

²⁹⁴ RESTREPO OSPINA, A., “Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana”, *cit.*, p. 15.

²⁹⁵ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, *cit.*, pp. 145 y ss.

²⁹⁶ PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, en CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2007, pp. 219 y 220.

²⁹⁷ BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 76 y ss.

de los sectores especialmente afectados por el aumento de la cota y la contaminación del Lago de Valencia²⁹⁸.

En cuanto al derecho a la protección de la salud, se reconoce como parte integrante del derecho a la vida, cuya satisfacción corresponde principalmente al Estado. Que no se agota en la simple atención física de una enfermedad a determinada persona, sino que se extiende a la atención idónea para salvaguardar la integridad mental, social, ambiental, etcétera, de las personas e incluso de las comunidades.

En el caso concreto, desde 1999 los habitantes de las urbanizaciones “La Punta” y “Mata Redonda” sufrían de precarias condiciones de salubridad y alta contaminación, como se desprende de los medios de pruebas. Dicha lesión al referido derecho colectivo como consecuencia de la situación de insalubridad en la que viven los habitantes implica, además y por vía de consecuencia, lesiones graves a la calidad de vida de los habitantes y amenaza de lesión al derecho fundamental a la vida, porque cualquier atentado al derecho a la protección de la salud redundaría, en definitiva, en un atentado contra la vida del ser humano²⁹⁹. En este párrafo, aunque no expresamente, se aplica la observación general n.º 14 del Comité DESC de la Organización de las Naciones Unidas sobre el derecho a la protección de la salud³⁰⁰ y también el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos³⁰¹ referidos anteriormente, pues se vincula el derecho a la protección de la salud con otros derechos fundamentales y se detalla una parte de su alcance, al reconocerlo como un derecho individual y colectivo a la vez.

Sobre el derecho a una vivienda digna, se reitera que se trata de un derecho fundamental y prestacional que no implica que se deba otorgar a todos los ciudadanos cualquier vivienda que estos consideren digna para su calidad de vida, sino la garantía para aquellos sujetos cuya especial situación de hecho les impide acceder a una en

²⁹⁸ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1632 de 11 de agosto de 2006.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14, Artículo 12: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 4 y 11.

³⁰¹ AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., p. 48.

condiciones normales. En el caso de autos, se declaró una lesión al derecho a una vivienda digna en virtud del deterioro de las condiciones ambientales y urbanísticas del sector que provocó la pérdida de condición del estándar mínimo requerido para considerarse como hábitat digno³⁰². Estos estándares se encuentran también en la Observación General n.º 4 del Comité DESC cuando se habla de la habitabilidad como factor determinante para considerar una vivienda adecuada³⁰³.

En relación con el derecho al medio ambiente sano, se advierte que para que la vivienda sea digna no solo debe contar con los servicios básicos esenciales, sino que debe estar emplazada en un hábitat que asegure el derecho a un ambiente sano respecto a toda la colectividad. De ahí que también fueron violadas las condiciones mínimas que concretan un hábitat digno ante las precarias condiciones existentes en las poblaciones de “La Punta” y “Mata Redonda”³⁰⁴. De nuevo se asocia el derecho al medio ambiente sano con el derecho a una vivienda adecuada.

Por otro lado, se desestimó la violación al derecho de propiedad privada porque lo solicitado excedía del carácter restablecedor de la acción de amparo. De igual forma, se rechazó la violación al derecho a la protección de la familia, al invocarse un precedente que estableció que la Constitución tiene un contenido eminentemente sociológico respecto a dicho derecho, del cual pudieran desprenderse más bien derechos subjetivos de rango legal. También se desestimó la violación al desarrollo físico, moral y social de la persona por la falta de concreción de la relación jurídica necesaria para la tutela judicial de derechos fundamentales³⁰⁵.

Efectivamente, la reclamación de daños y perjuicios no puede ser subsanada en amparo, pues este solo puede ordenar restituir el derecho o garantía conculcada o detener

³⁰² Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1632 de 11 de agosto de 2006.

³⁰³ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 4, Artículo 11: El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991, párr. 8.

³⁰⁴ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1632 de 11 de agosto de 2006.

³⁰⁵ *Ibid.*

las formas de amenazas a estos³⁰⁶. De ahí que fuere desestimada dicha violación. Por otro lado, cabe resaltar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela diferencia normas constitucionales que generan de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles, de otras que necesitan de desarrollo legislativo para poder ser aplicadas u operativas, lo que contradice lo expuesto por la doctrina³⁰⁷ respecto a la fuerza normativa o vinculante de todas las normas de las Constituciones del neoconstitucionalismo³⁰⁸.

Se admitió que la omisión que dio origen a la demanda es distinta a la existente en la actualidad. Que se trata de una lesión a derechos fundamentales continuada, agravada con el tiempo, que requiere de una solución urgente y que no es suficiente con la materialización de los planes de saneamiento ejecutados y por ejecutar. Pues frente a la inminencia de catástrofe natural que puede ocurrir, como consecuencia de la subida del nivel del Lago en temporada de lluvia, procede además el desalojo de la zona.

Según la Sala Constitucional de Venezuela, invocando diversas normas, la coordinación de las actuaciones administrativas tendentes al desalojo y reubicación de los habitantes de los sectores “La Punta” y “Mata Redonda” corresponde a la Autoridad Única de Área para la Cuenca del Lago de Valencia del Ministerio del Ambiente, la cual tiene las más amplias potestades y le compete la búsqueda de soluciones al problema social presente en la zona³⁰⁹. Para justificar la medida, se toma en cuenta el daño individual inminente y la urgencia de la situación, y se pronostica lo que sucedería si esta

³⁰⁶ GOZAÍNI, O., “El amparo y la defensa de los derechos colectivos”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y DANÉS ROJAS, E., (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memorias del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2011, p. 87.

³⁰⁷ PRIETO SANCHÍS, L., “Principia iuris: Una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *cit.*, p. 335.

³⁰⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, *cit.*, p. 3. Ver también NÚÑEZ LEIVA, J., “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *cit.*, p. 518.

³⁰⁹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1632 de 11 de agosto de 2006.

necesidad no fuese satisfecha³¹⁰ para superar la indeterminación del contenido del derecho como excusa de su no justiciabilidad.

Advierte la Sala que con esta sentencia no se pretende, ni mucho menos, sustituir a la Administración Pública en el diseño de sus políticas públicas y en la determinación de cuál entre diferentes acciones posibles sería la más conveniente frente a la lesión, que aunque el pronunciamiento no enjuicia las políticas dictadas, sin embargo identifica la necesidad de desalojo de los habitantes como la única opción posible a corto plazo para el restablecimiento de los derechos fundamentales que resultaron lesionados. No se concibe ninguna otra posibilidad frente a la amenaza de inundación, obviamente, sin perjuicio del resto de medidas que discrecionalmente puedan ser adoptadas por la Administración en relación con la problemática asociada al Lago de Valencia. Además, resalta el Tribunal que el desalojo de los actuales afectados respondería también a una consecuencia del derecho a la igualdad de los vecinos que actualmente están afectados, respecto de los que en años anteriores lo fueron y consiguieron protección e indemnización según el valor de sus viviendas³¹¹.

En consecuencia, para la restauración de la situación jurídica infringida ante la comprobada violación a los derechos a la protección de la salud, a la vivienda digna y al ambiente sano, la Sala ordena el desalojo de los habitantes de los sectores “La Punta” y “Mata Redonda”, y corresponde a la Autoridad Única de Área para la Cuenca del Lago de Valencia dependiente del Ministerio del Ambiente la coordinación de las acciones y recursos necesarios para que se lleve a cabo ese desalojo, a través de la restauración de tales derechos mediante el restablecimiento previo del valor económico de cada una de las viviendas, de manera que los sujetos lesionados puedan obtener un estándar de vida y vivienda similar a la que tenían antes de la violación a sus derechos. La Autoridad Única de Área para la Cuenca del Lago de Valencia deberá remitir a los treinta días continuos siguientes a la publicación del fallo, un informe sobre los términos y condiciones en los

³¹⁰ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2012, pp. 317 y ss.

³¹¹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1632 de 11 de agosto de 2006.

cuales dará cumplimiento al mandamiento y cualquier controversia sería resuelta de manera expedita por la Sala en vía de ejecución³¹².

Por último, se exhorta a todos los órganos del poder público con competencia para la consecución del problema de saneamiento y control del nivel de las aguas de la Cuenca del Lago de Valencia, y especialmente a la Autoridad Única de Área para la Cuenca del Lago de Valencia, en su condición de órgano coordinador de aquellos, para que continúen ejecutando con la mayor prioridad y diligencia posible los planes y acciones tendentes a la solución definitiva de dicho problema socioambiental³¹³. Es interesante observar que en lugar de auxiliarse de otros entes estatales para la supervisión del cumplimiento y acompañamiento a las víctimas, elemento característico del neoconstitucionalismo latinoamericano³¹⁴, este lo restringe solo a su jurisdicción.

En este caso también se vislumbra un enfoque no positivista del Derecho, al admitir respuestas jurídicas implícitas, deducibles de los principios, valores, bienes o fines del Derecho³¹⁵. Se recurre a varios métodos interpretativos, como el sistemático, con sus respectivos argumentos a *cohaerentia* y argumentos a partir de los principios, también el teleológico, que promueve el argumento de las consecuencias, y el pragmático³¹⁶, entre otros.

3. ANÁLISIS DE SENTENCIAS QUE MODIFICAN O CREAN POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 67/68, 2009, p. 49.

³¹⁵ VIGO, R., “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias”, *cit.*, pp. 853 y ss.

³¹⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., “Los argumentos de la interpretación”, *cit.*, pp. 258 y ss.

3.1. Decisiones de los tribunales de Venezuela, Colombia y Perú que modifican parcialmente las políticas públicas sociales

En el presente tipo de control los Tribunales Constitucionales definen un marco dentro del cual los poderes políticos deben responder ante la situación demandada o avanzar en la definición de los contenidos de la política. También pueden remitir la solución a un proceso de negociación entre la parte afectada, los órganos estatales demandados y en ocasiones la sociedad civil, y fungir como árbitro o último decisor en caso de no llegarse a un acuerdo entre las partes³¹⁷.

3.1.1. El derecho a la seguridad social en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Caso Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos)

En el caso correspondiente a la demanda interpuesta por la organización Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela conoció de la supuesta inconstitucionalidad por omisión en que incurrió la Asamblea Nacional cuando dictó la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, al regular de manera incompleta el Régimen Prestacional de Empleo, sin establecer el hecho imponible de la contribución especial de paro forzoso ni un régimen transitorio mientras se promulga la ley que regule dicho régimen prestacional y derogó el decreto que regula el subsistema de paro forzoso y capacitación laboral, lo que implicó para el accionante la violación de los principios de progresividad, seguridad jurídica e irrenunciabilidad de los derechos a la seguridad social y al trabajo de todos los empleados³¹⁸.

Por su parte, el Fiscal General de la República solicitó se declare improcedente la demanda, porque para la determinación de una omisión legislativa enjuiciable debe

³¹⁷ ROSSI, J. y FILIPPINI, L., “El Derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, *cit.*, pp. 19 y 20.

³¹⁸ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia de 2 de marzo de 2005.

tenerse en cuenta el elemento temporal y tratarse de una omisión que se verifique en un tiempo excesivamente largo, además de que mientras no se dicten las leyes de los regímenes prestacionales, la base de cálculo de las cotizaciones del seguro social obligatorio debe determinarse de conformidad con lo establecido en la misma ley³¹⁹.

En primer lugar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fundamenta su competencia en la norma constitucional que le faculta a declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando este último haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta³²⁰. También se apoya en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que extendió dicha potestad de control jurisdiccional a las pasividades de cualquier otro órgano del poder público, cuando deje de ejercer competencias de ejecución directa e inmediata de la Constitución³²¹.

En segundo orden, la referida Sala Constitucional citó la sentencia del *Caso Otepi Consultores C.A.*, donde había declarado inconstitucional la recaudación de la contribución especial de paro forzoso, por el vacío de regulación dejado por la ley, debido a esta derogó el Decreto con fuerza de ley que lo normaba, y quedó dicho impuesto sin base legal³²². Tras esto, se aclara que la ausencia de regulación de la contribución especial de paro forzoso no implica la desprotección de los principios de progresividad, seguridad jurídica e irrenunciabilidad del derecho fundamental a la seguridad social alegados, puesto que la nueva Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social garantiza la prestación de ayuda a los trabajadores que queden cesantes o en situación de desempleo a través del Régimen Prestacional de Empleo mediante prestaciones similares a las que preceptuaba el antiguo sistema.

³¹⁹ Ministerio Público de Venezuela, “Inconstitucionalidad por omisión legislativa”, Dictamen consignado por el Fiscal General de la República mediante oficio n.º DGAJ-DCCA-2004-22989 del 26 de abril de 2004.

³²⁰ BAZÁN, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, cit., pp. 763 y ss.

³²¹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia de 2 de marzo de 2005.

³²² *Ibid.*

Ahora bien, como la nueva Ley únicamente reguló de manera programática el Régimen Prestacional de Empleo y no estableció cómo se otorgarán esas prestaciones y beneficios sociales hasta tanto se dicten las leyes de los regímenes prestacionales, dicha omisión del legislador resulta particularmente grave, pues existirá en la práctica una interrupción de la prestación de los servicios sociales ante la pérdida de la actividad laboral³²³. En consecuencia, esto viola el ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social que reconoce la Constitución de 1999 e implica el incumplimiento de acuerdos internacionales válidamente suscritos, como el Convenio n.º 102 relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social de la OIT, especialmente en lo concerniente a las prestaciones de desempleo³²⁴, los lineamientos generales de lo que debe contener la contingencia que se cubre, las personas protegidas, el modo de cálculo del pago de la prestación, su duración, así como el deber de los Estados miembros de garantizar un sistema de cotizaciones o de impuestos que financie el costo de las prestaciones concedidas.

Obsérvese que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela aunque no especifica si el convenio invocado forma parte del bloque de constitucionalidad, tal como expresa que con la omisión el Estado incumple sus obligaciones internacionales, se denota que no solo ejerce un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad de la omisión legislativa³²⁵.

De manera que la ausencia de desarrollo legislativo en relación con el régimen prestacional de empleo, por cuanto trae como consecuencia inmediata la falta de cotización para el financiamiento de la prestación del beneficio social en caso de desempleo y, más grave aún, por cuanto implica la negación de otorgamiento de dicha prestación a los beneficiarios, comporta según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la existencia de una omisión legislativa que debe ser remediada inmediatamente a través de la orden a la Asamblea Nacional para que ponga

³²³ *Ibid.*

³²⁴ ROSSI, J. y FILIPPINI, L., “El Derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, *cit.*, p. 8.

³²⁵ FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 585.

fin a esta situación y, en complemento, mediante la toma de medidas que preventiva y cautelarmente sopesen las consecuencias de tal abstención y eviten un indeseado incumplimiento de obligaciones internacionales³²⁶.

Por otro lado, en cuanto al argumento del Ministerio Público sobre la ausencia de plazo específico para determinar si el legislador se ha excedido o no para imputársele la omisión, se señala que corresponde al juez determinarlo a través del criterio de razonabilidad o racionalidad, por lo que al pasar más de año y medio de su entrada en vigencia, afirma que se ha prolongado en exceso el tiempo que razonablemente conllevaría la aprobación y promulgación de tales leyes, sobre todo porque esta carece de régimen transitorio para la prestación de dicho beneficio. Se trata del empleo de un método sistemático que, como bien fue explicado, privilegia la interpretación conforme³²⁷ y del argumento con base en los principios³²⁸ bajo un enfoque no positivista del Derecho.

En consecuencia, la Sala declara la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional por la falta de regulación acabada del Régimen Prestacional de Empleo en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, así como por la falta de sanción de la ley especial a la que remite dicha Ley orgánica para la regulación de ese régimen prestacional dentro de un plazo razonable en Derecho, inactividad normativa que impide el eficiente ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social y viola la Constitución³²⁹.

También ordena a la Asamblea Nacional la preparación, discusión y sanción, dentro del plazo máximo de tres meses computables desde la notificación del fallo de la Ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo y desarrolle las normas generales que en este sentido contiene la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, todo ello a la luz de la Constitución o en su defecto, de un régimen transitorio que solvete la situación lesiva al derecho constitucional a la Seguridad Social descrita.

³²⁶ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia de 2 de marzo de 2005.

³²⁷ ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, *cit.*, pp. 95 y 96.

³²⁸ GASCÓN ABELLÁN, M., “Los argumentos de la interpretación”, *cit.*, pp. 259 y ss.

³²⁹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia de 2 de marzo de 2005.

Por último, en atención a la gravedad de la situación jurídica, a la urgencia que reviste su reparación y con el fin de evitar un indeseado incumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido la República, la Sala acuerda como medida cautelar innominada la suspensión de los efectos del artículo de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social que deroga el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, consecuentemente, declara su ultra actividad a partir del pronunciamiento y hasta cuando la Asamblea Nacional ponga fin a la situación de mora legislativa en los términos de la decisión. Medida preventiva que no obsta para que, en caso de un eventual incumplimiento del veredicto en fase de ejecución voluntaria, la Sala complemente tal cautela con las medidas provisionales y correctivas que sean necesarias para evitar mayores perjuicios al orden público constitucional y al sistema de Seguridad Social venezolano³³⁰.

De nuevo se otorga un alto grado de importancia a los tratados internacionales de derechos humanos, elemento identificador del neoconstitucionalismo latinoamericano³³¹ y a los argumentos de principios³³², en este caso cuando se menciona el orden público constitucional. No obstante, cabe señalar que pudo fundamentarse mejor la urgencia y daño causado por la omisión a los derechos invocados, lo que justifica el pronunciamiento y la toma de medidas cautelares. Para ello pudo hacerse referencia a la dignidad humana, al principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos y a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, entre otros estándares y principios.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, *cit.*, p. 114.

³³² POZZOLO, S., “Apuntes sobre “neoconstitucionalismo””, trad. de P. Mattei-Gentili, en FABRA ZAMORA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, *cit.*, pp. 367 y 368.

3.1.2. Los derechos sociales de la población desplazada en la Corte Constitucional de Colombia (Caso Abel Antonio Jaramillo y otros)

En la sentencia de tutela n.º 025 del 22 de enero de 2004³³³, la Corte Constitucional colombiana decidió sobre la acción instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación y otros. Se trató de la acumulación de ciento ocho expedientes, correspondientes a mil ciento cincuenta núcleos familiares pertenecientes a la población desplazada³³⁴, compuestos principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas³³⁵. Los accionantes alegaron ser víctimas de desplazamiento forzado por hechos ocurridos alrededor de un año y medio y denunciaron a las autoridades por no cumplir con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria³³⁶.

De entrada, se advierte que se trata de problemas jurídicos complejos relacionados con el contenido, alcance y limitaciones de la política estatal de atención de la población desplazada y que lo que se pretende resolver con la tutela afecta a toda la población desplazada, independientemente de que haya acudido a esta³³⁷. Se determina entonces que por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada en Colombia, así como por algunas acciones, además de la omisión reiterada

³³³ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero.

³³⁴ Para una definición de personas desplazadas ver Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas*, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998, párr. 2: “se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos [...], y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.

³³⁵ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero.

³³⁶ HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *cit.*, pp. 91 y 92.

³³⁷ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero.

de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, se han violado a los accionantes y a la población desplazada en general sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad de petición, al trabajo, a la protección de la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños.

Fíjese pues la gama de derechos que encuentra violada la Corte Constitucional colombiana, reafirma que con ello el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales³³⁸, todos justiciables. Además de que identifica no solo el incumplimiento de obligaciones negativas sino también positivas por parte del Estado en materia de derechos sociales de los desplazados³³⁹, lo que se desprende cuando se refiere a la acción como a la omisión de las autoridades, que dieron lugar a las violaciones de dichos derechos o cuando expresamente establece que la respuesta del Estado “ha de comprender acciones positivas, lo cual pone de relieve la faceta prestacional que, unida a su dimensión de defensa contra la arbitrariedad, tienen todos los derechos”³⁴⁰.

Continúa la Corte Constitucional estableciendo que dicha violación ha venido ocurriendo de manera masiva y reiterada, no imputable a una única autoridad, sino a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado y a sus distintos componentes, principalmente en razón de la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla, aun cuando la política cuenta con un referente normativo en la Ley 387 de 1997. Por tal situación, la Corte declaró *un estado de cosas inconstitucional*³⁴¹. Según Lozano, Payán y Ruiz, la declaración del estado de cosas inconstitucional demuestra el compromiso de los Tribunales Constitucionales de resguardar el imperio de la

³³⁸ GARRIGA, A., “Derechos sociales, una aproximación a su concepto y fundamento”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, *cit.*, pp. 644 y 645.

³³⁹ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, *cit.*, p. 157.

³⁴⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero.

³⁴¹ *Ibid.* Ver también HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *cit.*, p. 92; MERHOF, K., “Building a Bridge between Reality and the Constitution: The Establishment and Development of the Colombian Constitutional Court”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, p. 723.

Constitución, lo que encuentra fundamento en el rol de los jueces constitucionales en el Estado social y democrático de Derecho³⁴².

La Corte Constitucional colombiana justifica la decisión estructural tomada y las medidas adoptadas, por la persistencia del patrón de violación de derechos de la población desplazada, palpable incluso porque, a pesar de diecisiete pronunciamientos anteriores de la Corte y soluciones ordenadas, las autoridades competentes no adoptaron los correctivos suficientes para su superación, sino que la agravaron algunos funcionarios, al exigir la interposición de acciones de tutela como procedimiento previo para brindar cualquier protección³⁴³.

Sobre la base de todos los informes estatales, nacionales, internacionales, entre otras pruebas utilizadas³⁴⁴, la Corte Constitucional de Colombia fue muy precisa al constatar que aunque la política pública sobre desplazamiento forzado existe, hay avances y esfuerzos para enfrentar el problema, la falta de indicadores para evaluarla; la dispersión de asignación de responsabilidades entre tantas entidades; la ausencia de plazos; la determinación del nivel necesario de apropiaciones; la carencia de recursos administrativos idóneos para la ejecución de las políticas; la falta de regulación de la participación de la población desplazada en el diseño y ejecución de las políticas, así como las tantas formalidades para acceder a alguna asistencia, entre otras, obstaculizan seriamente el cumplimiento de las metas perseguidas. Al respecto, si bien se aclara que el juez de tutela no puede solucionar cada uno de los problemas, porque ello corresponde a las autoridades responsables, eso no le impide constatar la violación, adoptar los

³⁴² LOZANO, M., PAYÁN, A. y RUIZ, L., “La discusión probatoria de las víctimas y la sentencia T-025 de 2004”, en TORRES VILLARREAL, M. e IREGUI PARRA, P. (eds.), *El desplazamiento forzado en Colombia: 10 años de la sentencia T-025 de 2004, Ponencias ganadoras del IV Concurso Nacional de Semilleros de Investigación*, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2015, p. 47.

³⁴³ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero. Ver también OSUNA, N., “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en BAZÁN, V. y STEINER, C. (eds.), *La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2015, p. 98.

³⁴⁴ Importante destacar que en materia probatoria de la condición de desplazados, la Corte Constitucional ha proclamado los principios de buena fe y de flexibilidad probatoria (Ver LOZANO, M., PAYÁN, A. y RUIZ, L., “La discusión probatoria de las víctimas y la sentencia T-025 de 2004”, *cit.*, p. 48 y ss.).

correctivos de lugar e identificar los remedios necesarios para superar las mencionadas falencias estructurales³⁴⁵.

En palabras de la Corte Constitucional, no se trata de ordenar gastos no presupuestados, definir o modificar la política diseñada, sino de apelar al principio constitucional *de colaboración armónica* entre las distintas ramas del poder, para garantizar el cumplimiento de deberes de protección efectiva de los derechos, en especial los que tienen clara dimensión prestacional, competencia que sí posee el juez constitucional en un Estado social y democrático de Derecho. Del lenguaje utilizado se nota entonces, que la Corte Colombiana no define los derechos sociales como exclusivamente derechos prestacionales, aunque bien reconoce la alta importancia de este tipo de obligaciones para protegerlos³⁴⁶. Recuérdese, además, lo sostenido por Rolla de que la garantía y tutela de los derechos fundamentales del ser humano son el elemento característico del Estado social y democrático de Derecho³⁴⁷, de ahí que la Corte identificara una clara obligación de emitir ese tipo de decisiones.

En esa misma línea la Corte Constitucional invoca la cláusula del Estado social y democrático de Derecho para respaldar la adopción de medidas, identifica el compromiso del Estado de promover condiciones de vida dignas para todas las personas, superar las desigualdades y garantizar efectivamente la libertad e igualdad, especialmente de los sectores más vulnerables, parámetros necesarios para evaluar la verdadera existencia del Estado social y democrático de Derecho³⁴⁸.

Igualmente, se destaca la importancia de otros deberes constitucionales, como el de adoptar e implementar políticas para satisfacer progresivamente los DESC y erradicar injusticias y el de abstención de adopción de medidas regresivas en materia de dichos derechos, es decir que se maneja un claro entendimiento respecto de que las obligaciones

³⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero.

³⁴⁶ Ver al respecto ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 25.

³⁴⁷ ROLLA, G., “El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano”, trad. de K. Castillo, *Persona y Derecho*, n.º 49, 2003, p. 231.

³⁴⁸ ARANGO, R., “Estado social de Derecho y derechos humanos”, *Revista Número*, n.º 39, 2003, [Consulta: 7 de enero de 2015]. Disponible en: <http://www.revistanumero.com/39sepa6.htm>.

de progresividad en esta materia conllevan naturalmente la prohibición de regresividad, tal y como ha sido reiterado en innumerables ocasiones por Naciones Unidas³⁴⁹.

Indica la Corte Constitucional colombiana que el artículo 13 de la Constitución permite además el trato preferente por parte del Estado a los desplazados, también menciona la jurisprudencia anterior que precisa como parámetros el principio de favorabilidad, los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno y el principio de prevalencia del Derecho sustancial en el contexto del Estado social y democrático de Derecho. Asimismo, insiste en que desde el punto de vista constitucional es necesario destinar el presupuesto apropiado y tomar las medidas de lugar para la realización de los derechos fundamentales de los desplazados, lo cual no puede aplazarse indefinidamente³⁵⁰, ni es facultativo de las autoridades, sino un mandato de acción, y ante el incumplimiento es exigible la dimensión programática de los derechos.

Para la referida Corte Constitucional si las políticas son articuladas en leyes, decretos u otros instrumentos jurídicos, ha de respetarse su fuerza normativa, que no es política ni retórica. Y la coherencia exige que se cuente con los recursos y capacidad institucional para atender el derecho prestacional creado por el Estado. Nótese ahí la teoría de derechos sociales y del Derecho constitucional que maneja la Corte, pues llega a reconocer en esencia la justiciabilidad de la dimensión programática de los derechos sociales, por constituir fuerza vinculante todas las normas constitucionales³⁵¹, planteamiento o característica central del neoconstitucionalismo como bien fue sustentado en el capítulo II de este estudio.

Según la Corte Constitucional de Colombia, la postergación del cumplimiento de las obligaciones por falta de recursos suficientes y los tipos de deficiencias en la

³⁴⁹ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 21.

³⁵⁰ Los derechos sociales implican obligaciones que han de cumplirse en plazos razonables, la progresividad no significa que los mismos han de aplazarse infinitamente, tal y como se expone en el capítulo 1 (Ver ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, p. 79).

³⁵¹ CARBONELL, M., “Neoconstitucionalismo”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá-Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Madrid, 2011, p. 4. [Consulta: 3 de marzo de 2016]. Disponible en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101.

capacidad institucional constituyen un retroceso contrario al mandato constitucional de garantizar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, asimismo, que la gravedad y complejidad de un problema no son excusas por sí solas para el incumplimiento de los compromisos asumidos ni tampoco es admisible la disminución de la protección en la práctica, sin justificación alguna. Estos planteamientos son coherentes con lo afirmado por Añón, en la línea de que, incluso ante las situaciones de crisis económicas, la obligación de garantizar todos los derechos fundamentales subsiste, y debe priorizarse a los grupos de personas que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad³⁵² y por Hopenhayn en cuanto a que la regresividad también tiene límites³⁵³.

Con respecto al Derecho internacional de los derechos humanos, en la decisión se resaltan obligaciones internacionales contenidas en el PIDESC, así como en diversas observaciones generales emitidas por el Comité DESC de Naciones Unidas, que respaldan los argumentos para identificar el deber del Estado de diseñar políticas públicas encaminadas a lograr progresivamente la realización plena de los derechos sociales, con metas específicas para medir los avances en los plazos fijados, el deber de divulgar los resultados, con el fin de que los actores correspondientes identifiquen los obstáculos y se adopten correctivos³⁵⁴.

Si bien la Corte Constitucional no invoca el Derecho internacional de los derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad o de sus obligaciones en materia de control de convencionalidad, cabe destacar que se refiere a estas como obligaciones del Estado, característica también del neoconstitucionalismo latinoamericano³⁵⁵ resaltada en el capítulo II de la presente investigación.

Aclara la Corte Constitucional de Colombia con los mismos fundamentos utilizados por Naciones Unidas, que el deber de adoptar medidas por todos los medios

³⁵² AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, *cit.*, pp. 62 y 63.

³⁵³ HOPENHAYN, M., “Desigualdades sociales y derechos humanos: Hacia un pacto de protección social”, Reunión de expertos sobre población, desigualdades y derechos humanos, División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 26 y 27 de octubre de 2006, p. 3. [Consulta: 10 de enero de 2016]. Disponible en: <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/6/27116/hopenhaynm.pdf>.

³⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero.

³⁵⁵ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, *cit.*, p. 114.

apropiados para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos implica que las medidas deben estar encaminadas a avanzar, no a retroceder, y a emplear hasta el máximo los recursos de que disponga³⁵⁶. Que las medidas de carácter retroactivo requieren la consideración más cuidadosa y justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto, y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos nacionales e internacionales de que se disponga³⁵⁷, protegiendo a los miembros vulnerables de la sociedad. Dicho margen de flexibilidad no exime de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.

Los derechos mínimos de la población desplazada deben ser satisfechos en cualquier circunstancia por las autoridades a los desplazados, puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación, porque guardan una conexidad estrecha con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos³⁵⁸. Y es que, para la Corte Constitucional colombiana, cuando un conjunto de personas no puede gozar de sus derechos fundamentales debido a un estado de cosas inconstitucional, las autoridades competentes no pueden admitir que tales personas mueran o continúen viviendo en condiciones evidentemente lesivas de su dignidad humana, hasta tal punto que esté en serio peligro su subsistencia física estable y carezcan de las oportunidades mínimas de actuar como seres humanos distintos y autónomos. Por tanto, se termina con una reflexión sobre la afectación que representan dichas violaciones para la dignidad humana y el compromiso del Estado con la justicia social³⁵⁹.

Por todo lo anterior, entre otras medidas, la Corte Constitucional ordena al Consejo Nacional Para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia - con la concurrencia y contribución del Ministro de Hacienda y Crédito Público, el

³⁵⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptados en Maastricht, del 2 al 6 de junio de 1986, principios 25 y ss.

³⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 21.

³⁵⁸ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero.

³⁵⁹ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, *cit.*, pp. 183, 184 y 280.

Director de Planeación Nacional, entre otras autoridades- que diseñe e implemente un plan de acción para superar el estado de cosas inconstitucional declarado. Debe para ello, a más tardar el 31 de marzo de 2004, precisar la situación de la población desplazada, fijar la dimensión presupuestal necesaria, definir el porcentaje de participación de las apropiaciones correspondientes a la Nación, entidades territoriales y cooperación internacional, indicar el mecanismo para la consecución de tales recursos y prever un plan de contingencia. Posteriormente, en caso de que concluya que los compromisos asumidos en la política estatal no podrán ser cumplidos, en aras de los principios de transparencia y eficacia, el Consejo debe al año siguiente, redefinir públicamente tales compromisos³⁶⁰, después de ofrecer oportunidades suficientes de participación efectiva a los representantes de los desplazados y justificar la decisión, de tal manera que las prioridades sean realmente atendidas y a todos y cada uno de los desplazados se les asegure el goce efectivo de sus derechos mínimos.

Recuérdese que para el constitucionalismo latinoamericano, la participación directa de la población en las políticas y ámbitos constitucionales es un elemento novedoso e imprescindible, de ahí que la Corte Constitucional colombiana fomente entonces espacios de diálogo y discusión entre actores institucionales y de la sociedad civil, y las personas en situación de desplazamiento pueden ejercer control sobre las entidades implicadas, acotar y dirigir su acción³⁶¹.

Se insiste, además, que la redefinición no necesariamente debe conducir a una disminución del alcance de los derechos de los desplazados, pero si no obstante es ineludible, después de agotar todas las alternativas razonables, las medidas deben ser temporales y condicionadas a retomar en un futuro la obligación de progresividad, además de que se debe garantizar ciertos mínimos. Lo que implica a) que en ningún caso se puede amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas; y b) la satisfacción por el Estado del mínimo prestacional de los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física, psicológica y moral, a la unidad

³⁶⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero. Ver también HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *cit.*, p. 92.

³⁶¹ LOZANO, M., PAYÁN, A. y RUIZ, L., “La discusión probatoria de las víctimas y la sentencia T-025 de 2004”, *cit.*, p. 48.

familiar, a la prestación del servicio de salud que sea urgente y básico, a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento y al derecho a la educación hasta los quince años para el caso de los niños en situación de desplazamiento.

Se observa así cómo la Corte Constitucional de Colombia fue muy cuidadosa y precisa al señalar los límites de la disminución o retroceso en materia de protección de los derechos de los desplazados, acorde podría decirse con lo reiterado por Naciones Unidas³⁶². Por igual debe el ministro del Interior y de la Justicia promover que los gobernadores y alcaldes adopten medidas para asegurar la coherencia entre las obligaciones, la atención brindada a la población desplazada y los recursos destinados a cargo de la entidad territorial³⁶³.

Se ordena también al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia a que en tres meses adopte un programa de acción para corregir las falencias en la capacidad institucional, y en seis meses concluya las acciones encaminadas a que los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos. Se advierte a toda autoridad abstenerse de exigir la interposición de acción de tutela como requisito para brindar cualquier atención y se ordena al Director de la Red de Solidaridad Social que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados para que informen a toda víctima de desplazamiento de la carta de sus derechos básicos³⁶⁴.

Con el fin de garantizar los derechos de los tutelantes, también se ordena a todas las autoridades competentes dar respuesta de fondo, completa y oportuna a las peticiones de ayuda, que incluya todas las materias que originaron la demanda, siguiendo los lineamientos señalados por la Corte y en los plazos previstos. Por último, como paso importante, se prevé para el seguimiento del cumplimiento de las órdenes específicas

³⁶² Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 21. Ver también PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, *cit.*, pp. 142 y ss.

³⁶³ Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero.

³⁶⁴ *Ibid.*

dictadas para los accionantes, el depósito de informes a cargo del Defensor del Pueblo, y respecto de toda la sentencia se comisiona asimismo para ello tanto al Defensor del Pueblo como al Procurador General de la Nación, dentro del ámbito de sus respectivas competencias³⁶⁵. Estos actores constitucionales a cargo del seguimiento y protección de los derechos fundamentales son otro de los elementos que identifican el neoconstitucionalismo latinoamericano³⁶⁶, por ello se le otorgan atribuciones para la garantía del cumplimiento de la sentencia.

Puede sostenerse que la fundamentación dada en los motivos se acerca más a la concepción del Derecho como argumentación que a otro tipo³⁶⁷, se conjugan varios métodos de interpretación como el teleológico y el sistemático, así como varias clases de argumentos, entre ellos pueden identificarse el argumento *a cohaerentia*, argumento a partir de los principios, el pragmático, también se realiza un control de las políticas a través del llamado al cumplimiento de las existentes y de la exhortación, para que las existentes sean, en caso de ser necesario, redefinidas por las autoridades competentes, pero que cumplan ciertos estándares para ello.

Para Quinche y Rivera dicho reenvío a las autoridades competentes tiene múltiples ventajas para el principio de separación de poderes, pues permite que la sentencia no constituya o aparente la decisión última, fomenta la reflexión de los órganos que formulan las normas, ofrece un margen a los órganos políticos para que estos seleccionen la vía para brindar la protección necesaria y garantiza que prevalezca la decisión de los conocidos órganos de mayor legitimidad democrática³⁶⁸.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 49.

³⁶⁷ Ver al respecto ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, *cit.*, p. 264. Ver también ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, *cit.*, p. 57.

³⁶⁸ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, p. 130.

3.1.3. El derecho a la educación en el Tribunal Constitucional de Perú (Caso más de 5.000 ciudadanos)

En la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5.000 ciudadanos contra la Ley n.º 28564³⁶⁹ ante el Tribunal Constitucional de Perú, se cuestionó la prohibición de la creación de nuevas filiales de universidades públicas y privadas, fuera del ámbito departamental de su sede principal, las facultades de la Asamblea Nacional de Rectores, entre otros aspectos, lo que llevó al Tribunal a evaluar la política pública de educación superior en el Perú.

De acuerdo con los recurrentes, la referida prohibición es incompatible con los derechos fundamentales de acceso a la educación universitaria, a la constitución de centros docentes universitarios, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, puesto que dicha medida no resulta idónea ni necesaria para alcanzar su finalidad de elevar la calidad de la educación superior, lo que sí se lograría con la aplicación de actividades de fiscalización y sanción. En cambio, el Congreso de la República contesta la demanda, en síntesis, defendiendo que la Ley ataca el problema de la baja calidad educativa de las filiales, porque los requisitos y la evaluación para crear una universidad son más rigurosos que para crear una filial universitaria³⁷⁰.

En dicho caso, el Tribunal Constitucional peruano declara inconstitucionales los artículos de la Ley que prohíben la creación de nuevas filiales de universidades públicas y privadas, por haber limitado desproporcionada e irrazonablemente el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria (artículos 13 de la Constitución, 13.2 del PIDESC y 13.3 del Protocolo de San Salvador), y el derecho a promover y conducir instituciones educativas (artículos 15, 58 y 59 de la Constitución) y precisa que el derecho de crear nuevas filiales solo podrá ser ejercido una vez cumplidos los requisitos que el

³⁶⁹ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, Sentencia de 15 de junio de 2010.

³⁷⁰ *Ibid.*

Estado exija normativamente, los que deberán garantizar un servicio de calidad. En consecuencia, se mantiene suspendida dicha posibilidad³⁷¹.

También se declara la inconstitucionalidad, por conexidad, del artículo 2 de la Ley n.º 26439, en cuanto asigna competencias al Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades en materia de autorización de funcionamiento de universidades, por violar el derecho fundamental de toda persona a la imparcialidad objetiva del órgano que, a través de sus resoluciones, decida sobre sus derechos u obligaciones³⁷². Por otro lado, se declara la existencia de un *estado de cosas inconstitucional de carácter estructural* en el sistema educativo universitario, y se ordena al Estado: a) La clausura inmediata y definitiva de toda filial no autorizada regularmente, en su momento, por el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades; y b) la creación de una Superintendencia altamente especializada, objetivamente imparcial, y supervisada eficientemente por el Estado que evalúe las universidades y sus filiales, adopte las medidas necesarias para elevar su nivel de calidad educativa y garantice que el examen de admisión a las universidades cumpla con adecuados niveles de exigibilidad, sin violar la autonomía universitaria ni los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados. Por último, entre otras medidas, se establecen requisitos concretos que deberá exigir el legislador para la creación de nuevas universidades y a las universidades que constituyan nuevas filiales o nuevas facultades, de modo que se asegure, principalmente, cierta calidad y la adecuación a la demanda del mercado laboral³⁷³.

Obsérvese que en esta oportunidad, el Tribunal peruano ejerce un control de convencionalidad al declarar que la norma interna resulta inconstitucional por violar artículos concretos de tratados internacionales de derechos humanos, y consiente la

³⁷¹ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *cit.*, p. 115.

³⁷² Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, *cit.*

³⁷³ *Ibid.*

aplicación directa del Derecho internacional como refuerzo de los compromisos del Estado en materia de derechos fundamentales³⁷⁴.

Para tomar su decisión, el Tribunal Constitucional peruano comienza por sostener que los derechos fundamentales participan del presupuesto ético y jurídico cifrado en el principio-derecho de dignidad humana, orientado a cubrir las necesidades básicas que permitan garantizar la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. A ello se refieren Ruiz Ruiz y Plazas Gómez, cuando expresan que la dignidad humana es el elemento identificador del concepto de derechos fundamentales que sirve de justificación o fundamento a su existencia³⁷⁵.

Citando la Constitución, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, manifiesta que el derecho fundamental a la educación garantiza el desarrollo integral del ser humano, el progreso objetivo de la sociedad en su conjunto y el mantenimiento de la paz. De igual forma, resalta lo expresado por el Comité DESC de las Naciones Unidas en su Observación General 13 sobre el papel que juega en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos fundamentales, la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico³⁷⁶. Es decir, que al recurrir al Derecho internacional de los derechos humanos, elemento identificador del neoconstitucionalismo en Latinoamérica³⁷⁷, se vincula el derecho a la educación con otros derechos fundamentales, valores y principios fundamentales.

³⁷⁴ GÓNGORA MERA, M., “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, en VON BOGDANDY, A., FIX-FIERRO, H y MORALES, M. (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional, México, D. F., 2014, p. 308.

³⁷⁵ RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, n.º 1, 2011.

³⁷⁶ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 13, Artículo 13: El derecho a la educación*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 1.

³⁷⁷ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, *cit.*, p. 114.

Al entrar más al tema de análisis, enumera entre las principales manifestaciones del derecho a la educación: a) El acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del educando; y c) la calidad de la educación, y advierte que la amplitud de acceso y la calidad de la oferta educativa son dos exigencias constitucionales que no pueden ser desatendidas. Por eso, para garantizar el acceso a la educación, no es posible permitir o promover la apertura indiscriminada de centros educativos que no garanticen ciertos estándares de calidad educativa. Como tampoco, ante la constatación de la baja calidad de la educación impartida, optar por la llana prohibición de la apertura de centros educativos³⁷⁸.

En cuanto a las filiales, primero se explica que estas no son más que unidades académicas desconcentradas, ubicadas fuera del Departamento en que se creó la universidad, que ofrecen carreras profesionales o estudios de postgrado, cuyo objeto consiste en desconcentrar geográficamente la oferta educativa y cumplir con el deber de garantizar la accesibilidad material a la educación en lo cual insiste el Comité DESC de Naciones Unidas³⁷⁹. Tras esto se expone que, dado que la cuestionada prohibición de creación de filiales incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de acceso a la educación universitaria, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, el Tribunal pondera si dicha regulación no desnaturaliza los contenidos esenciales de dichos derechos. Parecería entonces que se acoge aquí la tesis de la identidad que plantea que solo lo desproporcionado vulnera el contenido esencial del derecho³⁸⁰.

Para el Tribunal Constitucional de Perú no existen razones normativas para sostener que los niveles jurídicos de exigencia de calidad de las filiales son menores que los exigidos para la creación de las universidades, si se toma en cuenta que las distintas dimensiones de infraestructura y el grado de exigencia logística disminuyen en

³⁷⁸ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, cit.

³⁷⁹ Ver Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 13, Artículo 13: El derecho a la educación*, cit., párr. 6.

³⁸⁰ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, cit., pp. 566 y ss.

comparación con los de las universidades³⁸¹. Además de que el diagnóstico de enorme deficiencia aplicable a muchas de las filiales existentes en el Perú es igualmente extensible a muchas de las universidades, por lo que no existe mérito para prohibir a unas en aras de incentivar la creación de las otras, más bien el problema no reside en la norma, sino en la aplicación de la norma.

Continúa sosteniendo que la prohibición de crear filiales universitarias bajo la justificación de proteger el derecho fundamental a una educación universitaria de calidad, más bien resulta innecesaria y, por consiguiente, inconstitucional, puesto que, como medio alternativo, se pueden adoptar medidas que permitan asegurar que solo se autorice la creación de filiales que garanticen un servicio educativo de calidad, sin necesidad de prohibirlas de modo absoluto. De esta manera, el Estado no renuncia a su deber constitucional de controlar la calidad educativa con una medida tan sencilla como ineficaz para la solución de la profunda crisis educativa universitaria que aqueja a la sociedad peruana y que resulta violatoria del derecho fundamental de acceso a una educación universitaria, y el derecho a promover y conducir instituciones educativas. En este párrafo como se observa, se procede al análisis de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la prohibición de creación de filiales universitarias, pues tal y como plantea Alexy, las colisiones entre principios se resuelven a través de la ponderación³⁸², que no es más que escudriñar la mejor decisión cuando aparecen razones justificativas contradictorias y de la misma importancia³⁸³. Herramienta transcendental para el control de constitucionalidad de las intervenciones de los poderes sobre los habitantes³⁸⁴, la cual en el caso concreto, permitió declarar la medida inconstitucional.

Por otro lado, señala el Tribunal Constitucional peruano la necesidad de interpretar los derechos constitucionales, de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados, por lo que, invocando la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, reitera que el derecho de toda

³⁸¹ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, cit.

³⁸² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 70 y 92.

³⁸³ PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, cit., p. 137.

³⁸⁴ BARROSO, L., “La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, cit., p. 711.

persona a ser oída, con las debidas garantías, es aplicable a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas³⁸⁵. De ahí que el derecho a un juez independiente e imparcial rige en el ámbito de la actuación del Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades, cuando este determina si permite o no el funcionamiento de una nueva universidad o de sus filiales.

Sobre esto último, establece el Tribunal, que el hecho de que el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades esté conformado por exrectores propuestos y elegidos por las universidades y que sea un organismo de la Asamblea Nacional de Rectores, la cual está conformada por rectores de las universidades institucionalizadas, genera en principio una duda razonable en relación con la imparcialidad objetiva de estas instituciones al momento de ejercer las competencias en materia de autorización provisional y definitiva de funcionamiento de universidades y filiales universitarias. Recuérdese que mediante el control de convencionalidad, el juez nacional se encuentra obligado a aplicar no solo la normativa interamericana ratificada por el Estado del cual es parte, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana³⁸⁶, con la finalidad de que los actos internos sean consecuentes con los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado y evitar así que este incurra en responsabilidad internacional³⁸⁷, razón por la cual se procede a ejercerlo y se rechaza la conformación del órgano encargado de autorizar la creación de filiales.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional de Perú, desde 1995, cuando se transfiere la competencia exclusiva de evaluación y posterior autorización de funcionamiento de universidades privadas y sus filiales al Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades, renuncia el Estado a su deber

³⁸⁵ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, cit.

³⁸⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, p. 521.

³⁸⁷ BAZÁN, V., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable”, Ponencia dictada en el VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional *Constituciones y Principios*, México, del 6 al 10 de diciembre del 2010, p. 8.

constitucional de supervisar la calidad de la educación impartida por las universidades privadas (artículos 13° y 18° de la Constitución), lo que a todas luces resulta inconstitucional para el Tribunal Constitucional peruano³⁸⁸.

La referida inconstitucionalidad proviene de la relación existente entre la duda razonable que, respecto a la compatibilidad con el derecho fundamental a la imparcialidad objetiva, deriva de la regulación estructural del Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades y la Asamblea Nacional de Rectores, y la forma como estas instituciones han venido ejerciendo sus competencias. En esa línea, apunta el Tribunal Constitucional, que desde hace varios años Perú ocupa uno de los niveles más bajos del mundo en lo referido a la calidad educativa, tal y como se describe en el último reporte de competitividad global 2008-2009 preparado por el *World Economic Forum* que lo sitúa en el puesto 133 de 134 países evaluados; que el monto destinado a la Educación representó tan solo el 6.9% de la totalidad del Presupuesto General de la República 2008, porcentaje que ha ido en línea decreciente en los últimos años y que la muy alta tasa de admisión denota una muy baja rigurosidad en la exigibilidad del examen de ingreso³⁸⁹. Que, a pesar de tan conocida realidad, la cantidad de autorizaciones definitivas de funcionamiento de universidades y filiales concedidas por el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades y la Asamblea Nacional de Rectores llevan a la reflexión de que ambos órganos más bien han convertido la educación universitaria en un negocio, con lo que se incurre en una inconstitucionalidad por abuso del Derecho. Cabe resaltar que pudo invocarse respecto del presupuesto invertido en la materia, la prohibición de regresividad de los derechos sociales explicada por Parra, Villanueva y Martín³⁹⁰ y por el Comité DESC en cuanto al derecho específico a la educación³⁹¹.

³⁸⁸ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, cit.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, cit., pp. 138 y ss.

³⁹¹ Ver Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 13, Artículo 13: El derecho a la educación*, cit., párr. 45.

De esta manera, se aclara que el control ejercido en este proceso de inconstitucionalidad no recae solo sobre la norma abstracta, ni sobre el simple acto de aplicación, sino sobre la *norma inconstitucional viva*, es decir, sobre una aparente inconstitucionalidad normativa que se ve confirmada con el análisis objetivo acerca del modo como ha venido siendo aplicada. Y es que la actividad educativa universitaria debe contar con la irrenunciable, eficiente, eficaz y permanente supervisión y fiscalización del Estado a través de organismos especializados independientes, imparciales y autónomos, a efectos de asegurar su accesibilidad, su calidad y el cumplimiento de los fines exigidos por la Norma Fundamental³⁹². Evidentemente, se recurre aquí a la interpretación evolutiva recomendada por Guastini³⁹³ y al concepto de *living constitution* o *Constitución viva* que propone concebir la norma constitucional como un elemento vivo que tiene que atender y ajustarse a la comunidad en la que se implementa³⁹⁴.

Insiste entonces el Tribunal Constitucional de Perú en que el alejamiento por parte del proceso educativo del cumplimiento de los fines constitucionales de la educación, la ausencia de una supervisión estatal eficiente y todo lo demás señalado, permite declarar la existencia de un *estado de cosas inconstitucional de carácter estructural* en el sistema educativo universitario. Consecuentemente, debe el Estado adoptar de inmediato las medidas institucionales necesarias (legislativas, administrativas, económicas, etc.) para reformar el sistema de la educación universitaria en el país, de forma tal que quede garantizado el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria de calidad, reconocido por la Constitución.

Por último, reconoce el Tribunal Constitucional que el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades ya no cuenta con competencia para evaluar a las filiales universitarias, al pasar esta al Consejo de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad de la Educación Superior Universitaria del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa creado en 2006 para

³⁹² Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, cit.

³⁹³ GUASTINI, R., “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, cit., pp. 24 y 25.

³⁹⁴ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete”, cit., pp. 51 y 52.

asegurar los niveles básicos de calidad que deben brindar las instituciones educativas y promover su desarrollo cualitativo. El Consejo Superior del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa es su ente rector y se constituye como un órgano adscrito al Ministerio de Educación, lo que para el Tribunal Constitucional es un buen inicio en el camino de reformar y garantizar la calidad educativa universitaria en el Perú. Por ello advierte la importancia de su potenciación y de la asignación del presupuesto necesario para cumplir sus funciones e igualmente sugiere al Estado instituir una política de incentivos tributarios que permita motivar la elevación de los niveles de calidad educativa universitaria³⁹⁵. Todas estas recomendaciones y exhortaciones debió el Tribunal hacerlas constar en el dispositivo de la sentencia, de modo que sean tomadas en serio.

Se visualiza, por ende, en dicha decisión más el enfoque del Derecho como argumentación, pues se identifica un alto grado de importancia dado a los principios, se concibe el Derecho como una realidad dinámica y práctica social compleja, se reivindica el carácter práctico del Derecho, se considera la validez en términos sustantivos, igualmente se promueve la interpretación de normas jurídicas conforme a la Constitución, entre otros³⁹⁶. También se observa una pluralidad de métodos interpretativos, como el sistemático, con sus respectivos argumento a *cohaerentia* y argumento a partir de los principios, también el teleológico, que promueve el argumento de las consecuencias, el pragmático, entre otros³⁹⁷ y el evolutivo, como ya fue referido.

³⁹⁵ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, cit.

³⁹⁶ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, cit., p. 57.

³⁹⁷ GASCÓN ABELLÁN, M., “Los argumentos de la interpretación”, cit., pp. 258 y ss.

3.1.4. El derecho a la protección de la salud en la Corte Constitucional de Colombia (Caso Entidad Promotora de Salud Sanitas y otros)

Otra sentencia muy destacable que se emite en Colombia es la T-760 de 2008³⁹⁸, en la que la Corte Constitucional reconoce un patrón sistemático de violaciones al derecho a la protección de la salud y los problemas estructurales de la política pública en la materia, porque el acceso efectivo a determinados servicios médicos esenciales solo se alcanzaba a través de tutelas judiciales, las cuales se incrementaban cada vez más, sin provocar ninguna mejora o cambio en la política social de salud³⁹⁹.

Se trató de la acumulación de veintidós expedientes de acciones de tutela, dos instauradas por la *Entidad Promotora de Salud (en adelante EPS) Sanitas*, y veinte incoadas por personas físicas⁴⁰⁰, entre ellas, *Luz Mary Osorio Palacio contra Colpatria EPS; Marlene Betancourt Mosquera contra SaludCoop EPS; Máximo Daniel Cuello Urzola contra el Seguro Social EPS, Seccional Cesar y otros*, en la cual se invocaba el amparo del derecho a la protección de la salud, dado que en diversas situaciones el acceso a los servicios de salud requerido les fue negado. Los problemas jurídicos que los casos planteaban ya habían sido resueltos por la jurisprudencia constitucional de forma reiterada. Consecuentemente, se aplicó la jurisprudencia correspondiente a cada uno y se indicó las medidas por adoptar, tomando en cuenta las medidas cautelares dictadas previamente, cuando fueron llegando a la Corte Constitucional de Colombia⁴⁰¹.

En resumen, se determinó: a) Que toda persona tiene derecho a que se le garantice la prestación y la autorización de los servicios de salud que requiere con necesidad, incluso cuando no se encuentran en el plan obligatorio, porque su obstaculización implica el irrespeto de este derecho; b) en el caso de niños y niñas, el derecho a este acceso para conservar su vida, dignidad, integridad o desarrollo integral posee una protección especial

³⁹⁸ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

³⁹⁹ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, p. 125.

⁴⁰⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Sentencia T-760 de 2008 (Julio 31 de 2008)”. [Consulta: 8 de abril de 2017]. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/5089190/Colombia-Corte-Constitucional-comunicado-Sentencia-T-760-de-2008>; MERHOF, K., “Building a Bridge between Reality and the Constitution: The Establishment and Development of the Colombian Constitutional Court”, *cit.*, p. 723.

⁴⁰¹ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

y su limitación se traduce en una grave violación⁴⁰²; c) con respecto al médico adscrito a las EPS y al externo, no se puede desconocer lo prescrito por el médico externo por el hecho de no estar adscrito a la red de prestadores, sino por razones médicas especializadas sobre el caso en cuestión⁴⁰³; d) los pagos para el acceso al servicio deben ser razonables y no pueden tornarse en barreras para las personas que no tienen la capacidad económica de soportarlos, las entidades por su parte tienen derecho a que se les pague, pero sin impedir el goce del derecho a la protección de la salud de la persona⁴⁰⁴; e) el acceso al servicio de salud incluye las pruebas y exámenes diagnósticos⁴⁰⁵; f) si una EPS no utiliza los mecanismos de cobro de los aportes atrasados, se allana a la mora y no puede fundamentar el no reconocimiento de una incapacidad laboral por la falta de pago o cancelación extemporánea de las cotizaciones; y g) a las personas con enfermedades catastróficas o de alto costo no se les puede dejar de atender, ni cobrárseles copagos.

Además de que h) El acceso al servicio de salud debe ser continuo y no puede ser interrumpido súbitamente; i) toda persona tiene derecho al conocimiento de la información adecuada y necesaria para acceder a los servicios de salud con libertad y autonomía y al acompañamiento durante el proceso de solicitud de servicios; j) toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud sin que se le requieran trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios; k) el derecho a acceder integralmente a los servicios de salud incluye el desplazamiento si la persona no puede asumir los costos de dicho traslado para acceder al servicio y en caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS), debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio *pro homine* y el de integralidad, las limitaciones deben ser razonables y justificables constitucionalmente; y l)

⁴⁰² NAVARRETE, P. y ACOSTA, R., *La importancia de la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud*, Universidad de la Sabana, Chía, Cundinamarca, 2009, pp. 14 y 15.

⁴⁰³ ROJAS, E., ARISTIZÁBAL, L. y BABILONIA, V., “Alcance del concepto del médico tratante en las acciones de tutela para proteger el derecho al diagnóstico”, *Revista Corporación para Estudios en la Salud Derecho*, n.º 2, 2014, pp. 200 y ss.

⁴⁰⁴ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

⁴⁰⁵ ROJAS, E., ARISTIZÁBAL, L. y BABILONIA, V., “Alcance del concepto del médico tratante en las acciones de tutela para proteger el derecho al diagnóstico”, *cit.*, p. 203.

toda persona tiene derecho a elegir la EPS de su preferencia con las limitaciones razonables que imponga la regulación⁴⁰⁶.

Respecto a los problemas jurídicos de carácter general, de la acumulación de los expedientes y de la experiencia de las acciones de tutela, se evidenció que existían grandes carencias de regulación que representaban la violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho a la protección de la salud⁴⁰⁷. Para identificarlas se analizó el funcionamiento de todo el sistema⁴⁰⁸, la Corte Constitucional requirió pruebas a agentes del proceso de provisión de servicios de salud, a la academia, a sectores sociales, a movimientos de pacientes, a sectores económicos y de profesionales de la salud⁴⁰⁹ y se impartieron las órdenes consecuentemente necesarias, a los distintos órganos legalmente competentes para adoptar las determinaciones que podrían superar las carencias de regulación detectadas. Ello en el marco constitucional y del ordenamiento interno, puesto que según la Corte Constitucional de Colombia el diseño de un sistema distinto más bien era competencia ya del legislador⁴¹⁰.

Para resolver las causas estructurales de las violaciones se dictaron catorce órdenes: a) Que se precise el contenido de los planes; b) se actualice integralmente el POS y se reduzcan las dudas; c) se actualice periódicamente el POS; d) se presente un informe sobre deficiencias en el suministro de lo que sí está incluido en el POS; e) se informe cuáles son las EPS que más vulneran el derecho a la protección de la salud⁴¹¹; f) se unifique el POS de los menores de edad; g) se adopte un programa y un cronograma para unificar el POS en el caso de las demás personas; y h) se amplíe la competencia del

⁴⁰⁶ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

⁴⁰⁷ NAVARRETE, P. y ACOSTA, R., *La importancia de la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud*, *cit.*, pp. 17 y 18.

⁴⁰⁸ CEPEDA-EESPINOZA, M., “Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 2011, p. 1702.

⁴⁰⁹ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Serie Políticas Sociales*, n.º 197, 2014, p. 48.

⁴¹⁰ Comisión Colombiana de Jurista, “Un año después de su publicación aún es incierto el cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional sobre respeto, protección y garantía del derecho a la salud”, *Boletín n.º 2: Serie sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, 2009, p. 2.

⁴¹¹ Grupo de Economía de la Salud y HUMBERTO RESTREPO, J., “Limitaciones y derechos sobre la atención en salud de los colombianos”, *Observatorio de la Seguridad Social*, n.º 18, 2008, p. 10.

Comité Técnico Científico encargado al efecto para que pueda autorizar servicios médicos diferentes a medicamentos, hasta tanto se diseñe un mecanismo diferente⁴¹².

También se estableció que: i) Se asegure el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud; j) no se exija copia ejecutoria de la sentencia para autorizar el servicio o reembolso al que haya lugar; k) se diseñe un plan de contingencia para pagar los recobros atrasados; l) se corrija o rediseñe el sistema de recobro para que sea eficiente⁴¹³; m) se proporcione a los usuarios del sistema información que les permita ejercer su libertad de escogencia; n) se cumpla la meta de cobertura universal⁴¹⁴; y ñ) se presente anualmente un informe a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, en el que el Ministerio de Protección Social mida el número de acciones de tutela que resuelven los problemas jurídicos mencionados en la sentencia y, de no haber disminuido, explique las razones de ello.

Según la Corte Constitucional colombiana, la reducción del número de acciones de tutela invocadas para que sean los jueces los que resuelvan los problemas jurídicos recurrentes de acceso a los servicios de salud analizados, resultaría un indicador clave del cumplimiento de las órdenes de la sentencia dirigidas a la superación de las carencias en la regulación⁴¹⁵. Por otro lado, para todas las órdenes generales, se prevé que si la Comisión de Regulación en Salud no se pudiere integrar en el plazo estipulado, el cumplimiento de ellas corresponda al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud⁴¹⁶. Además, se establece, al término de plazos concretos, el deber de remitir información e informes sobre su cumplimiento a la Corte Constitucional, a la Defensoría del Pueblo y en algunos casos en que correspondiere, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Superintendencia Nacional de Salud, al Comité de Verificación o a la Procuraduría

⁴¹² Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Sentencia T-760 de 2008 (Julio 31 de 2008)”, *cit.*

⁴¹³ Grupo de Economía de la Salud y HUMBERTO RESTREPO, J., “Limitaciones y derechos sobre la atención en salud de los colombianos”, *cit.*, p. 10.

⁴¹⁴ UPRIMNY YEPES, R. y RODRÍGUEZ FRANCO, D., “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *Observatorio de la Seguridad Social*, n.º 18, 2008, pp. 13 y 14.

⁴¹⁵ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

⁴¹⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Sentencia T-760 de 2008 (Julio 31 de 2008)”, *cit.*

General de la Nación. Al respecto, cabe destacar, como plantean Uprimny y Rodríguez, que la sentencia otorga importancia a los órganos de control, de ahí que les confiere a la Procuraduría, a la Defensoría y a la Contraloría, actividades de seguimiento en el cumplimiento de las órdenes tomadas y, por tanto, les compromete con el avance del derecho a la protección de la salud⁴¹⁷.

Para justificar la decisión, en principio se afirma que el derecho a la protección de la salud constituye un derecho fundamental⁴¹⁸ exigible por la acción de tutela⁴¹⁹. Para esto, se recuerda que la Corte Constitucional colombiana lo ha protegido, primero, estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana, tesis que luego abandona; segundo, reconoce su naturaleza fundamental en contextos en los que el tutelante es un sujeto de especial protección⁴²⁰; tercero, afirma su fundamentalidad respecto a un ámbito básico, coincidente con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna⁴²¹.

Es importante ver que la Corte Constitucional señala, teniendo en cuenta el ordenamiento colombiano, que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga explícitamente, o que se encuentre el artículo correspondiente dentro de determinado capítulo, sobre todo si es *inherente* a la persona humana. Es decir que abandona la interpretación literal y la restrictiva explicadas por Guastini precedentemente⁴²² para recurrir a argumentos de principios de claro aliento iusnaturalista. En ese sentido, repite que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un

⁴¹⁷ UPRIMNY YEPES, R. y RODRÍGUEZ FRANCO, D., “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 14.

⁴¹⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Sentencia T-760 de 2008 (Julio 31 de 2008)”, *cit.*

⁴¹⁹ ROJAS, E., ARISTIZÁBAL, L. y BABILONIA, V., “Alcance del concepto del médico tratante en las acciones de tutela para proteger el derecho al diagnóstico”, *cit.*, p. 198.

⁴²⁰ UPRIMNY YEPES, R. y RODRÍGUEZ FRANCO, D., “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 13.

⁴²¹ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 21.

⁴²² GUASTINI, R., *Interpretación, Estado y Constitución*, *cit.*, pp. 217 y ss.

derecho subjetivo”⁴²³. Planteamiento precisado al defender que los derechos sociales son fundamentales porque se reconducen a una serie de valores concretados en la noción histórica de dignidad humana, y porque al incorporarlos en el ordenamiento jurídico adquieren una función esencial de legitimar el Estado social y democrático de Derecho y proteger la dignidad humana⁴²⁴. También se aporta una definición de salud, para lo cual se recurre al método histórico y al comparativo⁴²⁵. De modo que se invocan conceptos dados por la jurisprudencia del Tribunal, organismos internacionales y por el Derecho internacional de los derechos humanos.

Posteriormente se reconoce que el derecho a la protección de la salud tiene una marcada dimensión positiva, aunque también tiene dimensiones negativas y el Estado o las personas pueden violarlo por una omisión o bien por una acción. Nótese pues que el Tribunal, al igual como señalaban Añón y De Lucas, distingue en los derechos sociales las distintas modalidades de incumplimiento de obligaciones por parte del Estado⁴²⁶. Además, se expone que las obligaciones de abstención no pueden ser pospuestas y se precisa que aun si se trata de la faceta positiva de un derecho, cuando la omisión del cumplimiento de las obligaciones mínimas sitúa a la persona ante la inminencia de sufrir un daño injustificado, a partir del criterio de urgencia, se puede exigir la protección judicial inmediata de ese derecho⁴²⁷.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales, que agrupa por generaciones, debe tener una relevancia académica mas no jurídica o conceptual, y la condición de *prestacional* no se predica de la categoría *derecho*, sino de la *faceta de un derecho*. Es un error categorial hablar de *derechos prestacionales*, porque todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales, incluido el derecho a la protección de la salud. Dicha afirmación anterior constituye un gran avance para la teoría de los derechos sociales en virtud de que

⁴²³ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

⁴²⁴ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, cit., p. 7.

⁴²⁵ BASSA MERCADO, J., “Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle”, cit. pp. 29 y ss.; ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, cit., pp. 96 y 98.

⁴²⁶ AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., et. al., *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 157.

⁴²⁷ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

proviene de una Corte Constitucional cuyas decisiones son vinculantes; segundo, porque reitera la idea de que la división histórica de los derechos no debe conllevar a la división de los derechos en categorías⁴²⁸; y en tercer lugar, porque contribuye a superar la incorrecta concepción de la que en general se parte a la hora de formular un concepto de derechos sociales, esto es, de identificarlos como derechos prestacionales.

Continúa diciendo la Corte Constitucional de Colombia que garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de libertad o sociales constituye un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público, y determina una de sus funciones principales en el Estado social y democrático de Derecho. Es decir, que, como bien apunta Arango, ahí reside el criterio por excelencia para evaluar la verdadera existencia del Estado social y democrático de Derecho⁴²⁹.

Con respecto al principio de progresividad se establece que el Estado, basándose en dicho principio, no puede dejar de adoptar indefinidamente las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir sus obligaciones y que sobre todo, en el Estado social y democrático de Derecho y en la democracia participativa, se debe contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de los derechos⁴³⁰. Dicho planteamiento se encuentra conforme a la Observación General n.º 14 del Comité DESC de Naciones Unidas, que enumera dentro de las obligaciones mínimas de los Estados en materia del derecho a la protección de la salud, el deber de adoptar y aplicar una estrategia y plan de acción nacionales de salud pública para toda la población⁴³¹.

En esa misma línea, se indica que la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas que, conforme a la Constitución, debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional, lo cual puede ser exigido judicialmente, esto es: a) Que la política efectivamente exista; b) que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho y estar

⁴²⁸ RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *cit.*

⁴²⁹ ARANGO, R., “Estado social de Derecho y derechos humanos”, *cit.*

⁴³⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

⁴³¹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 14, Artículo 12: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, *cit.*, párr. 43.

acompañada de acciones reales y concretas, que no solo estén escritas sino en ejecución; y c) que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática⁴³².

Este enfoque de derechos en las políticas, como señala Abramovich, delimita obligaciones puntuales de los Estados frente a los derechos fundamentales para el desarrollo y coloca a las personas como sujetos con derecho a exigir determinadas acciones⁴³³. Por otro lado, respecto a la participación democrática en todos los aspectos de la política pública, ha de reiterarse que ese alto valor dado a esta se debe a los aportes del neoconstitucionalismo latinoamericano, que con razón algunos autores denominan *constitucionalismo democrático* por su tendencia a fomentar los mecanismos de participación directa y el autogobierno colectivo⁴³⁴.

En el caso concreto, la Corte Constitucional de Colombia dictamina que existe una violación de la obligación constitucional de cumplimiento progresivo a cargo del Estado, consistente en unificar los planes obligatorios de beneficios para garantizar el derecho a la protección de la salud en condiciones de universalidad, calidad, eficiencia, solidaridad y equidad, y que se desconocía el mínimo grado de cumplimiento de esta, porque ni siquiera se había adoptado el programa y cronograma para avanzar en la unificación de los referidos planes a los que aludía la ley en el respectivo plazo fijado para ello⁴³⁵.

De ahí que la Corte Constitucional colombiana puntualice que, si bien no le corresponde fijar las metas ni el cronograma para la unificación de los planes de beneficios, sí es su deber instar a las autoridades competentes para que, con base en las prioridades epidemiológicas, las necesidades de salud de los que pertenecen al régimen subsidiado y las consideraciones de financiación relevantes, diseñe un plan que permita

⁴³² Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

⁴³³ ABRAMOVICH, V., “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, n.º 2, 2006, p. 20.

⁴³⁴ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *cit.*, p. 82.

⁴³⁵ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, pp. 125 y 126.

de manera real alcanzar esta meta⁴³⁶. En otro considerando y con términos parecidos, la Corte advirtió también que, aunque el juez de tutela no debe precisar cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas⁴³⁷, y promover a la vez la participación ciudadana.

En este caso, aunque la Corte Constitucional de Colombia no recurre a la declaración del estado inconstitucional de cosas en el funcionamiento del sistema de salud, pues ello hubiese permitido al Gobierno analizar los defectos de este y provocado un mayor retraso, opta más bien por exigir la reestructuración significativa del sistema de salud⁴³⁸. Y es que cuando un Tribunal Constitucional identifica una vulneración masiva de los derechos fundamentales que afecta a una gran cantidad de personas, causada por la omisión continua de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones, no puede ser impasible, sino que tiene el deber de intervenir en la solución concreta de las violaciones, garantizar la fuerza normativa de la Constitución y prevenir los reclamos individuales futuros⁴³⁹.

Cabe destacar también que, como parte de las ideas centrales, se invocan las clases de obligaciones derivadas del derecho a la protección de la salud, en especial aquellas consagradas en el bloque de constitucionalidad y las formuladas en las observaciones generales del Comité DESC de Naciones Unidas. Se detalla de manera amplia todo lo relativo a las obligaciones de respetar, proteger y garantizar⁴⁴⁰ los derechos mínimos, los elementos esenciales y demás obligaciones que el Comité DESC ha referido sobre el derecho a la protección de la salud, todo lo cual sirve de marco estructural para una política pública de salud con enfoque basado en los derechos. Según Parra y Yamin, la Corte Constitucional colombiana avanza más allá del Derecho internacional de los derechos humanos, al considerar también los obstáculos burocráticos como límites al

⁴³⁶ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

⁴³⁷ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 48.

⁴³⁸ PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en CLÉRICO, L., RONCONI, L. y ALDAO, M. (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 2612.

⁴³⁹ VARGAS HERNÁNDEZ, C., “La función creadora del Tribunal Constitucional”, *cit.*, p. 33.

⁴⁴⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

acceso a los cuidados de salud⁴⁴¹. Por último, se insiste en que el Estado vulnera el derecho a la protección de la salud si permite que la existencia de vacíos o lagunas en la regulación se constituyan en barreras de acceso a los servicios de salud, y se recuerda el compromiso general de las instituciones del Estado en aras de alcanzar la cobertura universal en salud⁴⁴².

En este caso, se podría identificar por el alto grado de importancia dado a los principios y a la pretensión de justicia en la actividad jurídica, entre otras cuestiones, que la Corte Constitucional colombiana adopta una concepción del Derecho como argumentación⁴⁴³, lo que le permite hacer una exhaustiva revisión y control de la política pública social de salud, ordenar las modificaciones necesarias, llamar al cumplimiento de lo dispuesto por las normas y también a su reestructuración, para lo cual ha de tomarse en cuenta la participación de los usuarios y de la comunidad médica. Y es que tal y como afirman diversos autores, al emitirse la decisión T-760/08 (*Caso Entidad Promotora de Salud Sanitas y otros*), era evidente la crisis del sistema de salud, la falta de supervisión de este y su obvia incapacidad de autorregulación, por eso las personas concurrían masivamente a los tribunales a denunciar las violaciones del derecho a la protección de la salud⁴⁴⁴, y urgía entonces dar respuesta al problema.

Según Pizarrello, este uso de las garantías jurisdiccionales permite introducir un relativo control entre poderes que ejercen presión sobre el legislador y la Administración y operan así como un eficaz elemento de desbloqueo de las constricciones, fomentando la discusión y deliberación que de otro modo se torna indiferente a las demandas socioeconómicas del pueblo⁴⁴⁵. Hay que resaltar que con esta decisión se salvaguardaron

⁴⁴¹ PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *cit.*, pp. 2613 y 2614.

⁴⁴² Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

⁴⁴³ Ver al respecto ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, *cit.*, pp. 55 y 56.

⁴⁴⁴ PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *cit.*, pp. 2602 y 2603.

⁴⁴⁵ PISARELLO, G., “El Estado social como Estado constitucional: Mejores garantías, más democracia”, en ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J. y COURTIS, C., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, D. F., 2003, p. 42.

también los derechos a la protección de la salud de los más vulnerables, los cuales difícilmente accederían a la justicia para reclamarlos⁴⁴⁶.

3.2. Decisiones de la Corte Constitucional de Colombia que crean directamente políticas públicas sociales

En este último nivel de intervención, se crea o diseña la política, y se dejan generalmente detalles de su ejecución a la autoridad administrativa. Se corrige la inacción de los poderes políticos, se evalúa el tipo de medidas a ser adoptadas y se ordena su implementación⁴⁴⁷.

3.2.1. Los derechos sociales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado en la Corte Constitucional de Colombia (Caso Abel Antonio Jaramillo y otros-auto de revisión)

La Corte Constitucional colombiana por medio del Auto 092⁴⁴⁸, visibiliza y categoriza los efectos que el desplazamiento forzado y el conflicto armado interno producen sobre los derechos de las mujeres, tras identificar como presupuesto fáctico para la decisión el impacto desproporcionado que en términos cuantitativos y cualitativos existe sobre ellas por este flagelo⁴⁴⁹.

En concreto, la Corte Constitucional de Colombia dicta órdenes de creación de trece programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública para la atención del desplazamiento forzado desde la perspectiva de las mujeres, de manera tal que se contrarrestasen efectivamente los riesgos de género en el conflicto armado y las

⁴⁴⁶ CEPEDA-EESPINOZA, M., “Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, *cit.*, p. 1702.

⁴⁴⁷ ROSSI, J. y FILIPPINI, L., “El Derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, *cit.*, p. 20.

⁴⁴⁸ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁴⁹ BERMEO MANTILLA, D., “Análisis del Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional desde la perspectiva de género”, *Forum*, n.º 2, 2011, p. 160.

facetas de género del desplazamiento forzado; instituye las presunciones constitucionales de vulnerabilidad acentuada y de prórroga automática de la ayuda humanitaria de emergencia para amparar a las mujeres desplazadas y ordena que sean garantizadas por todos los funcionarios encargados de velar por los derechos de las mujeres desplazadas; dicta órdenes individuales de protección para seiscientas mujeres desplazadas; y da a conocer al Fiscal General de la Nación una gran cantidad de relatos de crímenes sexuales cometidos en el marco del conflicto armado interno colombiano⁴⁵⁰.

En primer lugar, la Corte Constitucional de Colombia demuestra su competencia para la adopción de la providencia, en la disposición normativa que le faculta a mantenerla hasta que se restablezcan los derechos o se eliminen las causas de amenazas, de ahí que en el marco del proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia T-025 de 2004 (*Caso Abel Antonio Jaramillo y otros*) anteriormente descrita, este procede a verificar las medidas adoptadas para asegurar la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en materia del desplazamiento forzado⁴⁵¹.

Por otro lado, como presupuesto jurídico para la toma de la decisión, se parte del carácter de sujetos de protección constitucional reforzada que tienen las mujeres desplazadas por mandato de la Constitución política y de las obligaciones del Estado colombiano en materia de Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario⁴⁵². Es trascendente destacar que antes del Auto 092, la Corte Constitucional colombiana había insistido en la necesidad de incorporar el enfoque diferencial en la política de atención integral de la población desplazada que reconozca, entre otros, los derechos y necesidades especiales de las mujeres víctimas del flagelo. Así,

⁴⁵⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Auto 092 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado”. [Consulta: 10 de mayo de 2017]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202008/91.%20Auto%20del%2014-04-2008.%20Auto%20092.%20Protecci%C3%B3n%20mujeres%20v%C3%ADctimas%20del%20desplazamiento.pdf>.

⁴⁵¹ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁵² Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Auto 092 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado”, *cit.*

desde la sentencia T-602 de 2003 y T-721 de 2003, ya se alertaba sobre la necesidad de incorporar la perspectiva de género⁴⁵³.

Igualmente, en la sentencia T-025 de 2004 se advierte la protección especial que el Estado debe dispensar a ciertos grupos de desplazados, entre ellos las mujeres cabeza de familia y en el Auto 218 de 2006, se determinó que entre las áreas más críticas de la política pública de atención de la población desplazada que precisaba intervención urgente, se encuentra la falta de especificidad de la política o enfoque diferencial que respondiere a las necesidades específicas de los sujetos de especial protección constitucional⁴⁵⁴. Por ello, en el Auto 092, tras examinar diversos informes del Estado, de los entes públicos de control, de las organizaciones nacionales e internacionales y de mujeres desplazadas presentados en audiencia pública celebrada con dichos fines, se identificó que la respuesta estatal frente a estas situaciones continuaba siendo insuficiente, pues las normas, la atención brindada, entre otras medidas, se encontraban dirigidas para la población en general y no diferenciaban la atención para las mujeres en condición de desplazamiento⁴⁵⁵.

Según la Corte Constitucional de Colombia, la invisibilidad del impacto desproporcionado del conflicto armado y del desplazamiento forzado sobre las mujeres, se traducían en la inexistencia de una política pública específica capaz de responder efectivamente en materia de prevención del impacto diferencial agudizado del conflicto armado y de atención de las mujeres afectadas por las distintas facetas de género del desplazamiento interno. Además, se criticó la ausencia de indicadores para categorizar y medir los distintos tipos de violencia que deben enfrentar las mujeres en el marco del conflicto⁴⁵⁶.

Para dar respuesta al problema, se ordenaron entonces medidas generales tanto en el campo de la prevención como de la atención y protección de los derechos de las

⁴⁵³ BERMEO MANTILLA, D., “Análisis del Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional desde la perspectiva de género”, *cit.*, p. 158.

⁴⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁵⁵ CAICEDO ENRÍQUEZ, M., “El principio de asistencia humanitaria y la mujer desplazada en Colombia”, *IUSTA*, n.º 38, 2013, pp. 189 y 190.

⁴⁵⁶ BERMEO MANTILLA, D., “Análisis del Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional desde la perspectiva de género”, *cit.*, pp. 160 y 161.

mujeres víctimas del desplazamiento forzado. En el ámbito de la prevención, dado que la falta de caracterización de las diversas formas de violencia de género causada por el desplazamiento forzado imposibilitaban la construcción de una respuesta oficial apropiada, se identificaron diez riesgos o factores de vulnerabilidad específicos a los que están expuestas las mujeres, no compartidos por los hombres, que explican en conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre ellas⁴⁵⁷.

Dichos riesgos son: a) De violencia, explotación o abuso sexuales; b) de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos, por parte de los actores armados ilegales; c) de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas o de otro tipo de amenazas contra ellos; d) los derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales con los integrantes de los grupos armados o de la Fuerza Pública; e) los derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos fundamentales en zonas afectadas por el conflicto armado; f) de persecución y asesinato; g) de asesinato o desaparición de su proveedor económico, o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; h) de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad; i) los derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes; y j) por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento⁴⁵⁸. Seguidamente, la Corte Constitucional colombiana ordena al Gobierno Nacional adoptar e implementar en tres meses a partir del comunicado de la providencia un programa para la prevención de estos riesgos⁴⁵⁹.

En el caso de la violencia sexual, se advirtió que debido a su habitualidad, extensión, sistematicidad e invisibilidad, debía dársele respuesta “dentro del más alto nivel de prioridad de la agenda oficial de la nación”⁴⁶⁰. En fin, todos esos riesgos

⁴⁵⁷ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁵⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Auto 092 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado”, *cit.*

⁴⁵⁹ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁶⁰ *Ibid.* Ver también Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional, Anexo reservado, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual. Quinto Informe de Seguimiento

descritos, su gravedad y generalización fueron evidenciados por diversas vías mediante informaciones reiteradas, coherentes y consistentes presentadas por las víctimas y durante muchos años por organizaciones que promueven sus derechos, incluidos importantes órganos de derechos como la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Relatores de Naciones Unidas, el Comité Internacional de la Cruz Roja, entre otros.

Por eso la Corte Constitucional, al considerarlo un deber constitucional imperativo como guardiana de la garantía de la integridad de la Constitución y de los derechos fundamentales⁴⁶¹, manifestó que aun estén o no prescritos específicamente por las normas constitucionales e internacionales aplicables, los diez riesgos activan en forma inmediata las obligaciones del Estado en materia de prevención, sanción y protección, de ahí que comunicó entonces los relatos de cientos de crímenes sexuales individuales recibidos -y que facilitaron la identificación de los riesgos- al Fiscal General de la Nación para que este asegure avanzar apresuradamente las investigaciones en curso e iniciar los procesos penales de los casos que aún no fuesen objeto de atención, y encomendó a su vez a la Procuraduría General de la Nación su vigilancia⁴⁶², así como al Director de la organización Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento para el seguimiento de los procesos y acompañamiento de las víctimas, el Fiscal General de la Nación debía rendir informe a más tardar a los seis meses sobre los avances⁴⁶³.

En esta parte se identifica lo afirmado por Pozzolo y Guastini respecto a los elementos característicos del neoconstitucionalismo correspondientes a la insistencia en el contenido, en la protección de los derechos, en la desestimulación de la aplicación textual

al Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional, anexo reservado”, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, D. C., 2013, p. 11.

⁴⁶¹ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁶² Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional, Anexo reservado, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual. Quinto Informe de Seguimiento al Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional, anexo reservado”, *cit.*, p. 11.

⁴⁶³ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

de normas⁴⁶⁴ y en la necesidad de sobreinterpretar la Constitución, de modo que pueda extraerse todo su contenido implícito⁴⁶⁵.

Con respecto al ámbito de la atención a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado y de la protección de sus derechos, la Corte Constitucional identificó dieciocho facetas de género o aspectos del desplazamiento que impactan de manera diferencial, específica y agudizada en las mujeres, por su condición femenina, en el marco del conflicto armado colombiano. Se trata de patrones de violencia y discriminación de género de índole estructural en la sociedad colombiana, preexistentes al desplazamiento pero que se ven potenciados y degenerados por ese fenómeno, que impacta en forma más aguda en las mujeres desplazadas, como de problemas específicos de las mujeres desplazadas, producto de la conjunción de los factores de vulnerabilidad que soportan, y que no afectan ni a las mujeres no desplazadas ni a los hombres desplazados⁴⁶⁶, a saber: a) La violencia y el abuso sexual, incluida la prostitución forzada, la esclavitud sexual o la trata de personas con fines de explotación sexual; b) la violencia intrafamiliar y la violencia comunitaria por motivos de género; y c) el desconocimiento y vulneración de su derecho a la protección de la salud y, especialmente, de sus derechos sexuales y reproductivos a todo nivel, con particular gravedad en el caso de las niñas, las adolescentes, las mujeres gestantes y lactantes.

Asimismo constituyen otras facetas: d) La asunción del rol de jefatura de hogar femenina sin las condiciones de subsistencia material mínimas requeridas por el principio de dignidad humana, con especiales complicaciones en casos de mujeres con niños pequeños, mujeres con problemas de salud, mujeres con discapacidad o adultas mayores⁴⁶⁷; e) obstáculos agravados en el acceso al sistema educativo; f) obstáculos agravados en la inserción al sistema económico y en el acceso a oportunidades laborales y productivas; g) la explotación doméstica y laboral, incluida la trata de personas con fines de explotación económica; y h) obstáculos agravados en el acceso a la propiedad de la

⁴⁶⁴ POZZOLO, S., “Apuntes sobre “neoconstitucionalismo””, *cit.*, pp. 367 y 368.

⁴⁶⁵ GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, trad. de J. Lujambio, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, p. 54.

⁴⁶⁶ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁶⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Auto 092 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado”, *cit.*

tierra y en la protección de su patrimonio hacia el futuro, especialmente en los planes de retorno y reubicación⁴⁶⁸.

Igualmente la Corte Constitucional colombiana reconoce como facetas: i) Los cuadros de discriminación social aguda de las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas; j) la violencia contra las mujeres líderes o promotoras sociales, cívicas o de los derechos fundamentales; k) la discriminación en su inserción a espacios públicos y políticos; l) el desconocimiento frontal de sus derechos como víctimas del conflicto armado a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición; m) los especiales requerimientos de atención y acompañamiento psicosocial de las mujeres desplazadas, gravemente insatisfechos; n) problemas específicos de las mujeres ante el sistema oficial de registro de la población desplazada, así como ante el proceso de caracterización; ñ) problemas de accesibilidad de las mujeres al sistema de atención a la población desplazada; o) alta frecuencia de funcionarios no capacitados para atender a las mujeres desplazadas, o abiertamente hostiles e insensibles a su situación⁴⁶⁹; p) el enfoque *familista* del sistema de atención a la población desplazada, que descuida la atención de mujeres desplazadas no cabezas de familia; y q) la reticencia a otorgar la prórroga de la atención humanitaria de emergencia⁴⁷⁰.

Las dieciocho facetas de género del desplazamiento forzado perpetúan el espectro continuo de violencias y discriminaciones, se entrecruzan, se retroalimentan entre sí y generan nuevas inequidades e injusticias de carácter reiterado, masivo, complejo y grave, que vulneran la totalidad de los derechos constitucionales de las mujeres afectadas⁴⁷¹. Por lo tanto, para la Corte Constitucional, al constituir esto una de las manifestaciones más críticas y alarmantes del *estado de cosas inconstitucional* declarado en la sentencia T-025

⁴⁶⁸ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁶⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Auto 092 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado”, *cit.*

⁴⁷⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁷¹ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Auto 092 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado”, *cit.*

de 2004, se necesitaba urgentemente la toma de medidas específicas de resolución por parte de las autoridades competentes a todo nivel⁴⁷².

A partir de lo anterior, se ordena al Director de Acción Social diseñar e implementar trece programas para colmar los vacíos críticos en materia de género en la política pública de atención al desplazamiento forzado en Colombia, los cuales son: a) El Programa de Prevención del Impacto de Género Desproporcionado del Desplazamiento, mediante la Prevención de los Riesgos Extraordinarios de Género en el marco del Conflicto Armado; b) el Programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas; c) el Programa de Prevención de la Violencia Intrafamiliar y Comunitaria contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas; d) el Programa de Promoción de la Salud de las Mujeres Desplazadas; y e) el Programa de Apoyo a las Mujeres Desplazadas que son Jefes de Hogar, de Facilitación del Acceso a Oportunidades Laborales y Productivas y de Prevención de la Explotación Doméstica y Laboral de la Mujer Desplazada⁴⁷³.

Otros programas que se ordenan diseñar e implementar son: f) El Programa de Apoyo Educativo para las Mujeres Desplazadas Mayores de quince Años; g) el Programa de Facilitación del Acceso a la Propiedad de la Tierra por las Mujeres Desplazadas; h) el Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Indígenas Desplazadas; i) el Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Afrodescendientes Desplazadas⁴⁷⁴; j) el Programa de Promoción de la Participación de la Mujer Desplazada y de Prevención de la Violencia contra las Mujeres Líderes o que adquieren Visibilidad Pública por sus Labores de Promoción Social, Cívica o de los Derechos Humanos; k) el Programa de Garantía de los Derechos de las Mujeres Desplazadas como Víctimas del Conflicto Armado a la Justicia, la Verdad, la Reparación y la No Repetición; l) el Programa de Acompañamiento Psicosocial para Mujeres Desplazadas; y m) el Programa

⁴⁷² Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁷³ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Auto 092 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado”, *cit.*

⁴⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

de Eliminación de las Barreras de Acceso al Sistema de Protección por las Mujeres Desplazadas⁴⁷⁵.

La Corte Constitucional colombiana justificó que la magnitud de las violaciones de los derechos fundamentales y la situación alarmante exigen a la luz de los mandatos constitucionales primarios -como el principio del Estado social y democrático de Derecho, el respeto de la dignidad humana como principio fundante, las obligaciones derivadas de la garantía del derecho a la igualdad y del derecho a la paz, y otros-, en armonía con prescripciones internacionales ⁴⁷⁶ pertenecientes al bloque de constitucionalidad -como la Convención Belém Do Pará, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Protocolo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, la jurisprudencia internacional, los Convenios de Ginebra de 1949, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, entre otros- la inmediata adopción de medidas sobre los dos grupos de factores, mediante acciones integrales, racionales y coordinadas, para la resolución del *estado de cosas inconstitucional* en una de sus manifestaciones más críticas⁴⁷⁷.

Según Bermeo Mantilla, es importante que en el Auto se le reitera al país que las desigualdades toleradas y reproducidas entre los varones y las mujeres en la sociedad son inaceptables en un Estado social y democrático de Derecho⁴⁷⁸. Es decir que la decisión se basa, indudablemente, en la consideración de la dignidad humana como premisa antropológica del Estado social y democrático de Derecho, en el cual el respeto a los derechos y sus garantías son sus ejes centrales que se encuentran por encima del Estado

⁴⁷⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Auto 092 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado”, *cit.*

⁴⁷⁶ CAICEDO ENRÍQUEZ, M., “El principio de asistencia humanitaria y la mujer desplazada en Colombia”, *cit.*, p. 190.

⁴⁷⁷ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁷⁸ BERMEO MANTILLA, D., “Análisis del Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional desde la perspectiva de género”, *cit.*, p. 166.

mismo y de cualquier norma, nociones que de acuerdo con Landa⁴⁷⁹, Copetti Neto, Fernández Motta⁴⁸⁰ y Pozzolo⁴⁸¹, pertenecen al nuevo constitucionalismo.

Por dicha razón, la Corte Constitucional de Colombia ordena el diseño, adopción e implementación de cada uno de los trece programas, en un plazo máximo de tres meses. Respecto a los programas, cabe destacar que si bien se aclara la autonomía del Ejecutivo para escoger los medios conducentes a la satisfacción de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas y la prevención del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado, no obstante, se le exigen al Director de Acción Social determinadas condiciones y quince elementos mínimos de racionalidad derivados de los mandatos constitucionales e internacionales expuestos en el Auto, en relación con cada uno de los programas para efectos de que exista absoluta claridad en cuanto al contenido de las órdenes impartidas, y para especificar la situación fáctica y los parámetros jurídicos constitucionales a los cuales cada uno de ellos debe responder en su diseño e implementación.

Concomitantemente, la Corte Constitucional demanda la participación obligatoria de las organizaciones de población desplazada y de las promotoras de derechos fundamentales que protegen a la mujer desplazada por la violencia dentro del proceso de diseño, adopción e implementación y ordena al Director de Acción Social remitir un informe, a más tardar tres meses después de la notificación del Auto, en el que detalle las organizaciones involucradas, el alcance de su participación, las propuestas formales presentadas por estas organizaciones que fueron aceptadas e incorporadas en el diseño del programa, las que fueron rechazadas y las razones que sustentaron dicha decisión⁴⁸². Con esto se impregna en la decisión el aura perteneciente al neoconstitucionalismo

⁴⁷⁹ LANDA, C., “Dignidad de la persona humana”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 7, 2002, p. 113.

⁴⁸⁰ COPETTI NETO, A. y FERNANDES MOTTA, L., “Elementos filosóficos sobre el Derecho constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger”, *Revista Latina de Sociología*, n.º 3, 2013, pp. 82 y 83.

⁴⁸¹ POZZOLO, S., “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, trad. de M. Fernández Pérez, en POZZOLO, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, trad. de M. Fernández Pérez y S. Pozzolo, Palestra, Lima, 2011, p. 32.

⁴⁸² Corte Constitucional de la República de Colombia, “Comunicado de prensa. Auto 092 de 2008. Protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado”, *cit.*

latinoamericano que como fue expresado hace énfasis en la legitimidad democrática⁴⁸³ y fomenta, especialmente, la apertura de espacios de participación política directa de la población⁴⁸⁴.

Adicionalmente, el contenido de la providencia se comunica al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República para que informen sobre su cumplimiento. Igualmente, se comunica a varias organizaciones internacionales y nacionales con el objetivo de garantizar no solo el proceso de cumplimiento, sino de promover su participación en el diseño e implementación de los programas, así como en el acompañamiento a las víctimas⁴⁸⁵.

Como puede observarse, la Corte Constitucional de Colombia en el Auto 092 combina remedios, da órdenes concretas, también instrucciones generales y reenvía, pero con estándares mínimos. No solo diagnostica la situación, sino que propone una formulación de política pública a raíz de la situación de violación masiva de los derechos fundamentales de la población femenina desplazada⁴⁸⁶. Identifica el patrón estructural y no da mayor deferencia para la adopción del enfoque diferenciado en las políticas, sino que impone los contenidos mínimos al regular en los trece programas que ordena crear, los destinatarios, el alcance, los mecanismos de participación, de evaluación y monitoreo, los derechos que tutela cada programa, los marcos institucionales que no pueden dejar de estar o condiciones mínimas, impone plazos, indica los órganos rectores, amplía el ámbito de responsabilidad, en fin impone un campo de políticas públicas nuevo que deberá ser enriquecido y ejecutado.

Para este tipo de remedio es importante el uso dado a las normas del Derecho internacional, en ese sentido, se reconoce que desde 1999 las normas del Derecho internacional humanitario poseen el carácter de *ius cogens*, que siendo convencionales o

⁴⁸³ NÚÑEZ LEIVA, J., “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black Holes & Revelations’”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 1, 2015, p. 316.

⁴⁸⁴ LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, n.º 1, 2013, pp. 223 y 224.

⁴⁸⁵ Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

⁴⁸⁶ CAICEDO ENRÍQUEZ, M., “El principio de asistencia humanitaria y la mujer desplazada en Colombia”, *cit.*, p. 190.

consuetudinarias de Derecho internacional se encuentran incorporadas al bloque de constitucionalidad y que estas, junto a principios como el de distinción y humanitario, son de obligatorio e inmediato cumplimiento para el Estado colombiano⁴⁸⁷.

Recuérdese que otro elemento primordial propuesto por el nuevo constitucionalismo latinoamericano consiste en la gran apertura al Derecho internacional de los derechos humanos⁴⁸⁸, de modo que en este caso, al ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad de las omisiones, se imparten las referidas órdenes para resolver las barreras y vacíos de la respuesta estatal a la situación de las mujeres desplazadas en el marco del conflicto armado. Y es que la inactividad de las autoridades puede crear normas implícitas contrarias a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, por lo que corresponde a sus guardianes expulsar esas normas del ordenamiento jurídico⁴⁸⁹.

Cabe destacar que entre los métodos de interpretación utilizados para la toma de la decisión pueden señalarse el método sistemático, que privilegia la interpretación conforme a la Constitución⁴⁹⁰, en cierta medida el método histórico, además se emplea el método evolutivo, que propone convertir el texto normativo en Derecho dinámico y eficaz⁴⁹¹, los cuales a su vez suponen el uso de argumentos *a cohaerentia*, el pragmático y el de principios⁴⁹², etc. Consiguientemente, por todo lo anterior, podría decirse que se identifica el uso del Derecho como argumentación⁴⁹³, dado el gran valor otorgado a los principios, el papel jugado por las normas en el razonamiento práctico, la concepción del Derecho como una realidad dinámica, la interpretación vista como un proceso racional y

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 187 y ss.

⁴⁸⁸ UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, *cit.*, p. 114.

⁴⁸⁹ VILLAVERDE, I., “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en CARBONELL, M. (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2003, p. 75.

⁴⁹⁰ ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, *cit.*, pp. 95 y 96.

⁴⁹¹ GOIG MARTÍNEZ, J., “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, *cit.*, pp. 280 y 281.

⁴⁹² GASCÓN ABELLÁN, M., “Los argumentos de la interpretación”, *cit.*, pp. 259 y ss.

⁴⁹³ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, *cit.*, pp. 8 y 21.

creador del Derecho, la pretensión de justicia, el fomento del pluralismo jurídico, la visión instrumental y finalista del Derecho, la valoración del pasado, así como el uso del diálogo y del consenso como criterio de justificación⁴⁹⁴, etc.

3.2.2. El derecho a la interrupción del embarazo en la Corte Constitucional de Colombia (Caso Mónica del Pilar Roa López y otros)

En otra decisión, la n.º C-355 de 2006⁴⁹⁵, la Corte Constitucional de Colombia declaró la exequibilidad o constitucionalidad de la penalización del aborto, pero exonerando del delito, la interrupción del embarazo en tres situaciones: a) Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, según certificación médica; b) cuando exista una grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto⁴⁹⁶.

La demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta por Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana contra los artículos del Código penal porque para ellos limitaban de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante a la dignidad, a la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la libre determinación o derecho general de libertad, a la vida, a la protección de la salud y a la integridad, a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, además de las obligaciones de Derecho internacional de derechos humanos, establecidos en la Constitución⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 55 y ss.

⁴⁹⁵ Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ SALGADO ÁLVAREZ, J., “Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto”, *Foro Revista de Derecho*, n.º 9, 2008, p. 223.

A partir del método histórico se hace un recuento de la evolución en los diversos instrumentos jurídicos del derecho a la vida y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y se establece que en un Estado social y democrático de Derecho el legislador está obligado a adoptar medidas de carácter prestacional, asistencial o penal que protejan la vida y vedado de adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico. Es decir, que al invocar la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, se reconocen obligaciones positivas y negativas para el derecho a la vida, lo que denota que la Corte admite que los derechos fundamentales no solo implican obligaciones de no interferencia⁴⁹⁸ ni de un solo tipo. Igualmente, se señala desde el inicio que, a pesar de su relevancia constitucional la vida, no tiene el carácter de un valor o derecho absoluto y que el ordenamiento jurídico, si bien otorga protección al *nasciturus*, no lo otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona, de manera que todo ello debe tomar en cuenta el legislador si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto.

Por otro lado, se aclara que de las distintas disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, tampoco se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación y que, aun si se recurre al método de interpretación genético⁴⁹⁹, al gramatical y sistemático⁵⁰⁰; surgiendo la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta Magna y en otros instrumentos del Derecho internacional de los derechos humanos. Recuérdese, en esa línea, lo planteado por Zagrebelsky respecto a que la coexistencia de tantos valores y principios constitucionales, conlleva necesariamente a que cada uno se asuma con carácter no absoluto para que pueda ser concurrente con los otros con los que debe convivir⁵⁰¹.

Con respecto a los derechos de las mujeres, la Corte Constitucional colombiana también hace un recuento de su evolución en la Constitución y en el Derecho

⁴⁹⁸ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, p. 21. Ver también ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, p. 25.

⁴⁹⁹ Ver definición en OLANO GARCÍA, H., *Interpretación y neoconstitucionalismo*, *cit.*, pp. 61 y 62.

⁵⁰⁰ Ver definición en ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, *cit.*, pp. 95 y 96.

⁵⁰¹ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *cit.*, p. 14.

internacional de los derechos humanos, resalta la importancia de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en la protección de los derechos de las mujeres y advierte las obligaciones del Estado que se desprenden a partir de estos instrumentos, como el deber de ofrecer amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos; de incluir la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud; de eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva. Igualmente, se subraya que la violencia sexual vulnera los derechos a la integridad corporal y a la protección de la salud de las mujeres, que los obstáculos para controlar la fecundidad afectan a la autodeterminación reproductiva, que las interferencias en el cuerpo y capacidad reproductiva de la mujer violan también el derecho a la intimidad y que las legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, de acuerdo con los Comités de Naciones Unidas, generan altas tasas de mortalidad materna⁵⁰².

Es decir que no solo se identifica la importancia de los instrumentos nacionales e internacionales para la protección de los derechos de grupos históricamente afectados y que requieren de protección específica como señalan Parra, Villanueva y Martín⁵⁰³, sino que se predica la amplia interdependencia e indivisibilidad de los derechos sociales en relación con otros⁵⁰⁴.

En relación con el poder punitivo del Estado, se afirma que si bien el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar las conductas punibles y fijar las respectivas penas a dichas conductas, esto no significa que cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, sino que encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos

⁵⁰² Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo.

⁵⁰³ PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, cit., pp. 71 y 72.

⁵⁰⁴ GARRIGA, A., "Derechos sociales, una aproximación a su concepto y fundamento", cit., pp. 644 y 645.

constitucionales de las personas⁵⁰⁵ y que compete a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador. Es decir, que aclara la Corte su función de garantía que tal y, como fue expuesto anteriormente, es un pilar básico del neoconstitucionalismo que tiene como objetivo el cumplimiento de la Constitución, garantizar su supremacía y su estabilidad en la aplicación⁵⁰⁶.

Seguidamente, la Corte Constitucional defiende el concepto de dignidad como principio fundante del ordenamiento jurídico, como principio constitucional del cual derivan todos los derechos fundamentales, tal y como lo concibe el neoconstitucionalismo según Copetti Neto y Fernandez Mota⁵⁰⁷, y a la vez como derecho fundamental autónomo. Además, plantea que esta protege la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse; ciertas condiciones materiales concretas de existencia, y la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral, de ahí que el respeto a la autonomía y a la integridad moral sea exigido a los poderes públicos y a los particulares, o más bien el coto vedado. En tal medida, según la Corte, el legislador al adoptar normas de carácter penal no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y, por tanto, debe tratarla como tal en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, el servir de herramienta para procrear. Este es, en esencia, el planteamiento de Kant sobre la no cosificación del ser humano o de su inoportuna consideración como medio para un fin⁵⁰⁸.

Con posterioridad, se explica cómo el derecho al libre desarrollo de la personalidad que trata del derecho a la libertad general de actuación, constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia sancionatoria en general, y

⁵⁰⁵ Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo.

⁵⁰⁶ ANCHALUISA SHIVE, C., “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de Política Exterior, Línea Sur*, 5, 2013, p. 120.

⁵⁰⁷ COPETTI NETO, A. y FERNANDES MOTTA, L., “Elementos filosóficos sobre el Derecho constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger”, *cit.*, pp. 82 y 83.

⁵⁰⁸ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de C. García Trevijano y M. García Morente, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 41 y ss.

particularmente en materia penal⁵⁰⁹. Asimismo, se sostiene que otro límite a la libertad de configuración del legislador lo constituye el derecho a la protección de la salud, que impide la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas, aun cuando beneficie al interés general, de terceros o bienes de relevancia constitucional.

Este derecho, se apunta, aunque no se encuentra incluido formalmente entre los derechos que la Constitución cataloga como fundamentales, adquiere tal carácter cuando quiera que se encuentre en relación de conexidad con el derecho a la vida y posee, para la Corte Constitucional colombiana, además del contenido prestacional, también el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren. Este argumento deja claro entonces, que la Corte Constitucional asume la postura respecto a que los derechos sociales no solo se reducen a derechos prestacionales⁵¹⁰. Ahora bien, es lamentable que condicione la fundamentalidad de un derecho social a que afecte la vida obligatoriamente, porque si se maneja un concepto limitado de afectación de la vida, hace suponer que muchos DESC carecerán de los rasgos necesarios para considerarlos *auténticos derechos*⁵¹¹.

Al defender que el bloque de constitucionalidad también constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal, aclara que aun aquellos instrumentos jurídicos que no forman parte del bloque, como las recomendaciones y observaciones de Naciones Unidas, pueden ser tenidos en cuenta para interpretar los derechos fundamentales y constituyen una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales. Nótese pues la alta importancia dada al Derecho internacional de los derechos humanos, lo cual es un elemento característico también del neoconstitucionalismo en Latinoamérica⁵¹² antes reseñado.

⁵⁰⁹ Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo.

⁵¹⁰ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, p. 21. Ver también ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, p. 25.

⁵¹¹ RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *cit.*

⁵¹² UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, *cit.*, p. 114.

En la misma línea, se señala que la potestad de configuración legislativa también está sujeta o limitada por el principio de proporcionalidad, y no puede, el Derecho penal, suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, ni tampoco un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado, a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección, por lo que termina anunciando que la sanción penal debe ser estrictamente necesaria y estar reservada a conductas de trascendencia social, proporcionada a la naturaleza del hecho punible⁵¹³.

A través del método comparativo referido por Bassa⁵¹⁴, se analizan las sentencias de *Roe contra Wade* de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, una del Tribunal Constitucional Federal Alemán y una del Tribunal Constitucional español, y se aprovechan para concluir que cuando los Tribunales Constitucionales han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo, han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego y de afirmar que la prohibición total del embarazo resulta inconstitucional, porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer encinta una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales⁵¹⁵.

Al recurrir a la ponderación a la que tantos neoconstitucionalistas refieren como necesaria para resolver las colisiones entre principios⁵¹⁶, se reconoce en primer lugar, que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido y que por ello el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección. No obstante, se determina que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer

⁵¹³ Ministerio de la Protección Social, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, Ministerio de la Protección Social-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D. C., 2007, p. 56.

⁵¹⁴ BASSA MERCADO, J., “Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle”, *cit.*, pp. 29 y ss.

⁵¹⁵ Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo.

⁵¹⁶ ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 84. Ver también ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 70 y ss.; COMANDUCCI, P. y ESCUDERO ALDAY, R. (ed.), *Democracia, principios e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho*, *cit.*, p. 256.

embarazada, lo que es inconstitucional, pues supone desconocer completamente su dignidad y asumirla como carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que merecen protección⁵¹⁷. De nuevo puede claramente verse un planteamiento kantiano, donde la dignidad es reconocida como valor no instrumental, un bien inherente a la persona, que no se encuentra sujeto a condición o requisito alguno⁵¹⁸.

Del análisis de las medidas sobre la atenuación de las penas previstas para los casos extremos, también la Corte Constitucional colombiana las señala como desproporcionadas porque, en definitiva, el supuesto sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante. De ahí que, al referirse a los supuestos de la violación e incesto, sostiene que el extremo de penalizar la interrupción del embarazo en dichos casos significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido, intromisión estatal que priva totalmente de contenido los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. Obsérvese aquí que pudiera asimilarse que la Corte Constitucional adopta la teoría de la identidad, donde solo lo desproporcionado vulnera el contenido esencial del derecho⁵¹⁹.

Al ponderar además el caso en el que está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, la Corte Constitucional colombiana establece lo excesivo que resulta exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación, apunta que el Estado no puede obligar a un particular a asumir sacrificios heroicos y a ofender sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general, máxime cuando existe el deber constitucional de adoptar medidas para el autocuidado de la salud y advierte que constituye una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las

⁵¹⁷ Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo.

⁵¹⁸ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., pp. 41 y ss.

⁵¹⁹ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, cit., pp. 566 y ss.

normas del Derecho internacional⁵²⁰. Es decir que aquí se auxilia del control de convencionalidad a la hora de realizar el test de la ponderación y, en otras palabras, el Derecho interno debe ser interpretado de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos⁵²¹.

En otro orden, se expone que la figura del estado de necesidad ante dicha situación no resuelve la tensión constitucional, porque su aplicación parte del supuesto de que el legislador puede tipificar estas hipótesis como delito, supuesto que no es constitucionalmente admisible, y por cuanto al exigir que se reúnan ciertas condiciones para demostrar el estado de necesidad, estas no permiten identificarlo claramente y agravan la carga excesiva para la mujer relativa a la situación de peligro para su vida o su salud⁵²².

Ante la hipótesis de la existencia de malformaciones del feto incompatibles con la vida, certificadas médicamente, sustenta que el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones, pues ello significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, y su derecho a la dignidad humana, pues impone soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable⁵²³. Siguiendo a Carpio, nótese la idoneidad para la interpretación de derechos fundamentales, que resultan tanto la incorporación del concepto de contenido esencial de los derechos como el empleo de la técnica de la ponderación⁵²⁴.

⁵²⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo. Ver también Ministerio de la Protección Social, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, cit., p. 59.

⁵²¹ REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, D. F., 2008, p. LIV.

⁵²² Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ CARPIO, E., *La interpretación de los derechos fundamentales*, cit., pp. 82 y ss.

Resulta interesante que, al parecer, para no dejar lagunas, se advierte a *priori* que de la objeción de conciencia solo es titular la persona natural y que en el caso de un médico alegarla, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas, a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto⁵²⁵. Por otro lado, se sostiene, conforme a la jurisprudencia constitucional, que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, no deben ser los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, pues ello desconoce su derecho al libre desarrollo de la personalidad y cierra la posibilidad de que las gestantes menores de catorce años, ante los casos hipotéticos descritos por la Corte Constitucional como exceptuados de sanción penal, puedan consentir el aborto⁵²⁶.

No se declara inconstitucional la norma independiente y relativa al estado de necesidad por cumplir, de acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, una función más extensa que aquella de servir como causal de exoneración de la responsabilidad penal de la mujer que aborta y por no ser procedente hacerlo, porque esto conllevaría a que muchas situaciones en las que este opera quedasen desprotegidas.

Cabe resaltar que en esta sentencia se insiste reiteradamente en que, si bien el Congreso dispone de un amplio margen para la configuración de la política pública en relación con el aborto, y que la sanción penal como medida para proteger la vida en gestación posee justificación constitucional, existen otras alternativas que puede adoptar el legislador que cumplan con este propósito⁵²⁷. En todo caso, se concluye que dicho margen no es ilimitado, consecuentemente, mediante la denominada sentencia interpretativa aditiva, modifica parcialmente la política criminal y crea de manera directa contenidos nuevos de la política de salud sexual y reproductiva, reconoce y regula un nuevo derecho, el derecho al aborto en ciertas circunstancias, pues para la Corte Constitucional colombiana la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las

⁵²⁵ Ministerio de la Protección Social, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, cit., p. 61.

⁵²⁶ Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo.

⁵²⁷ SALGADO ÁLVAREZ, J., “Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto”, cit., p. 223.

circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución y por el bloque de constitucionalidad, instaura sin expulsar la norma, las tres hipótesis de excepción -con carácter autónomo e independiente-, a la disposición normativa que sanciona el aborto. Tal y como apunta Eguiguren Praeli, a partir de la sentencia interpretativa o manipulativa, se adecuan las normas a la Constitución o se les otorga sentido normativo y de aplicación para que sean compatibles con ella, y evita tener que declararlas inconstitucionales, porque conllevaría que fueran derogadas⁵²⁸.

Contrariamente a la doctrina mayoritaria, recuérdese que para Monereo y algunos otros, el órgano competente para fijar el contenido y alcance de los derechos sociales no debe ser el Parlamento, puesto que los derechos de libertad como los sociales son límites o vínculos impuestos a la democracia, en consecuencia, el núcleo irreductible solo puede ser determinado por el Tribunal Constitucional⁵²⁹.

Por último, se precisa que las decisiones adoptadas en la sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por ésta protegidos, no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno⁵³⁰, lo que denota la fuerza vinculante de las normas constitucionales -en este caso la sentencia de la Corte Constitucional- que, como bien plantea Prieto Sanchís, no necesitan de desarrollo legislativo para ser aplicadas u operativas⁵³¹.

No puede afirmarse que de la argumentación planteada se destaque la concepción positivista del Derecho, sino más bien se identifican elementos para sostener que posee un aliento iusnaturalista. En la decisión se recurre a numerosas técnicas de interpretación y argumentos de principios, además del papel central que ocupa la ponderación para

⁵²⁸ EGUIGUREN PRAELI, F., “Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO, A. (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. V, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2008, p. 322.

⁵²⁹ MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, *cit.*, p. 21.

⁵³⁰ DALÉN, A., GUZMÁN, D. y MOLANO, P., “La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia”, *Documentos Dejusticia 8*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, D. C., 2013, p. 12.

⁵³¹ PRIETO SANCHÍS, L., “Principia iuris: Una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *cit.*, p. 335.

fundamentarla, de ahí que si se analizan las características descritas por Atienza⁵³², se puede sostener que se acerca más al Derecho como argumentación.

⁵³² Ver al respecto ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación, cit.*, pp. 55 y ss.

CAPÍTULO IV

RIESGOS Y DESAFÍOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

1. EL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS QUE CONTROLAN POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

El cumplimiento de las sentencias es una parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, aunque todos los aspectos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva son importantes, la ejecución de las sentencias es quizás lo más relevante, pues sin esta, las sentencias se tornan en meras declaraciones teóricas inservibles y costosas y el Estado social y democrático de Derecho pasa a ser ineficaz y a quedarse sin fundamento¹.

Como bien prescribe el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...].

¹ GONZÁLEZ CUETO, T., “La ejecución de sentencias de condena a la Administración a realizar una actividad o a dictar un acto”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 26, 2012, p. 263.

2. *Los Estados Partes se comprometen: [...] c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso*².

Este derecho ha sido declarado violado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los *Casos Acevedo Jaramillo y otros contra Perú*, y de *Acevedo Buendía y otros contra Perú*, por el incumplimiento de una serie de sentencias de amparo emitidas por el poder judicial y por el Tribunal Constitucional de ese país. En dichos casos, el órgano internacional reiteró que la responsabilidad del Estado, en relación con el artículo 25 del Pacto de San José, no culmina con la emisión de una sentencia definitiva procedente de las autoridades competentes, sino que se requiere también que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas³.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva*⁴.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del referido artículo 25 de la Convención Americana, es posible identificar dos responsabilidades específicas del Estado. La primera consiste en la obligación de consagrar normas y de asegurar la

² Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Jaramillo y otros contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 144, Serie C de 7 de febrero de 2006; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) contra Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 198, Serie C de 1 de julio de 2009. Sobre este punto véase ETO CRUZ, G., “Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 19, 2014, pp. 326 y 327.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. Competencia*, Sentencia n.º 104, Serie C de 28 de noviembre de 2003, párr. 82.

debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que protejan a todas las personas bajo su jurisdicción contra aquellos actos que conculquen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas⁵.

Una segunda obligación que se desprende del referido artículo 25 consiste en garantizar los medios para la ejecución de las respectivas decisiones y sentencias definitivas que sean emitidas por las autoridades competentes, de manera que se brinde una tutela efectiva de los derechos declarados o reconocidos. Esto porque una sentencia con autoridad de cosa juzgada otorga certeza respecto del derecho o controversia del caso concreto y, consecuentemente, uno de sus efectos es la obligatoriedad o necesidad de su cumplimiento. Lo contrario constituye una negación misma del derecho a la protección judicial⁶.

Se desprende entonces que el derecho fundamental a un recurso judicial efectivo abarca también la obligación del Estado de adecuar los procedimientos internos y de prever mecanismos para garantizar la ejecución de sentencias⁷. La garantía de un recurso efectivo constituye un pilar básico del Estado de Derecho en una sociedad democrática⁸ pues, como advierte Eto Cruz, la seguridad jurídica no se limita a la formulación apropiada de las normas del ordenamiento jurídico, sino que alcanza al mismo tiempo el cumplimiento debido del Derecho por sus destinatarios y, fundamentalmente, por los órganos encargados de aplicarlo⁹.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Maldonado Ordóñez contra Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 311, Serie C de 3 de mayo de 2016, párr. 110.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Wong Ho Wing contra Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 297, Serie C de 30 de junio de 2015, párr. 196.

⁷ ROSSI, J. y FILIPPINI, L., “El Derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, Coloquio sobre Derecho, Moral y Política, Universidad de Palermo, septiembre 2008, p. 22.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantos contra Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 97, Serie C de 28 de noviembre de 2002, párr. 52. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero contra Ecuador. Fondo*, Sentencia n.º 35, Serie C de 12 de noviembre de 1997, párr. 65.

⁹ ETO CRUZ, G., “Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia”, *cit.*, p. 304.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primera sentencia en el *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, advirtió de manera contundente que para cumplir con lo dispuesto en el artículo 25 del Pacto de San José no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida, esto es, idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos¹⁰.

El activismo judicial que ejercen muchos Tribunales o Cortes Constitucionales, en materia de derechos fundamentales sociales, a veces contrasta drásticamente con las posibilidades de actuación real de las sentencias que ordenan dicha protección y el peligro de que lo decidido quede solo en el plano de las buenas intenciones, es el descrédito que puede ganar la justicia constitucional¹¹. La aplicación justa y efectiva de las sentencias es un asunto de importancia capital para alcanzar el Estado de Derecho¹². Cuando las sentencias constitucionales no son efectivamente cumplidas, la Constitución y los derechos fundamentales pierden su fuerza normativa y vinculante, panorama que pone en duda la existencia del Estado social y democrático de Derecho¹³. A pesar de esto, el cumplimiento de las sentencias en materia de derechos sociales constituye muchas veces un desafío mayor que la obtención misma de la sentencia favorable¹⁴.

La ejecución se define como un procedimiento judicial de aplicación de la fuerza coactiva del Estado con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales. Para ello se arbitran instrumentos jurídicos y materiales que resulten

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo*, Sentencia n.º 4, Serie C de 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66.

¹¹ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 15, 2010, p. 116.

¹² ELENA, S., HERRERO, A. y HENDERSON, K., “Barriers to the Enforcement of Court Judgments in Peru. Winning in Courts is Only Half the Battle: Perspectives from SMEs and Other Users”, International Foundation for Electoral Systems, Arlington, 2004, p. 1.

¹³ RUIZ MOLLEDA, J., *Guía del litigio constitucional en defensa de los derechos de los pueblos indígenas para activistas de derechos humanos*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, p. 263.

¹⁴ BRINKS, D., “Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales”, trad. de C. Morales y J. Torroja, en LANGFORD, M., RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y ROSSI, J. (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Dejusticia, Bogotá, 2017, p. 607.

indispensables para que se ejecute lo ordenado, so pena de sancionar a quien no lo haga¹⁵. Cabe aclarar que el derecho a la ejecución de las sentencias exige del cumplimiento material y no solo formal o aparente. Así, se verá violado este derecho cuando el cumplimiento de la decisión sea defectuoso, incompleto o cuando se desvirtúe y sustituya lo ordenado¹⁶.

El derecho del titular de exigir el cumplimiento de los fallos trae como consecuencia la obligación constitucional del juez y del Estado de hacerlos cumplir¹⁷. El Tribunal Constitucional como garante e intérprete supremo de la Constitución debe velar por que sus resoluciones se cumplan, pues ello es una forma de asegurar que se cumpla al pie de la letra la Constitución. Es por esto que este es el órgano más apto para ejecutarlas cuando no son cumplidas de oficio o voluntariamente¹⁸ y cuando su cumplimiento resulte incompleto o inapropiado. Como bien manifestó la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”¹⁹.

Para Ruiz Cabrera existen factores normativos, jurisdiccionales y económico-sociales que obstaculizan el cumplimiento de las decisiones constitucionales, como por ejemplo: la ausencia de normas que guíen el proceso de cumplimiento de una sentencia, la ambigüedad, contradicción o laguna que se pueden derivar del texto de las propias sentencias, los problemas lingüísticos en esta y la emisión de medidas inejecutables, entre otras²⁰. Dichos problemas de ejecución y cualquier otro que pueda surgir, deben ser resueltos por el Tribunal que emitió la decisión. La remoción de los obstáculos que se

¹⁵ VILLAVERDE, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, *Universidad Nacional de Educación a Distancia. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, p. 679.

¹⁶ RUIZ MOLLEDA, J., “Apuntes sobre la inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional”, *Derechovirtual.com*, n.º 2, 2009, p. 8.

¹⁷ RUIZ MOLLEDA, J., *Guía del litigio constitucional en defensa de los derechos de los pueblos indígenas para activistas de derechos humanos*, *cit.*, p. 263.

¹⁸ VILLAVERDE, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, *cit.*, pp. 677 y ss.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. Competencia*, *cit.*

²⁰ RUIZ CABRERA, M., “Cumplimiento de sentencias de acción de protección de derechos en la realidad ecuatoriana”. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 2014, pp. 46 y ss.

presenten, tanto al inicio como al momento posterior de la ejecución del fallo, es un gran desafío y no debe conducir a la parte gananciosa a que inste un nuevo procedimiento para resolver todo lo relativo al cumplimiento²¹.

Si el obligado se resiste por todos los medios a realizar lo mandado, el Estado debe emplear los mecanismos necesarios para superar dicha resistencia, y utilizar incluso la fuerza para lograrlo. De lo contrario, de qué servirá llevar a cabo un proceso judicial si, luego de alcanzar una decisión favorable, esta no será cumplida²². El incumplimiento debe implicar consecuencias no solo políticas sino también jurídicas, pues la pérdida del poder o de las elecciones no representa una sanción²³. Así, se apoya que, ante determinados comportamientos de la Administración, como la pasividad o resistencia, el juez pueda adoptar directamente algunas medidas necesarias o recurrir a la coacción para forzar a que se ejecute lo ordenado en la sentencia. Entre las medidas indirectas se encuentran la imposición de multas coercitivas, la exigencia de responsabilidad civil o penal por la desobediencia de lo mandado por la sentencia²⁴, la suspensión temporal en sus funciones al cargo público o empleado público responsables del incumplimiento o su destitución, entre otras²⁵.

Igualmente se admiten como medidas directas la posibilidad de los Tribunales Constitucionales de anular las disposiciones, resoluciones o actos que le sean contrarios a la decisión dictada, la ejecución sustitutoria, el deducir testimonio de particulares²⁶ y la publicación en diarios oficiales o de mayor circulación, de los extractos de la sentencia y el resultado del proceso²⁷, etc. Ahora bien, se recomienda para la imposición de medidas

²¹ RUIZ MOLLEDA, J., “Apuntes sobre la inexecución de las sentencias del Tribunal Constitucional”, *cit.*, p. 13.

²² *Ibidem*, pp. 6 y 7.

²³ SOTO LOSTAL, S., “La exigibilidad de los derechos sociales frente a su restricción regresiva”, en BARRERO ORTEGA, A. (coord.), *Derechos sociales: Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 134.

²⁴ GONZÁLEZ CUETO, T., “La ejecución de sentencias de condena a la Administración a realizar una actividad o a dictar un acto”, *cit.*, pp. 276 y ss.

²⁵ GARCÍA BELAUNDE, D. y ETO CRUZ, G., “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 12, 2008, pp. 272 y ss.

²⁶ VILLAVERDE, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, *cit.*, pp. 649 y 663.

²⁷ GARCÍA BELAUNDE, D. y ETO CRUZ, G., “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú”, *cit.*, p. 277.

indirectas, el íntimo convencimiento de que la persona a la que se va a requerir es responsable de la inexecución total o parcial de la sentencia y que se le haya requerido el cumplimiento y advertido de las consecuencias en caso de no hacerlo. Además, que una vez impuesta, la medida se mantenga hasta la completa ejecución de la decisión judicial²⁸.

De las sentencias analizadas en el capítulo anterior, cabe pasar a describir los resultados alcanzados a la fecha y los desafíos pendientes en materia de cumplimiento de las decisiones.

1.1. El cumplimiento de las decisiones que exhortan u ordenan el cumplimiento de políticas públicas sociales previstas

En el *Caso Glenda López y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ordenó a dicho Instituto entregar regular y periódicamente, tanto a los accionantes como a aquellos que se encuentren en dicha situación, los medicamentos denominados Inhibidores de la Transcriptasa e Inhibidores de la Proteasa, realizar y dar cobertura a los exámenes especializados necesarios para esos tratamientos combinados y suministrar todos los medicamentos necesarios para el tratamiento de las enfermedades oportunistas y los que resulten fundamentales para dicho tratamiento²⁹.

Desde el 2009 hasta el 2014 se han presentado crisis de desabastecimiento de los medicamentos antirretrovirales en Venezuela. Sobre todo en el año 2013, cuando sucedió en unas diez ocasiones, lo que perjudicó gravemente a las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (en adelante LGBTI) que dependen de las medicinas para vivir dignamente y mantener la calidad de vida³⁰. Para Nieves y Franco, la

²⁸ GONZÁLEZ CUETO, T., “La ejecución de sentencias de condena a la Administración a realizar una actividad o a dictar un acto”, *cit.*, pp. 290 y ss.

²⁹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta, Maira Perdomo, y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, Sentencia de 6 de abril de 2001.

³⁰ NIEVES, A. y FRANCO, Q., *La discriminación y la impunidad no son iguales ante la ley. Situación de los derechos humanos de las lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales en Venezuela*, Acción Ciudadana contra el sida-Unión Alternativa de Venezuela, Caracas, 2015. p. 25.

negativa de entregar los medicamentos constituye un desacato a lo mandado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 15 de julio de 1999, pues desde ahí, por sentencia, se ordenó al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social proveer de manera permanente y gratuita los medicamentos antirretrovirales, los fármacos para el tratamiento de las infecciones asociadas al sida, así como a efectuar los exámenes de laboratorio y atender integralmente a las personas que viven con VIH y sida en Venezuela³¹.

En el caso conocido en 1999 por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela se había encomendado también al Ministro de Sanidad y Asistencia Social hacer un estudio real de cuáles son las necesidades prioritarias mínimas que requieren los enfermos de VIH-sida y de los programas destinados a prevenir el crecimiento de los índices de infectados, a los fines de desarrollar una política preventiva de información, concientización, educación y asistencia integral a favor de las personas que viven con VIH-sida y para que se tome en consideración en la elaboración de los lineamientos generales para la formulación del Proyecto de Ley de Presupuestos para el próximo ejercicio fiscal³².

A pesar de la sentencia de 1999 y la emitida en el *Caso de Glenda López y otros* en el 2001, la situación no ha cambiado. La Sala Constitucional ha reiterado este último precedente en otras ocasiones, tal como lo hizo el 2 de diciembre de 2002 en el *Caso Loreto Tabares y otros*³³. La Organización Panamericana de la Salud situó a Venezuela, por dos años consecutivos, en el primer lugar entre los países de América Latina de mayor cantidad de episodios de desabastecimiento de antirretrovirales³⁴.

³¹ *Ibidem*, p. 26.

³² Venezuela, Corte Suprema de Justicia (Sala Político-Administrativa), *Caso Cruz del Valle Bermúdez y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, Sentencia n.º 916 de 15 de julio de 1999.

³³ Red-DESC, “López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo. Expediente 00-1343. Sentencia N° 487”. [Consulta: 29 de abril de 2017]. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/lopez-glenda-y-otros-c-instituto-venezolano-seguros-sociales-ivss-s-accion-amparo>.

³⁴ Organización Panamericana de la Salud, *Tratamiento antirretroviral bajo la lupa: un análisis de salud pública en Latinoamérica y el Caribe 2012*, Organización Panamericana de la Salud, Washington, D. C., 2012, p. 19; Organización Panamericana de la Salud, *Tratamiento antirretroviral bajo la lupa: un análisis de salud pública en Latinoamérica y el Caribe 2013*, Organización Panamericana de la Salud, Washington, D. C., 2013, p. 24.

Por otro lado, de recortes de prensa y de otras fuentes electrónicas disponibles, se puede desprender también el absoluto y lamentable incumplimiento de la sentencia. Ciudadanos, ciudadanas e instituciones denuncian constantemente la falta de medidas adoptadas para prevenir nuevas infecciones del VIH, la falta de acceso a los preservativos por su alto costo, la escasez del tratamiento antirretroviral y de los medicamentos para contener las enfermedades oportunistas que afectan a los portadores del virus³⁵. Advierten que ni siquiera pueden evadir la transmisión materno infantil de la enfermedad por la ausencia de fórmulas lácteas desde hace dos años, para suministrar a los hijos de las madres que padecen el virus, lo que sumado a la crisis de alimentos que se vive en el país, provoca que las pacientes tengan que amamantar a sus hijos³⁶.

Aunque Venezuela en 1998 se posicionó como el segundo país de América Latina en brindar acceso al tratamiento antirretroviral para todos los pacientes e incorporar tratamientos novedosos³⁷, lo cierto es que actualmente reina un clima de desesperación, incertidumbre y miedo porque los pacientes dejan de recibir por parte del Estado sus tratamientos antirretrovirales durante meses³⁸. De las 76.000 personas registradas en el Programa de Suministro de Antirretrovirales del Programa Nacional de sida del Ministerio del Poder Popular para la Salud, se estima que el 80% de los que dependen del tratamiento para vivir se han visto afectados³⁹. Pese a la pobre capacidad del sistema para

³⁵ Efecto Cocuyo, “El VIH-sida se alimenta de la crisis venezolana”, 14 de octubre de 2017. [Consulta: 7 de enero de 2018]. Disponible en: <http://efectococuyo.com/principales/el-vih-sida-se-alimenta-de-la-crisis-venezolana>.

³⁶ Asociación Civil Mujeres Unidas por la Salud, “Venezuela vive los peores momentos de la epidemia del VIH/Sida”, 27 de abril de 2017. [Consulta: 7 de enero de 2018]. Disponible en: <https://www.derechos.org.ve/actualidad/musas-venezuela-vive-los-peores-momentos-de-la-epidemia-del-vihsida>.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Asociación Civil Mujeres Unidas por la Salud, “Personas con VIH desesperadas por no recibir sus antirretrovirales”, 28 de agosto de 2017. [Consulta: 7 de enero de 2018]. Disponible en: <https://www.derechos.org.ve/actualidad/musas-personas-con-vih-desesperadas-por-no-recibir-sus-antirretrovirales>.

³⁹ Amnistía Internacional, “Autoridades venezolanas dan tratamiento contra el VIH intermitentemente”, 9 de octubre de 2017. [Consulta: 7 de enero de 2018]. Disponible en: <https://www.derechos.org.ve/actualidad/amnistia-internacional-autoridades-venezolanas-dan-tratamiento-contra-el-vih-intermitentemente>.

diagnosticar la enfermedad, anualmente se registran aproximadamente 11.000 nuevas infecciones y 2.500 muertes por complicaciones asociadas al sida en el país⁴⁰.

Las personas fallecen por la falta del 85% de las medicinas básicas y de la debida atención médica de las complicaciones causadas por padecer el sida junto con otras enfermedades crónicas y por desnutrición severa. Más de dieciocho personas contraen el VIH diariamente, debido a la ausencia de campañas informativas de prevención del virus y falta de condones. La mayoría son jóvenes de dieciocho a veinticuatro años⁴¹. Ante la situación, se critica la inacción e indiferencia de la Defensoría del Pueblo y de otras entidades del Estado, así como de la cooperación internacional⁴².

Con respecto al *Caso de Azanca Alhelí Meza García*, es importante traer a colación que el Tribunal Constitucional de Perú al resolver el expediente, ordenó la provisión de tratamiento integral contra el VIH-sida para la recurrente y la rendición de cuentas cada seis meses, de la forma como viene realizándose dicho tratamiento. A pesar de que en la decisión también se exhortó a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley n.º 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el sida⁴³, no se estableció ningún mecanismo de control o seguimiento de dicha orden en particular.

Por lo dicho precedentemente, debe reconocerse primero que, a modo general, la protección de la salud como derecho fundamental en Perú ha registrado grandes avances en los últimos años. El Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia ha aportado en ese proceso, sin embargo persisten grandes problemas en la calidad de la atención, especialmente en el cumplimiento del principio de no discriminación. De ahí que se desprenda que hace falta empoderar a la sociedad civil para que se reivindique el enfoque

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Acción Ciudadana contra el sida, “Pronunciamento de las Organizaciones de la Sociedad Civil frente a la crisis del VIH en Venezuela”, 30 de noviembre de 2017. [Consulta: 7 de enero de 2018]. Disponible en: <https://www.derechos.org.ve/actualidad/accsi-pronunciamento-de-las-organizaciones-de-la-sociedad-civil-frente-a-la-crisis-del-vih-en-venezuela>.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, Sentencia de 20 de abril de 2004.

de Derecho en la política pública de salud y se sensibilice tanto a la población como a las autoridades estatales⁴⁴.

Por otro lado, cabe resaltar que en el *Caso de José Luis Correa Condori*, el Tribunal Constitucional peruano ratificó el criterio establecido en el *Caso Azanca Alhelí Meza García* y advirtió que, si bien se realizaron esfuerzos con el objetivo de instaurar un sistema de atención para ofrecer tratamiento antirretroviral a los adultos con VIH, en el caso del recurrente, no se verificó la ejecución de acciones concretas por parte del Ministerio de Salud o sus dependencias⁴⁵. Esto quiere decir que no se evidencia la asimilación seria del precedente por parte del Gobierno, lo que se traduce en un incumplimiento de la orden emitida en la decisión.

Tal y como afirma León Florián, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú si bien refleja avances en el desarrollo del contenido del derecho a la protección de la salud, incluido lo relativo al derecho al tratamiento de personas con VIH, a la vez denota algunas deficiencias para hacer efectivos los mandatos que la propia Corte dicta en la materia y poder transformar la realidad⁴⁶.

Según ONUSIDA, en 2016 Perú tuvo 2.700 nuevas infecciones por VIH y 2.200 muertes relacionadas con el sida. De las 70.000 personas que vivían con el VIH en 2016, el 60% accedió a la terapia antirretroviral. Entre las mujeres embarazadas que viven con el VIH, el 85% tiene acceso a tratamiento o profilaxis para prevenir la transmisión del VIH a sus hijos. Además, se estima que menos de 100 niños fueron infectados con el VIH debido a la transmisión de madre a hijo y que entre las personas que viven con el VIH, aproximadamente el 35% había suprimido las cargas virales⁴⁷. Por otro lado, el Ministerio de Salud de Perú asegura que el tratamiento antirretroviral se ofrece gratuitamente en

⁴⁴ LEÓN FLORIÁN, F., “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 19, 2014, pp. 390 y 391.

⁴⁵ Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso José Luis Correa Condori*, Sentencia de 5 de octubre de 2004. Sobre este punto véase Red-DESC, “Azanca Alhelí Meza García, Expte. N.º 2945-2003-AA/TC”. [Consulta: 20 de abril de 2017]. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/azanca-alheli-meza-garcia-expte-ndeg-2945-2003-aatc>.

⁴⁶ LEÓN FLORIÁN, F., “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *cit.*, p. 392.

⁴⁷ ONUSIDA, País Perú. [Consulta: 12 de enero de 2018]. Disponible en: <http://www.unaids.org/es/regionscountries/countries/peru>.

todas las regiones del país, a través de 145 establecimientos, de los cuales 119 corresponden a dicha entidad y que, actualmente, unas 47.762 personas que viven con el VIH reciben el tratamiento⁴⁸.

Para comprender el estado de cumplimiento del *Caso Julia M. Mariño De Ospina y otros* decidido el 11 de agosto de 2006 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, resultan claves las decisiones números 1752 del 13 de agosto de 2007 y 868 del 26 de junio de 2012, emitidas por la referida Sala. Recuérdese que en la decisión 1632 del 2006 se ordenó el desalojo de todos los habitantes de los sectores La Punta y Mata Redonda, con previo restablecimiento del valor económico de cada una de las viviendas de dichos habitantes, y se exhortó a los órganos administrativos con competencia para la consecución del saneamiento y control del nivel de las aguas de la Cuenca del Lago de Valencia a que continuasen ejecutando, con la mayor prioridad y diligencia posible, los planes y acciones tendentes a la solución definitiva de dicho problema socioambiental⁴⁹.

En la decisión número 1752 del 13 de agosto de 2007⁵⁰, la Sala Constitucional de Venezuela ratificó la mencionada orden de desalojo e insistió en el deber de la Autoridad Única de Área para la Cuenca del Lago de Valencia de coordinar las acciones y recursos necesarios para que esto se lleve a cabo. En dicha decisión, se aclararon también algunos aspectos relativos a la ejecución de la sentencia, como el modo correcto de indemnizar, entre otros; se solicitaron informes de seguimiento y se encomendó a la Defensoría del Pueblo el ejercicio activo y eficaz de protección de los intereses colectivos hasta la total ejecución de la misma.

Obsérvese que en un principio la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no se auxilió de otros entes estatales para la supervisión del cumplimiento de la sentencia y el acompañamiento a las víctimas, elemento que, como fue resaltado,

⁴⁸ Sala de Prensa del Ministerio de Salud de Perú, “En el Perú cerca de 16, 250 personas viven con VIH sin saberlo”, Lunes 27 de noviembre de 2017. [Consulta: 29 de enero de 2018]. Disponible en: <http://www.minsa.gob.pe/?op=51¬a=25679>.

⁴⁹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1632 de 11 de agosto de 2006.

⁵⁰ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1752 de 13 de agosto de 2007.

corresponde con los principios del neoconstitucionalismo latinoamericano⁵¹, sin embargo, a partir de dicha decisión, subsana este vacío y encomienda al Defensor del Pueblo esa tarea.

Por otro lado, a partir de lo reseñado en la sentencia número 868 del 26 de junio de 2012⁵² se desprenden algunos de los avances en el cumplimiento, así como los obstáculos para la efectiva ejecución de la decisión. Respecto a los obstáculos, se describen las denuncias de las víctimas sobre la lentitud del proceso indemnizatorio, así como las malas condiciones de los servicios públicos prestados, la contaminación, inseguridad, enfermedades, entre otras precariedades padecidas en la zona. También se exponen las oposiciones del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República que señalan su disconformidad con la decisión y con los avalúos de las viviendas que efectuó la Dirección Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres⁵³.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela reconoce como avances las importantes gestiones del poder ejecutivo nacional para tratar de indemnizar de distintas maneras a los afectados, de reubicarlos y de encontrar una solución al problema ambiental, sanitario y de recuperación del área, incluidos los decretos presidenciales que declaran zona recuperable a la Punta y Mata Redonda y los acuerdos establecidos, tras las cuatro audiencias conciliatorias celebradas, la primera el 16 de mayo de 2011 y la última el 16 de marzo de 2012. No obstante, aclara seguidamente que a pesar de los esfuerzos se mantiene la lesión contra los derechos a la protección de la salud, vivienda digna, medio ambiente sano y amenaza de violación al derecho a la vida de los habitantes de la zona⁵⁴.

En relación con los cuestionamientos de los avalúos, se dejó entrever la extemporaneidad de la solicitud y la posible lesión que pudiera generar tal pedimento.

⁵¹ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 67/68, 2009, p. 49.

⁵² Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 868 de 26 de junio de 2012.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

Ahora bien, se dejó sin validez y efecto aquellos que correspondían a viviendas que no fueron pagadas, en razón de que según los acuerdos conciliatorios se procedería a indemnizar por el modo de *casa por casa* o mediante el pago del valor del inmueble para lo cual se permitiría realizar un nuevo avalúo⁵⁵.

En cuanto a la alegada falta de responsabilidad de la Administración, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela aprovecha la oportunidad y ordena oficiar al Ministerio Público que proceda a determinar si existen responsabilidades civiles, administrativas y penales por parte de las autoridades locales que para la época permitieron tales proyectos urbanísticos, así como de las constructoras y empresas que los financiaron⁵⁶.

Entre otras medidas la Sala Constitucional venezolana ordena la inmediata y eficaz ejecución de las decisiones números 1632 del 11 de agosto de 2006 y 1752 del 13 de agosto de 2007 por parte del legitimado pasivo, en lo que se refiere al definitivo desalojo, demolición, posterior remoción de escombros e indemnización *casa por casa* por las viviendas objeto de esas decisiones, a menos que se demuestre la seguridad de la zona para la existencia de viviendas⁵⁷.

Se reitera que en caso de no indemnizar bajo la modalidad *casa por casa*, habrá de hacerse mediante un pago económico del valor del inmueble de conformidad con un nuevo avalúo que se deberá realizar de manera conjunta entre el Ministerio del Poder Popular del Ambiente, el Ministerio del Poder Popular de Vivienda y Hábitat, la Procuraduría General de la República y la Dirección Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres, o a quien estos en su conjunto seleccionen⁵⁸. Asimismo, se insta a los afectados a actuar conforme al principio de buena fe y, en consecuencia, prohíbe las mejoras en las viviendas sujetas a avalúos e indemnizaciones para incrementar su valor. Por último, cabe señalar que se otorgan plazos para la ejecución de la sentencia

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

y para la remisión de informes respecto del cumplimiento, y se advierte que la inobservancia de los plazos dará lugar al inicio de la fase de ejecución forzosa⁵⁹.

A partir de algunas publicaciones de noticias puede vislumbrarse que a la fecha no se ha cumplido con lo decidido. Así, en 2013 residentes de la zona denunciaron que no se dispuso ninguna partida presupuestaria para la materia en ese año⁶⁰ y que los beneficiarios del sistema de indemnización *casa por casa* se encuentran a la espera del título que los acredite como propietarios de las nuevas viviendas adjudicadas⁶¹.

En 2014, las familias seguían esperando el cumplimiento de la medida de desalojo, previa indemnización de sus viviendas⁶². En otra noticia del 2015, se indica que aún quedan quinientas doce viviendas en la zona de riesgo, y que se reinició el desalojo de invasores en la zona y la demolición de algunas viviendas⁶³. La última noticia que se encuentra disponible sobre el caso data de 2017. En ella, Amnistía Internacional llama a atender el problema con mayor urgencia, en virtud de que las fuertes lluvias amenazan miles de vidas por el lago que ya se está desbordando, inunda a varias urbanizaciones y provoca aumento de enfermedades⁶⁴.

Sobre el caso de la demanda de cumplimiento interpuesta por Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental, en el cual el Tribunal Constitucional de Perú ordenó, entre otras medidas, que el Ministerio de Salud en un plazo de treinta días implemente un sistema de emergencia

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Visión Global, “Reveladora entrevista con Tonny Real: El gobierno manipula y miente sobre la problemática con el Lago de Valencia”, 4 de junio de 2013, Nacionales. [Consulta: 18 de enero de 2018]. Disponible en: www.visionglobal.info/tonny-real-el-gobierno-manipula-y-miente-sobre-la-problematika-con-el-lago-de-valencia/.

⁶¹ Región, “Exhabitantes de la Punta y Mata Redonda exigen el título de propiedad de sus viviendas”, 16 de octubre de 2013. [Consulta: 29 de enero de 2018]. Disponible en: <http://mataredondapidejusticia.blogspot.com/p/noticias-de-pres.html>.

⁶² El Universal, “Afectados del lago de Valencia esperan pagos desde el 2006”, 17 de agosto de 2014. [Consulta: 10 de enero de 2018]. Disponible en: <http://mataredondapidejusticia.blogspot.com/p/noticias-de-pres.html>.

⁶³ El Carabobeño, “Habitantes apoyan demolición de casas en Mata Redonda”, 6 de enero 2015. [Consulta: 10 de enero de 2018]. Disponible en: <http://mataredondapidejusticia.blogspot.com/p/noticias-de-pres.html>.

⁶⁴ Amnistía Internacional, “El Lago de Valencia: Sarna, zika y el peligro de que el agua arrase con todo”, 5 de septiembre de 2017. [Consulta: 7 de enero de 2018]. Disponible en: <https://www.derechos.org/ve/actualidad/amnistia-internacional-el-lago-de-valencia-sarna-zika-y-el-peligro-de-que-el-agua-arrase-con-todo>.

para atender la salud de las personas⁶⁵ contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar niños y mujeres gestantes, bajo apercibimiento de aplicarse medidas coercitivas⁶⁶. Al respecto, no se encuentra disponible información pública actualizada que permita determinar si fueron cumplidas.

En 2009, Ruiz Molleda señaló que el fallo expedido por el Tribunal Constitucional peruano en el *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros*, aún no había sido cumplido a pesar de haberse dictado hacía tres años. En ese orden, subrayó que la inejecución de sentencias del Tribunal Constitucional es uno de los principales problemas de la justicia constitucional en Perú⁶⁷.

1.2. El cumplimiento de las decisiones que modifican parcialmente las políticas públicas sociales

La Corte Constitucional colombiana en abril de 2009, creó una sala de seguimiento para el cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 (*Caso Abel Antonio Jaramillo y otros*), la cual celebra audiencias públicas en las que participan autoridades, víctimas y sociedad civil con el objetivo de hallar las soluciones a los problemas estructurales que dificultan la política pública de atención a la población desplazada. Igualmente, expide autos de seguimiento a las órdenes dictadas, donde evalúa su nivel de avance, y puede dictar nuevas órdenes para superar los obstáculos que identifique⁶⁸.

Esta Sala especial mantendrá su competencia hasta la superación del estado de cosas inconstitucional que en materia de desplazamiento forzado fue declarado, para lo

⁶⁵ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, Sentencia de 12 de mayo del 2006. Ver también GLAVE MAVILA, C., “Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 78, 2017, p. 61.

⁶⁶ Perú, Tribunal Constitucional, *ibid.*

⁶⁷ RUIZ MOLLEDA, J., “Apuntes sobre la inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pp. 3 y 4.

⁶⁸ LOZANO, M., PAYÁN, A. y RUIZ, L., “La discusión probatoria de las víctimas y la sentencia T-025 de 2004”, en TORRES VILLARREAL, M. e IREGUI PARRA, P. (eds.), *El desplazamiento forzado en Colombia: 10 años de la sentencia T-025 de 2004, Ponencias ganadoras del IV Concurso Nacional de Semilleros de Investigación*, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2015, p. 52.

cual reiteró en 2011 que no basta con realizar esfuerzos en materia presupuestal, rediseñar las políticas públicas, expedir normas, crear estructuras administrativas ni entregar periódicamente asistencia a las víctimas del desplazamiento⁶⁹, sino que se garantice efectivamente los derechos de la población desplazada. Para ello, la Corte Constitucional colombiana verifica una batería de indicadores que se han ido construyendo a partir del Auto 116 de 2008, lo que en definitiva le ha otorgado al juez constitucional un rol fundamental en este contexto de emergencia, que se erige como un agente clave en el impulso de transformaciones sociales⁷⁰.

Por tal razón, a través del Auto 219 de 2011, la Sala evaluó el nivel de cumplimiento de las órdenes impartidas hasta la fecha del auto y constató que, a pesar de los esfuerzos del Gobierno Nacional y de los resultados obtenidos, persiste el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, así como las condiciones que a ello dieron lugar, en virtud de que no había un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima. En consecuencia, ordenó la adopción de medidas que solventen las dificultades identificadas e informar cómo se va a regular la transición entre la Ley 387 de 1997 y la Ley 1448 de 2011 a fin de impedir que los derechos de las víctimas se vean afectados⁷¹.

Igualmente, se ordenó a los órganos de control informar a la Corte Constitucional en la audiencia pública del 11 noviembre de 2011, convocada para tales fines, sobre las medidas adoptadas en la órbita de sus competencias como, por ejemplo, sobre los resultados de los procesos disciplinarios, penales o fiscales contra los funcionarios responsables de los componentes de atención a la población desplazada, por la posible

⁶⁹ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 219 de 13 de octubre de 2011.

⁷⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Proceso de seguimiento: Diez años. [Consulta: 10 de enero de 2018]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/Proceso%20de%20Seguimiento%2010%20a%C3%B1os.PDF>.

⁷¹ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 219 de 13 de octubre de 2011.

renuencia u omisión de sus obligaciones y del acatamiento de lo ordenado en la sentencia T-025, entre otras medidas⁷².

Si bien hasta la expedición de la sentencia no se contaba con una política pública articulada efectiva en la prevención y atención de la población desplazada por la violencia, tras dicha sentencia se removió el bloqueo en el que se hallaban las autoridades y el presupuesto destinado a la materia se incrementó significativamente, pasó de \$498.885 millones entre 1999 y 2002, a \$2 billones entre 2003 y 2006 y con estimaciones de \$4.6 billones de pesos colombianos entre el 2007 y 2010 y 54 billones de pesos colombianos para el 2011 hasta el 2021⁷³. En relación con la sensibilización de la problemática, el trabajo de la Corte Constitucional de Colombia ayudó a comprenderla como una situación de vulneración de derechos que debían ser garantizados y a posicionarla con mayor peso en la agenda pública del Gobierno⁷⁴.

Otro de los efectos más relevantes del proceso de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 (*Caso Abel Antonio Jaramillo y otros*) ha sido el enfoque diferencial y el concepto del goce efectivo de los derechos, pues con los autos 092 de 2008, 251 de 2008, 005 de 2009, 004 de 2009 y 006 de 2009 se aclaró el enfoque diferencial que debe enmarcar la prevención y atención del desplazamiento forzado, al exigirse tener en cuenta los particulares riesgos, problemáticas y necesidades que enfrentan los grupos de especial protección en razón del desplazamiento, así como el deber de realizar acciones encaminadas a responder a los problemas particulares de estos⁷⁵.

En 2016, la Sala Especial manifestó que en los componentes de participación y de registro, las autoridades acreditaron un nivel de cumplimiento alto a la orden de realizar ajustes importantes para avanzar en el goce efectivo de los derechos de la

⁷² *Ibid.*

⁷³ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Proceso de seguimiento: Diez años, *cit.*

⁷⁴ RODRÍGUEZ, C. y RODRÍGUEZ, D., *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010, p. 96. Ver también MERHOF, K., “Building a Bridge between Reality and the Constitution: The Establishment and Development of the Colombian Constitutional Court”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, p. 723.

⁷⁵ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Proceso de seguimiento: Diez años, *cit.*

población desplazada y declaró, en consecuencia, la superación del estado de cosas inconstitucional en cuanto a ello, con excepción del registro para pueblos y comunidades étnicos⁷⁶.

En relación con aquellos componentes de la política cuya reformulación total fue ordenada en el 2009, los resultados fueron los siguientes: un nivel de cumplimiento alto en materia de restitución de tierras, en cambio, no en materia de protección; un nivel de cumplimiento medio y bajo en materia de vivienda urbana y rural; y en generación de ingresos, se registró un incumplimiento a la orden de reformular completamente esta política⁷⁷. Por otra parte, los componentes de prevención y protección, y los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, arrojaron un nivel de cumplimiento bajo; en ayuda humanitaria un cumplimiento medio; en retornos y reubicaciones el cumplimiento fue bajo; y en educación, el cumplimiento ha sido medio⁷⁸.

Más recientemente, la Sala declaró mediante Auto 266 que el estado de cosas inconstitucional frente a los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes afectados por el desplazamiento no se ha superado, porque la política pública preventiva y de atención carece de enfoque integral sensible a los riesgos y afectaciones particulares que sufren, lo que se traduce en la vulneración masiva y sistemática de sus derechos a la autonomía, identidad cultural, el territorio y en la presencia de barreras de acceso y trámite en el registro, que compromete su pervivencia física y cultural⁷⁹.

Además, en dicha decisión se declaró que el nivel de cumplimiento de las órdenes destinadas a atender y proteger a los pueblos y comunidades indígenas y afrocolombianos que han sido desplazados o están en riesgo de estarlo, es bajo, puesto que la respuesta del Gobierno Nacional y Locales no ha conseguido contener los riesgos que afrontan en sus

⁷⁶ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 373 de 23 de agosto de 2016.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 266 de 12 de junio de 2017.

territorios ni atenderlos eficazmente una vez se ha producido el desplazamiento, y desconoce, igualmente, el enfoque diferencial étnico en dichas acciones⁸⁰.

Por otro lado, en cuanto a la sentencia del 2 de marzo de 2005 (*Caso Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos*) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, es importante revelar que fue ejecutada. En dicha sentencia se ordenó a la Asamblea Nacional que en un plazo de tres meses, tras la notificación de la decisión, prepare, discuta y sancione la Ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo o un régimen transitorio que solvete la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social, por haberse derogado el decreto que regulaba el subsistema de paro forzoso laboral⁸¹.

La Asamblea Nacional cumplió con el mandato del fallo al aprobar la Ley Especial que regula el Régimen Prestacional de Empleo y establecer en ella la prestación de paro forzoso en situación de desempleo. Dicha norma fue sancionada el 29 de agosto de 2005 y publicada en la gaceta oficial número 38.281 del 27 de septiembre de 2005⁸². A partir del artículo 35 de la Ley se establece el procedimiento a seguir para acceder a la prestación dineraria en los casos de terminación de la relación de trabajo o pérdida involuntaria de la fuente de ingreso⁸³. Si se observa la fecha de la sentencia y de la sanción de la ley, se evidencia la pronta respuesta en el cumplimiento de lo ordenado.

Respecto al seguimiento de la sentencia T-760/08 (*Caso Entidad Promotora de Salud Sanitas y otros*) de la Corte Constitucional colombiana, debe puntualizarse que desde la publicación de la decisión, el Gobierno nacional manifestó que no sabría de dónde obtener los recursos para el costo que implicaría la unificación de los planes de

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia de 2 de marzo de 2005.

⁸² Red-DESC, “Demanda de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional al promulgar la Ley Orgánica de Seguridad Social”. [Consulta: 23 de abril de 2017]. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/demanda-inconstitucionalidad-por-omision-asamblea-nacional-al-promulgar-ley-organica>.

⁸³ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, “Ley del Régimen Prestacional de Empleo”, Gaceta Oficial n.º 38.281 del 27 de septiembre de 2005.

salud en aras de cumplir con el pronunciamiento de la referida Corte⁸⁴. Incluso, ciertos funcionarios propusieron reducir los servicios de salud contenidos en el plan superior para igualarlos a los previstos en el otro, lo que desconocería el sentido de lo dispuesto en la sentencia de tutela 760, que consistía en avanzar en la tutela del derecho a la protección de la salud y no retroceder, como pretendían algunos para eludir su cumplimiento⁸⁵.

La orden de actualizar el POS y de aclarar sus contenidos llevó a la adopción del Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud y del Acuerdo 29 de 2011, los cuales aclararon y ampliaron la cobertura del derecho. En tanto, la unificación total de ambos regímenes se logró en el 2012. Primero se unificó en 2009 el POS para los menores de doce años, en 2010 se amplió la unificación hasta los dieciocho años, luego se implementaron planes piloto y mediante el Acuerdo 32 de 2012, se unificó para el resto de la población⁸⁶.

De acuerdo con Uprimny y Rodríguez Franco, la sentencia T-760 de 2008 ofreció la posibilidad de revisar la normativa sobre la salud sin tener que sustituirla por una nueva, estableció la importancia de utilizar indicadores en materia de protección de la salud para garantizar el goce efectivo del derecho e introdujo una herramienta para la evaluación del cumplimiento de la sentencia y de la evolución de las dificultades reveladas⁸⁷.

Según la Defensoría del Pueblo, entre 1999 y 2008 la tutela en protección de la salud creció un 571%. En el 2008 el número de tutelas representó el 41,5% del total de tutelas presentadas en el país, sin embargo, en el 2009 disminuyó dicho porcentaje a

⁸⁴ Comisión Colombiana de Jurista, “Un año después de su publicación aún es incierto el cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional sobre respeto, protección y garantía del derecho a la salud”, *Boletín n.º 2: Serie sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, 2009, p. 7.

⁸⁵ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *Vniversitas*, n.º 121, 2010, p. 131.

⁸⁶ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Serie Políticas Sociales*, n.º 197, 2014, p. 12.

⁸⁷ UPRIMNY YEPES, R. y RODRÍGUEZ FRANCO, D., “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *Observatorio de la Seguridad Social*, n.º 18, 2008, p.14.

27,11%⁸⁸, en 2010 a 23,4% y en 2011 aumentó ligeramente a 26,14% en comparación al total de tutelas solicitadas. Se estima que la actualización del POS y la unificación de regímenes contribuyeron a la reducción de las tutelas interpuestas⁸⁹.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia en el Auto 261 del 16 de noviembre de 2012 emitió un pronunciamiento crítico de los procesos de actualización y unificación de los regímenes, y estableció que no se evidenciaban medidas de racionalización del acceso a los servicios de salud, ni de verificación de quiénes tienen capacidad económica⁹⁰. Además, se criticó la falta de participación activa de los usuarios y de la comunidad médica en los procesos de unificación de los planes y se constató que, a pesar de la unificación de los planes de beneficios de los dos regímenes, se había mantenido una diferencia en los pagos a las EPS de cada régimen. Por dicha razón, la Corte Constitucional ordenó entonces que se equipare la Unidad de Pago por Capitación del régimen subsidiado a la Unidad de Pago por Capitación del régimen contributivo⁹¹.

Con respecto a la actualización integral y periódica de los planes, en el Auto 410 de 2016 tras declararse un nivel de cumplimiento medio de esta orden, se reiteró la importancia de la participación de los usuarios y se ordenó al Ministerio de Salud y de la Protección Social que en el próximo proceso de actualización diseñe un mecanismo de participación directa de los usuarios y pacientes que padecen enfermedades huérfanas para que de esta manera puedan expresar sus inquietudes y presentar sus aportes dentro del respectivo proceso de valoración⁹².

En otro orden de ideas, entre 2010 y 2011 el valor de los servicios recobrados también disminuyó un 14% y entre 2011 y 2012 un 15,8% adicional, lo que puede

⁸⁸ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, 2009, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2010. Sobre este punto véase SAFFON, M. y GARCÍA-VILLEGAS, M., “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, n.º 1, 2011, p. 99.

⁸⁹ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, pp. 16 y 17.

⁹⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial), Auto 261 de 16 de noviembre de 2012.

⁹¹ PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en CLÉRICO, L., RONCONI, L. y ALDAO, M. (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 2628.

⁹² Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial), Auto 410 de 5 de septiembre de 2016.

explicarse por la reducción de los precios de los medicamentos, gracias a un mejor seguimiento de los precios por el gobierno⁹³. Además, como actor político la Corte Constitucional colombiana ha pasado de una posición moderada y de arbitraje a una posición más crítica del sistema de salud y de sus reglas⁹⁴. En esa línea, en su Auto 263 del 16 de noviembre de 2012 la Corte advirtió que el sistema de recobros no se había corregido sustancialmente y que las irregularidades y desfalcos arruinaban las finanzas del sistema, por lo cual ordenó su rediseño en un plazo de tres meses. Igualmente, denunció en dicho Auto la dilapidación de recursos y ordenó que en veinte días el Ministerio de Salud y Protección Social adoptara medidas para proscribir la corrupción y el fraude y que en veinte días dicho Ministerio y la Contraloría General de la República controlaran y recuperaran los recursos malversados y dilapidados⁹⁵. Todavía en el 2016, la Corte Constitucional reiteró el bajo cumplimiento de dicha orden de rediseño del sistema de recobros y otorgó nuevos plazos para su ejecución⁹⁶.

Cabe destacar que la Corte Constitucional colombiana había enfatizado desde 2008 la importancia de los órganos de control y confirió importantes tareas a la Procuraduría, a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría para el seguimiento de las órdenes dictadas⁹⁷. A partir de los autos de 2012 se produjo un notable empoderamiento de algunas de las instancias de control y vigilancia. La Contraloría General de la República impulsó investigaciones de control fiscal, la Superintendencia de Salud adelantó procesos para mejor control de las EPS, puso a algunas EPS bajo vigilancia especial, intervino y liquidó a otras y a muchas mandó a investigar. Asimismo, la Fiscalía inició investigaciones penales por fraude en algunos recobros y la Procuraduría inició

⁹³ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 18.

⁹⁴ PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *cit.*, p. 2648.

⁹⁵ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial), Auto 263 de 16 de noviembre de 2012.

⁹⁶ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial), Auto 071 de 19 de febrero de 2016.

⁹⁷ UPRIMNY YEPES, R. y RODRÍGUEZ FRANCO, D., “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 14.

procesos disciplinarios relativos a malversación de recursos, desviación de fondos y/o corrupción en los recobros⁹⁸.

Indudablemente, la sentencia incentivó importantes procesos de diagnóstico y reacción en el Congreso y provocó junto a otras decisiones, un mejoramiento del sistema de salud, el cual se caracteriza por ser más claro, por actualizarse periódicamente, por ampliar progresivamente la cobertura, con la participación de particulares⁹⁹ aunque con grandes desafíos pendientes.

Aportó a la construcción de soluciones estructurales y no solo para algunos individuos. Transformó la percepción y la concepción de los problemas en materia de protección de la salud y, en consecuencia, la política pública en salud pasó de combatir carencias y deficiencias en la calidad de vida, a satisfacer un derecho reconocido a todas las personas¹⁰⁰, el derecho fundamental a la protección de la salud. Del mismo modo, un sinnúmero de ciudadanos ha asumido el derecho a la protección de la salud como un elemento esencial de la democracia y del ejercicio de la ciudadanía¹⁰¹. Por otro lado, la relación entre la Corte Constitucional colombiana y el Gobierno ha dejado de ser tan conflictiva como lo era antes. Las resistencias del Gobierno al cumplimiento se han reducido o al menos se han vuelto más tenues¹⁰².

Por último, en relación con la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5.000 ciudadanos contra la Ley n° 28564¹⁰³, recuérdese que el Tribunal Constitucional de Perú declaró inconstitucionales los artículos de la Ley que prohíben la creación de nuevas filiales de universidades públicas y privadas, y precisó que el derecho

⁹⁸ PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *cit.*, pp. 2624 y 2625.

⁹⁹ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, pp. 13, 48 y ss. Ver también OSUNA, N., “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en BAZÁN, V. y STEINER, C. (eds.), *La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2015, pp. 111 y 112.

¹⁰⁰ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., *ibidem*, pp. 56 y 57.

¹⁰¹ PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *cit.*, p. 2595.

¹⁰² SAFFON, M. y GARCÍA-VILLEGAS, M., “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *cit.*, p. 100.

¹⁰³ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, Sentencia de 15 de junio de 2010.

de crear nuevas filiales solo podrá ser ejercido una vez cumplidos los requisitos que el Estado exija normativamente, los que deberán garantizar un servicio de calidad¹⁰⁴.

En dicha decisión, entre otros aspectos, se ordena al Estado: a) La clausura inmediata y definitiva de toda filial no autorizada regularmente, en su momento, por el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades; b) la creación de una Superintendencia altamente especializada, objetivamente imparcial y supervisada eficientemente por el Estado que evalúe las universidades y sus filiales, adopte las medidas necesarias para elevar su nivel de calidad educativa y garantice que el examen de admisión a las universidades cumpla con adecuados niveles de exigibilidad, sin violar la autonomía universitaria ni los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados¹⁰⁵.

Sobre el particular, cabe resaltar que en 2014 fue promulgada la Ley Universitaria o Ley número 30220, en la cual se crea la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria, como órgano adscrito al Ministerio de Educación, responsable del licenciamiento para el servicio educativo superior universitario y de supervisar la calidad del servicio educativo universitario, incluida la fiscalización de los recursos públicos destinados para fines educativos y para el mejoramiento de la calidad¹⁰⁶. Dicha Ley fue objeto de control por el Tribunal Constitucional de Perú, el cual declaró en 2015 infundadas las demandas interpuestas de inconstitucionalidad contra la norma¹⁰⁷.

De acuerdo con la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria, treinta universidades obtuvieron para el 2018 el licenciamiento institucional obligatorio, posteriormente a demostrar que cumplen con los estándares básicos de calidad para ofrecer el servicio de educación superior¹⁰⁸. La Superintendencia Nacional

¹⁰⁴ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *cit.*, p. 115.

¹⁰⁵ Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, *cit.*

¹⁰⁶ Congreso de la República de Perú, Ley Universitaria, Ley n.º 30220 del 3 de julio de 2014, artículos 12 y 13.

¹⁰⁷ Perú, Tribunal Constitucional (Pleno), *Caso Ley Universitaria*, Sentencia de 10 de noviembre de 2015.

¹⁰⁸ Prensa Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), “30 universidades obtienen licenciamiento institucional de la SUNEDU”, 19 de enero de 2018, Lima. [Consulta:

de Educación Superior Universitaria ha detectado unas seis universidades que ofrecen un total de cuarenta y seis programas de segunda especialidad sin la debida autorización, lo que afecta a más de ochocientos estudiantes de los departamentos de Lima, Ica y Moquegua. Asimismo, para el 2017 ya había detectado más de cien carreras no autorizadas en todo el país y la existencia de tres instituciones privadas que se autodenominan universidades, sin prestar el servicio¹⁰⁹.

Respecto de lo ordenado sobre las filiales, desde que empezó a funcionar la Superintendencia en enero de 2015 hasta julio de 2017, se afirma que fueron detectados setenta y nueve establecimientos correspondientes a filiales de catorce universidades, que no tienen autorización para ofertar y prestar servicios en cuarenta y tres provincias del país, lo que afectaría a más de cincuenta mil estudiantes de pre y postgrado, porque se exige su clausura, y pueden además ser sancionados con multas dichos establecimientos¹¹⁰. Ahora bien, con respecto a los exhortos y recomendaciones del Tribunal Constitucional peruano de adoptar otras medidas para mejorar la calidad de la educación, como no se establecieron mecanismos de seguimiento, es difícil verificar si efectivamente se ha avanzado en la materia.

1.3. El cumplimiento de las decisiones que crean directamente políticas públicas sociales

En cuanto al cumplimiento del Auto 092 de 2008 (*Caso Abel Antonio Jaramillo y otros-auto de revisión*) de la Corte Constitucional colombiana, se constituyó la Mesa Nacional de Seguimiento, integrada por organizaciones de mujeres en situación de

18 de febrero de 2018]. Disponible en: <https://www.sunedu.gob.pe/30-universidades-obtienen-licenciamiento-institucional-sunedu/>.

¹⁰⁹ Prensa Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), “SUNEDU detecta 46 carreras ilegales de segunda especialidad y 3 falsas universidades”, 26 de enero de 2017, Lima. [Consulta: 18 de febrero de 2018]. Disponible en: <https://www.sunedu.gob.pe/sunedu-detecta-46-carreras-ilegales-segunda-especialidad-tres-falsas-universidades/>.

¹¹⁰ La República, “79 filiales de 14 universidades deberán cerrar porque no tendrían autorización”, 26 de julio de 2017. [Consulta: 22 de enero de 2018]. Disponible en: <http://larepublica.pe/sociedad/1066032-79-filiales-de-14-universidades-deberan-cerrar-porque-no-tendrian-autorizacion>.

desplazamiento forzado, organizaciones de mujeres y de derechos, organismos internacionales, academias, etc. La cual desde junio de 2008 ha participado en la elaboración de propuestas y lineamientos de los trece programas ordenados por la Corte Constitucional, el seguimiento de estos y del cumplimiento de las dos presunciones constitucionales identificadas en el Auto 092¹¹¹.

Tal y como fue señalado, hasta la expedición del referido Auto no existían acciones estatales que atendieran las necesidades específicas de las mujeres víctimas del desplazamiento en Colombia¹¹². Después de la emisión del Auto, se tramitaron seis mil ochocientos treinta y dos ayudas humanitarias de emergencia para mujeres en condición de desplazamiento y sus hogares y se inició la atención a las seiscientas mujeres que identifica el Auto 092 de 2008. Sin embargo, critican Sisma Mujer y la Casa de la Mujer la escasez de los recursos destinados a las mujeres y la falta de implementación del enfoque diferencial en la materia¹¹³.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos a finales del 2009, aplaudió los esfuerzos del Estado en el diseño e implementación de los trece programas ordenados por la Corte Constitucional de Colombia, así como la implementación de programas de protección y reparación para víctimas y testigos de la violencia perpetrada por los actores del conflicto en el marco de la Ley de Justicia y Paz¹¹⁴.

Por otro lado, la Comisión señaló que le preocupó la falta de protección efectiva para las defensoras y organizaciones que trabajan por los derechos de las víctimas del desplazamiento, el exceso en los plazos establecidos por los Autos 092 y 237 de 2008 para adoptar la política estatal integral que garantizase los derechos de las mujeres desplazadas, el desconocimiento de los derechos de las mujeres, sobre todo en las zonas rurales del país, los obstáculos para otorgar la atención humanitaria de emergencia, la

¹¹¹ RODRÍGUEZ, C. y RODRÍGUEZ, D., *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, cit., p. 39.

¹¹² CAICEDO ENRÍQUEZ, M., “El principio de asistencia humanitaria y la mujer desplazada en Colombia”, *IUSTA*, n.º 38, 2013, p. 190.

¹¹³ BERMEJO MANTILLA, D., “Análisis del Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional desde la perspectiva de género”, *Forum*, n.º 2, 2011, pp. 170 y 171.

¹¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D. C., 2009.

falta de cobertura nacional de los programas, la revictimización, entre otras¹¹⁵. También manifestó preocupación por el envío de ciento diecisiete casos de violencia sexual a las Fiscalías Seccionales, esto último por la posibilidad de generar riesgos a las mujeres víctimas de los delitos, porque los actores del conflicto armado continúan controlando las zonas donde se cometió el delito y vigilan a las mujeres en dichos territorios¹¹⁶.

En el informe realizado en octubre de 2013, la Mesa de Seguimiento advirtió que la situación de impunidad descrita en el Auto 092 persistía casi en su totalidad. Y a pesar de reconocer algunos avances, identificó como trabas en la garantía de acceso a la justicia: la ausencia de garantías para la denuncia y de respeto por las víctimas, la falta de claridad en la ruta de atención para la denuncia e investigación, la persistencia de una visión restringida de la violencia sexual en el conflicto armado, la existencia de normas que ponen en riesgo la garantía de justicia, la persistencia de patrones discriminatorios y de revictimización, los problemas en los sistemas de capacitación, la ausencia de medidas que garanticen el acompañamiento jurídico y la ausencia de medidas de reparación en el marco de los procesos penales¹¹⁷.

Como obstáculos institucionales, la Mesa en el mismo informe de 2013 criticó la respuesta normativa parcial y no articulada dada en la materia, la ausencia de registro adecuado, los problemas de coordinación, la ausencia de interseccionalidad de enfoques, las barreras en la labor de supervigilancia de la Procuraduría, la ausencia de estrategias en el Consejo Superior de la Judicatura para tomar en consideración los supuestos fácticos y jurídicos establecidos en el Auto 092 y de activar su competencia disciplinaria cuando evidencie acciones de discriminación o lesivas contra los derechos de las mujeres víctimas, así como las dificultades en la interlocución¹¹⁸. Además, se resaltó que las

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional, Anexo reservado, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual. Quinto Informe de Seguimiento al Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional, anexo reservado”, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, D. C., 2013, pp. 7 y 8.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 17 y 30.

normas diseñadas carecen de definición de metas, de cronogramas de implementación, de presupuestos suficientes y de indicadores claros que faciliten el seguimiento¹¹⁹.

La Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, en 2015 dictó el Auto 009 por el cual remitió, en anexo reservado al Ministerio Público para que en el ejercicio de sus funciones adoptase las medidas necesarias para investigar, cuanto antes, nuevos casos de violencia identificados y descritos en el auto¹²⁰. Cabe resaltar que en dicha decisión se hace seguimiento a la orden segunda y tercera del Auto 092 de 2008 y se añaden dos riesgos adicionales a los declarados en el Auto 092 referido, esto es: “La violencia sexual asociada a la explotación ilegal de los recursos mineros y la que se establece contra las mujeres con orientación sexual diversa”¹²¹.

Como parte del seguimiento, la Sala insistió en la persistencia de los obstáculos que impiden a las víctimas declarar o denunciar los actos de violencia sexual; además, en los problemas asociados al subregistro y a la inadecuada tipificación de los actos de violencia sexual y las barreras continuas en la atención a las víctimas de violencia sexual¹²². Dichos obstáculos ocurren por: a) La disfuncionalidad de los sistemas oficiales de atención; b) la falta de capacitación de los funcionarios públicos en enfoque de género; c) la considerable distancia geográfica de los centros de atención de los lugares de residencia de las mujeres víctimas; d) la presencia de actores armados en los lugares en los que se ubican los centros de atención o las entidades públicas, que genera riesgos para la vida e integridad de las mujeres y sus familias; e) el peregrinaje injustificado de una entidad a otra al que deben someterse las mujeres para ser atendidas; f) la carencia de recursos económicos para asumir este peregrinaje o los servicios de salud que deniegan

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹²⁰ Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 009 de 27 de enero de 2015.

¹²¹ *Ibid.* Ver también RIVEROS DUEÑAS, M., MOJICA MARTÍNEZ, C., ARANGO, L., *et. al.*, *Diagnóstico sobre los principales factores asociados a la violencia estructural de género y la discriminación que inciden en la violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado y el desplazamiento forzado en Colombia, en cumplimiento de la orden 17 del auto 009 de 2015 de la Corte Constitucional*, Ministerio del Interior-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2016, p. 11.

¹²² Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 009 de 27 de enero de 2015.

los centros de atención por trabas burocráticas; y g) la falta generalizada de información de las mujeres sobre sus derechos y los mecanismos para hacerlos efectivos¹²³.

En un diagnóstico realizado en enero de 2016 por la Universidad Nacional de Colombia y el Ministerio del Interior, se determinó que el Estado había avanzado en la difusión de los derechos de las mujeres, en el desarrollo de normas de protección de los derechos y de sanción de la violencia contra la mujer, en la provisión de ayudas humanitarias a las víctimas de violencia sexual, entre otras¹²⁴. El diagnóstico también reiteró las debilidades institucionales y estatales para prevenir, juzgar, atender y reparar efectivamente a las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado y el desplazamiento forzado y enumeró los problemas de falta de formación y sensibilización de las y los funcionarios y operadores de justicia; de aplicación e interpretación de las normas existentes en la materia, en especial, las de enfoque diferencial de derechos, etc.¹²⁵.

La Mesa de Seguimiento a los Autos 092 de 2008 y 009 de 2015 de la Corte Constitucional, en su informe de marzo de 2016, concluyó nuevamente que persisten los obstáculos de las mujeres víctimas de violencia sexual asociada al conflicto armado para acceder a la justicia y obtener protección y atención integral en salud. Que dichos obstáculos se originan por la falta de estrategias integrales de investigación y por la falta de una política estatal integral que incorpore todas las dimensiones del deber de actuar con la debida diligencia¹²⁶.

Consideró que, aunque las entidades competentes en la superación de la impunidad han avanzado en el impulso de medidas, estas no han logrado ser

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ RIVEROS DUEÑAS, M., MOJICA MARTÍNEZ, C., ARANGO, L., *et. al.*, *Diagnóstico sobre los principales factores asociados a la violencia estructural de género y la discriminación que inciden en la violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado y el desplazamiento forzado en Colombia, en cumplimiento de la orden 17 del auto 009 de 2015 de la Corte Constitucional, cit.*, pp. 94 y 109.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 338.

¹²⁶ Mesa de Seguimiento a los Autos 092 y 009 de la Corte Constitucional, Anexos reservados, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual. Sexto Informe de Seguimiento al Auto 092 de 2008 y Primer Informe de Seguimiento al Auto 009 de 2015, anexos reservados”, Mesa de Seguimiento a los Autos 092 y 009 de la Corte Constitucional, Anexos reservados, Bogotá, D. C., marzo 2016, p. 83.

suficientemente efectivas para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de violencia sexual. Especialmente por la ausencia de garantías para la denuncia, la ausencia de interseccionalidad de enfoques, la falta de claridad en las rutas, los problemas de aplicación de la presunción constitucional de conexidad, la falta de acompañamiento jurídico y la falta de reparación integral¹²⁷.

Para fundamentar el informe, describió que de los seiscientos treinta y cuatro eventos de violencia sexual incluidos en los Anexos reservados de los Autos 092 y 009, apenas catorce cuentan con sentencias condenatorias por crímenes sexuales, es decir, un 2.2%. Que, adicionalmente, se han emitido siete sentencias condenatorias sin incluir violencia sexual; dos sentencias absolutorias que favorecen a la Fuerza Pública; y cuatro de las que no se tiene información. Esto quiere decir que el nivel de impunidad supera el 97% de todos los casos reportados. De ahí que, con razón, la Mesa lo denuncie como una situación de casi total impunidad¹²⁸.

En relación con los casos del Auto 092 según la Mesa, el 41% de ellos se encuentra archivado por decisión inhibitoria, el 6,7% precluidos, el 23,1% en investigación preliminar, el 11,2% en etapa de instrucción y el 1,7% en etapa de juicio. Respecto del Auto 009, no se tiene información del 71,7% de los casos, el 1.5% se encuentra archivado y solo el 21,3% está en indagación o investigación preliminar¹²⁹.

A pesar de todo, Rodríguez y Rodríguez insisten en que el Auto 092 ha provocado, entre otros, los siguientes efectos positivos: apertura de espacios directos de diálogo con la Corte; desarrollo de políticas públicas con enfoque diferencial y en derechos; fortalecimiento del movimiento feminista; modificación de la percepción de las propias víctimas sobre su situación; visibilidad del problema; desarrollo de programas formativos en género para funcionarios; establecimiento de sistema de seguimiento participativo; reconocimiento a las mujeres desplazadas como sujetos de especial

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 9 y 11.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

protección; y empoderamiento individual de las víctimas y fortalecimiento de sus procesos organizativos¹³⁰.

En cuanto a la sentencia C-355 de 2006 (*Caso Mónica del Pilar Roa López y otros*) de la Corte Constitucional de Colombia, es preciso señalar que para garantizar el acceso efectivo a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE) bajo las tres causales despenalizadas, seis meses después de la sentencia, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 4444 de 2006, por el cual se definieron las condiciones técnicas para que el sistema de Seguridad Social en salud asegurara el acceso de las mujeres a la IVE, incluida una provisión sobre objeción de conciencia¹³¹.

Para desarrollar el contenido del Decreto 4444, el 14 de diciembre de 2006 el Ministerio de la Protección Social dictó por resolución la Norma Técnica para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Dicha norma adopta los lineamientos propuestos por la Organización Mundial de la Salud, y define los estándares de calidad necesarios para garantizar el goce de los derechos protegidos por la Sentencia C-355-06 en el marco de la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva¹³².

Desafortunadamente, el Decreto 4444 de 2006 fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado a través del Auto del 15 de octubre de 2009, lo que generó según el Ministerio de la Protección Social, gran incertidumbre en los prestadores de servicios de salud, con respecto a la obligatoriedad de la IVE establecida en la Sentencia C-355 de 2006¹³³. El 13 de marzo de 2013, mediante una sentencia de la Sección Primera,

¹³⁰ RODRÍGUEZ, C. y RODRÍGUEZ, D., *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, cit., pp. 41 y ss.

¹³¹ DALÉN, A., GUZMÁN, D. y MOLANO, P., “La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia”, *Documentos Dejusticia* 8, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, D. C., 2013, p. 13.

¹³² HOYOS CASTAÑEDA, I., *Informe de vigilancia a la Sentencia C-355 de 2006*, Procuraduría General de la Nación-Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, D. C., 2010, pp. 42 y 44.

¹³³ Ministerio de la Protección Social, *Informe sobre la situación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Colombia*, Ministerio de la Protección Social, Bogotá, D. C., marzo 2010, pp. 70 y 81. Sobre este punto véase HOYOS CASTAÑEDA, I., *ibidem*, pp. 55 y 204.

el Consejo de Estado declaró la nulidad del referido Decreto porque sin ser una ley proveniente del Congreso reguló determinados servicios de salud¹³⁴.

Entre los obstáculos para el cumplimiento de la sentencia, se encuentran: denegación del servicio; exigencia de requisitos y trámites adicionales que ocasionan retardos injustificados; incumplimiento de los estándares de calidad; uso de coacción o manipulación que impiden a la mujer decidir libremente; falta de información con respecto a lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006; carencia de educación e información sobre la salud sexual y reproductiva; no disponibilidad del servicio de IVE en todo el territorio nacional; falta de entrenamiento y dotación de los proveedores de los servicios de salud; falta de guarda del secreto profesional por parte de profesionales de la salud y violación a los derechos a la intimidad y dignidad de las mujeres que se someten a ese procedimiento; y discriminación para acceder al trabajo, educación o Seguridad Social en las mujeres que abortan¹³⁵.

Por estas razones, en varias oportunidades, la Corte Constitucional de Colombia ha ido desarrollando el contenido de la sentencia C-355 de 2006 y aclarado: que la IVE es un derecho fundamental de las mujeres y niñas que se encuentran bajo una de las causales despenalizadas, exigible de manera directa e inmediata; que debe garantizarse la confidencialidad a las mujeres que solicitan la IVE; que los únicos requisitos exigibles de acuerdo con la causal de que se trate, son el certificado de salud o la denuncia penal; y que tanto la petición como la práctica de la IVE deben tramitarse en cinco días¹³⁶.

Además, ha señalado la Corte Constitucional colombiana que la objeción de conciencia no puede implicar la negación del derecho a la IVE; que debe garantizarse el acceso a los servicios en todo el territorio nacional; que se deben remover todos los obstáculos que impiden acceder al servicio y realizar campañas de promoción de estos

¹³⁴ Colombia, Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera), Sentencia de 13 de marzo de 2013. Sobre este punto véase DALÉN, A., GUZMÁN, D. y MOLANO, P., “La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia”, *cit.*, p. 15.

¹³⁵ HOYOS CASTAÑEDA, I., *Informe de vigilancia a la Sentencia C-355 de 2006*, *cit.*, pp. 213 y 214.

¹³⁶ Colombia, Corte Constitucional (Sala Novena de Revisión), Sentencia T-209/08 de 28 de febrero. Ver también Colombia, Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión), Sentencia T-388/09 de 28 de mayo.

derechos¹³⁷; que las EPS e Institutos Prestadores de Salud deben contar con los profesionales e infraestructura necesarios para garantizar este servicio; y que ante el incumplimiento de obligaciones, los profesionales de la salud pueden recibir sanciones disciplinarias, civiles e incluso penales según el caso¹³⁸.

Debido a la dispersión de normas dictadas por la Corte Constitucional de Colombia y al vacío jurídico dejado por la anulación del Decreto 4444, la Superintendencia Nacional de Salud expidió en abril de 2013 la Circular 003, que recoge todas las subreglas desarrolladas por la Corte Constitucional en materia de IVE, y las dirige a los prestadores de servicios de salud, entidades administradoras y entidades territoriales, las cuales tienen el deber de garantizar la protección efectiva del derecho fundamental, pues de lo contrario, la Superintendencia puede sancionar su incumplimiento¹³⁹.

En sí, la importancia de la sentencia reside en que además de modificar el contexto de penalización absoluta del aborto en Colombia, fomentó el empoderamiento de las organizaciones de mujeres, las cuales pretenden usarlo de la manera más emancipadora posible y que con ella se reduzca el número de abortos ilegales e inseguros en el país¹⁴⁰.

Igualmente, se destaca un creciente interés ciudadano por el debido cumplimiento de la Sentencia C-355 de 2006 y entre los avances por parte de las entidades estatales en dicho cumplimiento, vale resaltar que de 2007 a 2010 el Gobierno Nacional ha invertido aproximadamente 36.792.130.245 de pesos en difusión de la sentencia y en campañas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos en Colombia¹⁴¹; diecisiete entidades territoriales han dictado lineamientos para la práctica del servicio de IVE; veinticinco Direcciones Regionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cumplen con la

¹³⁷ Colombia, Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión), *ibid.*

¹³⁸ Colombia, Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión), Sentencia T-841/11 de 3 de noviembre. Ver también DALÉN, A., GUZMÁN, D. y MOLANO, P., “La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia”, *cit.*, pp. 22 y 23.

¹³⁹ DALÉN, A., GUZMÁN, D. y MOLANO, P., *ibidem*, p. 26.

¹⁴⁰ SALGADO ÁLVAREZ, J., “Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto”, *Foro Revista de Derecho*, n.º 9, 2008, pp. 229 y 230.

¹⁴¹ HOYOS CASTAÑEDA, I., *Informe de vigilancia a la Sentencia C-355 de 2006*, *cit.*, pp. 207 y ss.

obligación de ofrecer asesorías a las niñas y adolescentes gestantes que se encuentran en alguna de las causales previstas en la sentencia; el problema de la falta del consentimiento informado con respecto al número de abortos practicados fue superado en 2009; y se han iniciado once investigaciones disciplinarias por parte de EPS públicas¹⁴².

Por todo lo anterior, podría afirmarse que desde la expedición de la sentencia, los retos más importantes para su cumplimiento siguen siendo: la eliminación de las barreras administrativas, médicas y culturales para el acceso de las mujeres a los abortos, la formación adecuada de los profesionales para brindar atención integral en la IVE, la sensibilización de la comunidad sobre los alcances de la sentencia, la divulgación de las normas relativas a la IVE y la veeduría en las entidades de salud responsables de la prestación de servicios de IVE en cuanto a la celeridad, la confidencialidad y la calidad del servicio brindado¹⁴³.

2. ROL DEL JUEZ ANTE LOS MITOS Y LA FALTA DE TÉCNICA ARGUMENTATIVA IDÓNEA PARA EL CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

Uno de los retos primordiales para el control jurisdiccional de las políticas públicas sociales es que el juez constitucional contrarreste los mitos existentes relativos a los efectos adversos del ejercicio de dicho control. A continuación, se describen cuatro de los grandes mitos en la materia y se proponen algunos argumentos para refutarlos. Vale aclarar que algunos de ellos han sido identificados en los capítulos anteriores, pues como se observará provienen en parte de la teoría que sobre los derechos sociales y el Derecho constitucional se tienen, por lo que las respuestas dadas a estos se pueden también complementar.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 216 y ss.

¹⁴³ CARDOZO DE MARTÍNEZ, C., MRAD DE OSORIO, A. y MALDONADO, O. (colab.), *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia c-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, Ministerio de la Protección Social, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D. C., 2007, p. 82.

2.1. Mitos que debe vencer el juez respecto del control jurisdiccional de las políticas públicas sociales

2.1.1. Los jueces no pueden intervenir en las políticas públicas porque no son elegidos por la voluntad popular

Se entiende que cuando las decisiones de los jueces contradicen lo acordado por el poder ejecutivo o legislativo que sí fueron elegidos por la voluntad popular, ejercen un poder contramayoritario. Los poderes ejecutivos y legislativos al ser poderes *mayoritarios*, en cambio, sí están legitimados para diseñar, implementar y controlar las políticas públicas de un Estado¹⁴⁴. Los Tribunales Constitucionales, compuestos por jueces no elegidos, impondrían su filosofía económica, arrebatarían a las mayorías el derecho de estas de tomar las opciones básicas que consideren para el desarrollo socioeconómico de su país¹⁴⁵.

El argumento contramayoritario no es más que una crítica contra la jurisdicción constitucional a partir de determinada idea que se tiene de los conceptos de principio mayoritario, democracia, legitimidad y representatividad¹⁴⁶. Se teme que dado que los jueces no están vinculados por la necesidad de pactar o negociar sus decisiones ni tienen que presentarse a elecciones, bien podrían dejarse llevar en sus actuaciones por motivaciones subjetivas, como el afán de notoriedad pública¹⁴⁷.

Para Rosanvallon hay dos creencias o ficciones muy típicas respecto del concepto democracia. Por un lado, el entender que la opción más votada en unas elecciones implica

¹⁴⁴ SEDLACEK, F., “El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano”, *Civil Procedure Review*, n.º 4, 2013, pp. 48 y ss.

¹⁴⁵ GONZÁLEZ PARRA, D., “El control judicial a la economía: Una cuestión democrática”, *Jurídicas Corporación Universidad de la Costa*, n.º 11(1), 2015, pp. 67 y 68. Ver también KLATT, M., “Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 2, 2015, p. 357.

¹⁴⁶ RIVERA LEÓN, M., “Jurisdicción constitucional: Ecos del argumento contramayoritario”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 22, 2010, p. 229.

¹⁴⁷ ATIENZA, M., “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 267. Ver también MICHELMAN, F., “The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n.º 1, 2003, pp. 13 y ss.

automáticamente que esa opción expresa la voluntad general, cuando de lo que se trata es básicamente de un mecanismo técnico para seleccionar a los gobernantes. La otra ficción se da cuando se cree que el triunfo de la mayoría el día de las elecciones y, por ende, la legitimidad conseguida allí, se mantiene automáticamente para todo el tiempo en que dure el mandato¹⁴⁸.

El principio de mayoría si bien es una condición necesaria, no es suficiente para garantizar la democracia. Solo en una sociedad homogénea el poder contramayoritario carecería de justificación¹⁴⁹. En efecto, los Tribunales Constitucionales son un poder contramayoritario, pero no por ello sus decisiones deben suponerse ilegítimas¹⁵⁰. Recuérdese que tanto el legislador como el ejecutivo también deciden contramayoritariamente cuando, por ejemplo, aprueban leyes que el electorado desapruueba materialmente o ejercen las funciones de veto u observación presidencial, respectivamente¹⁵¹, y no por ello se cuestiona su legitimidad democrática. Al contrario, dichas funciones son vistas como parte consustancial del sistema de frenos y contrapesos necesario en toda democracia. De todas maneras, tal y como advierte Landau, en muchas ocasiones, los tribunales actúan más bien como poderes *promayoritarios*¹⁵². Y, además, la grandeza de la democracia se mide por el nivel de disenso, inclusión y respeto de las minorías discordantes con el sentir mayoritario¹⁵³.

En otro orden, debe destacarse que la forma de designación de los jueces constitucionales no es antidemocrática. En muchos países son elegidos por el consenso de los tres poderes del Estado, o sea, por un método democrático indirecto. Y aunque se

¹⁴⁸ ROSANVALLON, P., *La contre-démocratie: La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, París, 2006; ROSANVALLON, P., *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, trad. de H. Cardoso, Manantial, Buenos Aires, 2009. Sobre este punto véase SUBIRATS, J., “¿Qué democracia tenemos? ¿qué democracia queremos?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 46, 2012, p. 157.

¹⁴⁹ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete”, *Instituto Católico de Administración y Dirección de Empresas, Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 82, 2011, pp. 64 y 65.

¹⁵⁰ SEDLACEK, F., “El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano”, *cit.*, p. 42.

¹⁵¹ RIVERA LEÓN, M., “Jurisdicción constitucional: Ecos del argumento contramayoritario”, *cit.*, p. 232.

¹⁵² LANDAU, D., “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, vol. 53, n.º 1, 2012, p. 191.

¹⁵³ SUBIRATS, J., “¿Qué democracia tenemos? ¿qué democracia queremos?”, *cit.*, p. 157.

crítica que dicho mecanismo fomenta que presenten tendencias políticas, desde otro punto de vista, esto favorece la intermediación entre el Estado y la sociedad. Lo anterior, sumado al carácter temporal del cargo que posee la mayoría, incentiva que no estén tan ajenos a los conflictos que se suscitan en la sociedad y adquieran un alto potencial conciliador y pacificador¹⁵⁴. Ahora bien, indudablemente debe reforzarse el mecanismo de designación de los jueces constitucionales para que a la hora de seleccionarlos no primen los criterios políticos sobre las competencias profesionales. Esto constituye un desafío que no es imposible alcanzar y para ello se sugiere la participación de la sociedad civil en dicho procedimiento de designación¹⁵⁵.

El poder contramayoritario constituye, pese a sus desafíos y retos, la mejor estrategia diseñada por el constitucionalismo para evitar y mitigar los riesgos que pueden representar las decisiones de la mayoría sobre la minoría. Además, garantiza que ciertas materias, como los derechos fundamentales, estén más allá del alcance de los políticos y funcionarios¹⁵⁶. Y es que la Constitución implica de por sí un límite a la mayoría y a la democracia¹⁵⁷, de ahí que actualmente, se concibe a las instituciones jurisdiccionales y, especialmente, a los Tribunales Constitucionales como los guardianes por excelencia de los derechos y libertades¹⁵⁸.

La Asamblea representativa es muy pequeña para garantizar la participación de todas las voces. Por otra parte, el acceso al proceso legislativo es costoso y, en consecuencia, los grupos más marginados de la sociedad pueden más fácilmente acceder al proceso judicial para hacerse oír. De modo que los debates públicos pueden enriquecerse con los argumentos dados a través de las sentencias¹⁵⁹. De hecho, hay

¹⁵⁴ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete”, *cit.*, pp. 79 y ss.

¹⁵⁵ RUIZ RUIZ, R., “El desplazamiento de la discrecionalidad del legislador al juzgador: causas y recelos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 27, 2011, p. 205.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 67 y ss.

¹⁵⁷ ESCOBAR ROCA, G., MARTÍNEZ SORIA, J., *et. al.*, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 300.

¹⁵⁸ CHAMPEIL-DESPLATS, V., “Effectivité et droits de l’homme: approche théorique”, en CHAMPEIL-DESPLATS, V. y LOCHAK, D. (dirs.), *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, Presses Universitaires de Paris, Nanterre, 2008, p. 11.

¹⁵⁹ FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2000, pp. 37 y 38.

quienes defienden que el juez es mucho más sensible y disponible que el poder legislativo para captar la esencia de la realidad social. Los tribunales reconocen los nuevos derechos con mayor facilidad que el legislador. El juez, tras un proceso hermenéutico, interpreta, aterriza y dota de sentido los principios y garantías constitucionales que, a veces, al parecer, se difuminan en la amplitud del ordenamiento jurídico¹⁶⁰. La objeción contramayoritaria por dichas razones es *per se* insuficiente para deslegitimar la jurisdicción constitucional¹⁶¹.

La legitimación del juez constitucional para controlar las políticas públicas procede del deber de actuación que emerge de la Constitución misma¹⁶². Pues a este guardián le corresponde proteger los derechos de las minorías cuando interpreta y aplica la Constitución; tutelar los derechos fundamentales, puesto que integran la esencia del régimen democrático y asegurar, además, la fuerza normativa de la Constitución¹⁶³. La argumentación y motivación requerida de sus decisiones le otorgan un plus de legitimidad a los Tribunales Constitucionales y le ofrecen sentido a la democracia¹⁶⁴.

En todo caso, este mito para algunos es superable. En esa línea, Habermas considera solucionado el problema de la legitimación en la medida en que dicho poder promueva la deliberación. Para él, si se promueve la deliberación para tomar las decisiones, a partir de la información completa, los jueces serían capaces de buscar conscientemente el bienestar colectivo y de adoptar la solución más justa¹⁶⁵. Tal y como advierte Subirats, una democracia que solo mantiene abiertas las puertas de los ritos

¹⁶⁰ OCIEL CASTAÑO, L., “El juez constitucional y el llamado nuevo Derecho”, *Criterio Jurídico*, vol. 7, 2007, p. 190.

¹⁶¹ RIVERA LEÓN, M., “Jurisdicción constitucional: Ecos del argumento contramayoritario”, *cit.*, p. 259.

¹⁶² SEDLACEK, F., “El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano”, *cit.*, p. 67.

¹⁶³ RIVERA LEÓN, M., “Jurisdicción constitucional: Ecos del argumento contramayoritario”, *cit.*, p. 260.

¹⁶⁴ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La interpretación constitucional: problemas de método y de intérprete”, *cit.*, pp. 81 y ss. Ver también CABRA APALATEGUI, J. M., “Democracia, argumentación e ideologías jurídicas”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2016, pp. 59 y 60.

¹⁶⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2010, p. 348. Sobre este punto véase GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La democracia en la esfera jurídica*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 32 y ss.

formales e institucionales pierde legitimidad. Urge entender la democracia como una democracia relacional y participativa, que involucre a la ciudadanía en la resolución colectiva de los problemas comunes¹⁶⁶. Además, la satisfacción de los derechos sociales constituye una precondition material de la legitimidad democrática. En consecuencia, así como el reconocimiento constitucional de los derechos sociales es esencial en las sociedades democráticas contemporáneas¹⁶⁷, igualmente lo es la protección jurisdiccional brindada por los jueces a dichos derechos, porque en la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, el poder no se fundamenta solo en los procedimientos, sino en la eficacia de la solución de las necesidades sociales¹⁶⁸.

2.1.2. El control jurisdiccional de las políticas públicas origina un gobierno de los jueces

Dicha tesis *del gobierno de los jueces* nació en Norteamérica cuando Theodore Roosevelt, en 1903, censuró el nuevo rol de legislador irresponsable que los jueces del Tribunal Supremo norteamericano se habían atribuido unilateralmente y condenó cualquier intervención legislativa de los jueces en la vida económica¹⁶⁹. Mas, siguiendo a Troper, los jueces no pueden tomar decisiones políticas, puesto que los jueces no gobiernan; los jueces juzgan, deciden por razones de legalidad y no de oportunidad¹⁷⁰. Con estas atribuciones los jueces usurpan funciones propias de los órganos políticos,

¹⁶⁶ SUBIRATS, J., “¿Qué democracia tenemos? ¿qué democracia queremos?”, *cit.*, pp. 155 y 180.

¹⁶⁷ MORALES, L., “La justificación democrática de los derechos sociales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n.º 5, 2017, pp. 229 y ss. Sobre este punto véase también lo plantado por GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La democracia en la esfera jurídica*, *cit.*, pp. 99 y 100.

¹⁶⁸ BARRERO ORTEGA, A., “A vueltas con la exigibilidad de los derechos sociales”, en BARRERO ORTEGA, A. (coord.), *Derechos sociales: Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, *cit.*, p. 92.

¹⁶⁹ LÓPEZ DAZA, G., “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 24, 2011, p. 181.

¹⁷⁰ TROPER, M., “Existe-t-il un concept de gouvernement de juges?”, en BRONDEL, S., FOULQUIER, N. y HEUSCHLING, L., *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, París, 2001. Sobre este punto véase LÓPEZ DAZA, G., *ibidem*, p. 182.

como la de distribuir bienes escasos, fijar las prioridades del gasto público y decidir sobre los medios para realizar dicha distribución¹⁷¹.

El término *activismo judicial* fue empleado peyorativamente en el pasado para referirse a cualquier tipo de usurpación realizada por el juez de las competencias de los otros poderes del Estado¹⁷². Según Schlesinger, los activistas judiciales parten de la idea de que los tribunales no pueden escapar de la política, por lo tanto, usan su poder político para producir efectos sociales saludables¹⁷³.

La tesis del *judicial restraint* o de la autolimitación judicial, promueve en cambio la deferencia constante hacia el legislador. Sostiene que los jueces carecen de legitimación democrática porque no son elegidos directamente por el pueblo, y en consecuencia, no deben invadir la competencia del legislador, ni declarar inconstitucionales las leyes a menos que estas contradigan de manera innegable la Constitución¹⁷⁴. Por el contrario, la doctrina del activismo judicial persigue la adecuación del Derecho a la conciencia social, el ajustar los valores constitucionales a las necesidades de las personas, lo cual se encuentra en los sentimientos de justicia de los jueces y juezas¹⁷⁵.

Para Madison, la tesis de Montesquieu no propuso un total aislamiento de los poderes, sino la articulación entre ellos y la injerencia de unos sobre los otros. La

¹⁷¹ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 40; QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, p. 128; TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 169.

¹⁷² BELLOSO MARTÍN, N., “El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2015, p. 32.

¹⁷³ SCHLESINGER, A., “The Supreme Court: 1947”, *Fortune*, n.º 1, 1947, p. 202. Sobre este punto véase KMIEC, K., “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, n.º 5, 2004, p. 1447.

¹⁷⁴ GUASTINI, R., *Interpretación, Estado y Constitución*, trad. de S. Ortega Gomeró, Ara, Lima, 2010, p. 214.

¹⁷⁵ GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de M. Carbonell y P. Salazar, Trotta, Madrid, 2010, p. 65.

separación extrema de los poderes, plantea *El Federalista*, tiene efectos devastadores¹⁷⁶. Si se parte de la idea de que la separación de poderes no busca una exacta e insuperable demarcación de las funciones de los poderes públicos, sino un sistema de frenos y contrapesos que promueve que un órgano compruebe el funcionamiento de los otros, entonces no existe contradicción cuando sea el juez el que dicte una orden que influya en las actividades de los demás. Más bien se trata de una colaboración armónica entre los distintos poderes para que se ejerzan las funciones con responsabilidad, apegados a la Constitución y bajo el mismo fin, esto es, la satisfacción de los derechos de las personas¹⁷⁷, tal y como lo establece la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias analizadas.

La judicialización de la política o politización de la justicia es una consecuencia lógica del sistema constitucional de frenos y contrapesos, y de la existencia de un poder jurisdiccional que ha tenido que jugar un papel clave dada la amenaza de los poderes políticos que se han creído legitimados para siempre por el hecho de una votación sucedida periódicamente¹⁷⁸. Los argumentos dados sobre la usurpación de funciones que implica el control jurisdiccional de las políticas públicas y el riesgo que ello trae de caer en el *gobierno de los jueces* no son jurídicos, sino más bien políticos, ideológicos o dogmáticos. No se desprenden de la Constitución que define los poderes representativos mayoritarios ni de quienes han de ejercer los controles contramayoritarios en un plano de igualdad¹⁷⁹.

Los suscriptores de la tesis que entiende que se viola el principio de separación de poderes cuando el juez controla políticas públicas, más bien implícitamente conciben los

¹⁷⁶ HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, trad. de D. Blanch y R. Máiz Suárez, Akal, Madrid, 2015. Sobre este punto véase GONZÁLEZ PARRA, D., “El control judicial a la economía: Una cuestión democrática”, *cit.*, pp. 61 y 62.

¹⁷⁷ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, p. 129.

¹⁷⁸ MARTÍN PALLÍN, J., “Neoconstitucionalismo y uso alternativo del Derecho”, en OLEAS GALLO, Á. (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010, p. 61. Sobre el fenómeno ver también HIRSCHL, R., “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, vol. 75, n.º 2, 2006, pp. 721 y ss.

¹⁷⁹ RISSO FERRAND, M., “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2014, p. 275.

órganos judiciales subordinados a los órganos políticos¹⁸⁰. En principio, el Estado está sometido a los derechos y comprometido con garantizar su goce efectivo; respeta y hace que todos y todas los respeten, incluidos los poderes y órganos estatales; la participación en todo asunto de interés público es un derecho; ni el legislador, ni ningún órgano con potestad normativa pueden vulnerarlos; y la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya dirección la tiene el ejecutivo, garantizan derechos¹⁸¹. Todos los poderes públicos han sido fundados para hacer efectiva la cláusula de los derechos fundamentales¹⁸². Más que una intromisión en las competencias de los demás poderes es un deber impuesto que le corresponde como órgano de la soberanía estatal. Los actos de poder no deben ser inmunes ante el control jurisdiccional porque precisamente, la teoría de la división de los poderes nació para limitar el poder político y garantizar los derechos fundamentales¹⁸³.

De ahí que cuando la protección de los derechos y la búsqueda de la justicia generan políticas públicas ante su inexistencia o cuando las políticas públicas van en contra de estos y, en consecuencia, son rectificadas por la justicia constitucional, ello no es más que la imposición del Estado social y democrático de Derecho¹⁸⁴. Dicho accionar más bien debería llamarse el gobierno de la Constitución y de los derechos, pero no de los jueces, que simplemente cumplen con su misión¹⁸⁵. Como apuntó Zagrebelsky, los jueces no son los señores del Derecho en el sentido en que lo fue el legislador en el siglo pasado. Son más bien los garantes de la imprescindible y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia¹⁸⁶.

¹⁸⁰ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, p. 129.

¹⁸¹ ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Abya-Yala-Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011, pp. 138 y 139.

¹⁸² GONZÁLEZ PARRA, D., “El control judicial a la economía: Una cuestión democrática”, *cit.*, p. 63.

¹⁸³ TAMER, S., *La garantía judicial de los derechos sociales y su legitimidad democrática*, Ratio Legis, Salamanca, 2018, pp. 237 y 239.

¹⁸⁴ LÓPEZ DAZA, G., “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?”, *cit.*, p. 176.

¹⁸⁵ HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, n.º 29, 2013, p. 76.

¹⁸⁶ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 2016, p. 153.

Por medio de las políticas públicas el Estado puede realizar las metas constitucionales y garantizar los derechos fundamentales. Ahora bien, como las políticas públicas involucran gastos económicos y los recursos no son ilimitados, debe entonces priorizarse la inversión del gasto público. Para los objetores del control jurisdiccional de las políticas, la sede judicial no puede definir dichas prioridades¹⁸⁷; no obstante, las normas constitucionales guían los fines y aspectos que se deben priorizar, de ahí que la elección sobre el gasto y las políticas públicas no se encuentre reservado exclusivamente a la deliberación política. Dependiendo de las elecciones del poder público, cada año dichos fines serán atendidos eficientemente y podrán progresar o no¹⁸⁸.

Como bien es conocido, si el denominado Estado de Derecho implica que el ejercicio del poder político esté sometido a reglas jurídicas, en el Estado constitucional de Derecho esto es aun más riguroso. En ese orden, si la Constitución fija normas que establecen los objetivos públicos prioritarios y dichas disposiciones son normas jurídicas de superioridad jerárquica y, dicho sea de paso, de carácter rígido para su reforma, es un contrasentido pretender que la definición de las políticas públicas y el destino de los recursos públicos estén excluidos del control jurisdiccional. Es más, el mandato constitucional no se satisface con que las políticas públicas se asocien con simple retórica a este, sino que deben ser eficientes, so pena de violar la Constitución y desperdiciar los recursos generalmente escasos¹⁸⁹.

El gobierno de los jueces, judicialismo, judicialización de la política, judiciocracia o activismo judicial, son mitos planteados por el dogma positivista de legalidad o paleopositivismo¹⁹⁰. El neoconstitucionalismo ha enfatizado en la potencialidad de los jueces para alcanzar grandes cambios, por eso los jueces son llamados cada vez más a

¹⁸⁷ PEÑA FREIRE, A., “La teoría fuerte de los derechos sociales: Reconstrucción y crítica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. ° 34, 2016, p. 260.

¹⁸⁸ DE BARCELLOS, A., “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, *Revista Diálogo Jurídico*, n. ° 15, 2007, pp. 11 y 12.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 12 y ss.

¹⁹⁰ SEDLACEK, F., “El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano”, *cit.*, p. 68.

resolver problemas políticos que no serían propios de su competencia¹⁹¹. El activismo judicial es un primer paso para propiciar cambios en el sistema jurídico, ahora bien, cuando estos son alcanzados se reduce la necesidad de que los jueces sean activistas¹⁹².

Si la rama gubernamental actúa conforme a la Constitución, los tribunales deben rechazar toda demanda en contra, pero cuando no lo hacen deben generar el remedio adecuado¹⁹³. El activismo judicial bien entendido implica, simplemente, que el juez tome en serio todas las normas constitucionales y las lleve hasta el nivel máximo que permite su significado semántico, con el fin de proteger con la mayor extensión normativa y fáctica los derechos fundamentales¹⁹⁴.

2.1.3. Los tribunales carecen de capacidad técnica para elaborar políticas públicas y pueden provocar más desigualdad que igualdad

Se plantea que la falta de experticia por parte de los jueces en estos temas trae como consecuencias riesgos de que se equivoquen¹⁹⁵. Por otro lado, se advierte que los jueces carecen de la visión de conjunto de la problemática económico-financiera del Estado, por esto no son idóneos para desarticular lo establecido en el presupuesto¹⁹⁶. Para determinar si la política viola o no un derecho, ¿acaso los legisladores y legisladoras o los y las integrantes del poder ejecutivo poseen competencias mucho más desarrolladas que los jueces? Según Dworkin, en términos institucionales estos no están en mejor posición

¹⁹¹ POZZOLO, S., “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, trad. de M. Fernández Pérez, en POZZOLO, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, trad. de M. Fernández Pérez y S. Pozzolo, Palestra, Lima, 2011, p. 21.

¹⁹² SAFFON, M. y GARCÍA-VILLEGAS, M., “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *cit.*, p. 100.

¹⁹³ BENDOR, A., “The Relevance of the Judicial Activism vs. Judicial Restraint Discourse”, *Tulsa Law Review*, n.º 2, 2011, p. 337.

¹⁹⁴ CARBONELL, M., “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Precedente*, 2010, p. 215; MICHELMAN, F., “The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification”, *cit.*, pp. 13 y ss.

¹⁹⁵ CROSS, F., “The Error of Positive Rights”, *University of California Law Review*, vol. 48, n.º 4, 2001, pp. 887 y ss.; GONZÁLEZ PARRA, D., “El control judicial a la economía: Una cuestión democrática”, *cit.*, p. 66.

¹⁹⁶ SAGÜEZ, N., “Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y JORGE PRATS, E. (coords.), *VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, 2011, pp. 31 y 32.

que los jueces para decidir en materia de derechos¹⁹⁷. Requerir que los jueces sean especialistas respecto de cada uno de los asuntos que se les plantean es desproporcionado y absurdo. La falta de información de los jueces frente a determinados temas es superable con facilidad. La solicitud de opiniones autorizadas y de peritos es una herramienta muy útil para ello¹⁹⁸.

Por otro lado, así como existen contextos, diseños institucionales y decisiones que producen que la protección jurisdiccional tenga efectos inequitativos y regresivos, igualmente hay contextos, diseños institucionales y decisiones que conducen a que la protección judicial desarrolle un gran potencial redistributivo y democrático¹⁹⁹. Tampoco hay ninguna prueba de que la supresión absoluta de toda forma de control jurisdiccional de las políticas públicas sociales implique una mayor igualdad en el goce de los derechos fundamentales, puesto que ni los mercados ni los sistemas políticos latinoamericanos responden siempre adecuadamente a las demandas de los más pobres y excluidos²⁰⁰.

De otro lado, no hemos de olvidar que para Eto Cruz, por ejemplo, la protección individual también puede ocasionar situaciones injustas en la prestación de los servicios, porque puede provocar la preferencia del servicio para quienes obtienen una sentencia favorable sobre otros que probablemente necesiten una atención más prioritaria²⁰¹. Lo importante es comprender cuáles son los factores que ocasionan que el control jurisdiccional de las políticas públicas sociales sea en cierto caso regresivo y en otros casos redistributivo, a fin de reducir esos riesgos. Puesto que se ha demostrado que más fácil la solución judicial individualizada, sobre todo cuando se vuelve masiva, rutinizada

¹⁹⁷ DWORKIN, R., *Una cuestión de principios*, trad. de V. Boschioli, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2017, pp. 43 y ss.

¹⁹⁸ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, pp. 131 y 132.

¹⁹⁹ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 60.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 61.

²⁰¹ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *cit.*, p. 118.

e incapaz de transformar el modelo burocrático, promueve mayor desigualdad que las decisiones estructurales²⁰².

El juez no acertará siempre ni mejor que el legislador en materia de políticas públicas, pero puede contribuir al diálogo colectivo, recordar al pueblo y a sus representantes el peso que tienen los derechos fundamentales y enriquecer la deliberación con motivos y puntos de vista que no hayan sido tomados en cuenta²⁰³. Los Tribunales Constitucionales pueden proferir órdenes que inciden en el presupuesto público, según las atribuciones constitucionales y legales que les otorgan competencia para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales y, también, por las consecuencias generadas por la figura del Estado social y democrático de Derecho y sus funciones de guardianes de la integridad y supremacía de la Constitución²⁰⁴.

Las políticas públicas deben estar atadas a los derechos, en tanto que estos consisten en normas jurídicas obligatorias. Los jueces constitucionales deben garantizar que aquellas efectivamente se sujeten a lo que disponen la Constitución y los derechos fundamentales²⁰⁵. Ahora bien, los jueces pueden equivocarse igual que cualquier persona o institución, lo que incluye al legislativo como al ejecutivo. Por eso, no se justifica pretender que no se tenga la competencia para pronunciarse sobre aspectos de políticas públicas sobre la base de la probabilidad de equivocación. El escrutinio público y confrontación de la comunidad académica pueden ayudar luego en la superación de los desaciertos²⁰⁶. Y es que no se puede olvidar que tanto el Derecho como las políticas

²⁰² UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 61. Ver también BRINKS, D. y FORBATH, W., “Commentary: Social and Economic Rights in Latin America: Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions”, *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 2011, pp. 1952 y ss.; LANDAU, D., “The Reality of Social Rights Enforcement”, *cit.*, pp. 190 y ss. Sobre este punto advierte Escobar Roca que de qué sirve la solución de casos aislados cuando se infiere que el problema persiste y continuará en el futuro (ESCOBAR ROCA, G., *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p.154).

²⁰³ FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, *cit.*, p. 40.

²⁰⁴ MENDIVELSO PINZÓN, N., “Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: Análisis en perspectiva constitucional”, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D. C., 2013, p. V.

²⁰⁵ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, p. 135.

²⁰⁶ CARBONELL, M., “Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI”, en OLEAS GALLO, Á. (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, *cit.*, pp. 54 y 55.

públicas son incapaces de brindar seguridad suficiente en un contexto como el actual de tantas inseguridades y cambios²⁰⁷.

En todo caso, ante una decisión cuestionable la ciudadanía puede ser el mejor control del Tribunal Constitucional, pues tiene el poder de hacerle recapacitar. La crítica resultará entonces esencial porque no solo sugiere otras alternativas de interpretación, sino que impulsaría su desarrollo²⁰⁸. Los tribunales, además, han demostrado innumerables veces que no se encasillan en su propia jurisprudencia, pues la modifican cuando estiman conveniente decidir de otra manera²⁰⁹. Por otro lado, en el caso de América Latina, tanto el propio gobierno (a través de una solicitud de opinión consultiva) como el pueblo, pueden llevar el caso a una instancia superior, esto es, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que tenga la última palabra sobre la política pública que fue controlada o al sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas.

Las políticas públicas y los derechos fundamentales son temas muy relacionados, pues los derechos fundamentales establecen los límites y las obligaciones de las políticas públicas. De ahí que la violación de las obligaciones que se desprenden de los derechos fundamentales ha de ser declarada por los jueces y la intervención de los Tribunales Constitucionales en el control de las políticas públicas sea una tendencia que cada día crece más a nivel mundial²¹⁰.

La realización de los derechos sociales es esencial para la democracia, por eso se acepta algún control jurisdiccional sobre las decisiones económicas. Se trata entonces de defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, lo cual es necesario para la consolidación de la democracia ante países con desigualdades profundas y niveles

²⁰⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, J., “Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 21, 2010, p. 178.

²⁰⁸ CARRILLO DE LA ROSA, Y., “Derecho y argumentación. El puesto de la razón en la fundamentación de las decisiones judiciales”, en FABRA ZAMORA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, p. 359.

²⁰⁹ LÓPEZ DAZA, G., “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?”, *cit.*, p. 184.

²¹⁰ MENDIVELSO PINZÓN, N., “Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: Análisis en perspectiva constitucional”, *cit.*, p. 29.

intolerables de pobreza²¹¹. La experiencia demuestra que el desarrollo de sentencias estructurales para proteger derechos fundamentales ha generado un alto grado de aceptación entre la sociedad²¹², a un nivel tal que las reformas intentadas para reducir los poderes de algunos de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos no han prosperado²¹³.

2.1.4. Las políticas públicas sociales no comprenden obligaciones jurídicas

La noción de políticas con enfoque de derechos aparece no hace más de aproximadamente quince años²¹⁴. Desde los años setenta hasta los noventa, dadas las fuertes críticas al Estado interventor y las reformas encaminadas a la liberalización del mercado, se dejaron de lado las políticas sociales de carácter universal que una vez fueron implementadas y se sustituyeron por políticas focalizadas en la pobreza extrema, bajo un enfoque residual y asistencial y dirigidas a un grupo determinado²¹⁵.

El fracaso de su implementación, la vulnerabilidad de las economías tras la globalización y la desigualdad distributiva que amenazaban la cohesión social y la estabilidad política, condujo a repensar las políticas públicas, especialmente las sociales, a partir del principio de universalidad y a asimilarlas como obligaciones del Estado para garantizar los derechos sociales²¹⁶, no como simples redes asistenciales y de servicios que corrigen trabas del mercado. A partir de esta visión, los derechos fundamentales no implican solo frenos contra la arbitrariedad, también constituyen guías que orientan las políticas públicas y que aportan a la consolidación de las instituciones democráticas. El

²¹¹ GONZÁLEZ PARRA, D., “El control judicial a la economía: Una cuestión democrática”, *cit.*, p. 70.

²¹² LÓPEZ DAZA, G., “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?”, *cit.*, pp. 171 y 172.

²¹³ HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *cit.*, p. 76.

²¹⁴ CUNILL GRAU, N., “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Reforma y Democracia*, n.º 46, 2010, p. 1.

²¹⁵ ORTIZ, I., “Política social, guías de orientación de políticas públicas”, Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (ONU DAES/ UN DESA), Nueva York, 2007, pp. 6 y 7.

²¹⁶ CUNILL GRAU, N., “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *cit.*, p. 1.

enfoque de derechos en las políticas de desarrollo parte del Derecho internacional de los derechos humanos como eje conceptual que ofrece un sistema coherente e integrado para el desarrollo²¹⁷.

El Derecho internacional sobre los derechos humanos no formula las políticas, sino que se vuelve un marco conceptual para orientar el proceso de formulación, implementación y evaluación de las políticas, y guía la cooperación y la asistencia internacionales en cuanto a las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, el alcance de la participación social y los mecanismos de control y responsabilidad que se necesitan a nivel local e internacional²¹⁸.

Las políticas públicas sociales que tienen un enfoque de derechos evocan la idea de acciones que se proponen la erradicación de la alta exclusión y desigualdad estructural de amplios sectores de la población, garantizan el acceso universal integral y el ejercicio evolutivo de sus derechos²¹⁹. Naciones Unidas lucha desde 1997 por integrar los derechos en su labor, fundamentalmente en las estrategias de reducción de pobreza y para el empoderamiento social. Desde esta perspectiva, la reducción de la pobreza constituye una obligación jurídica y no moral, igual que la protección social. También la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante CEPAL) defiende hoy día el legítimo derecho de los ciudadanos a reclamar la asignación de recursos y disponibilidad de los servicios²²⁰.

En otras palabras, el enfoque de derechos en las políticas dota a las estrategias de desarrollo de un marco conceptual que delimita obligaciones puntuales de los Estados frente a los derechos fundamentales para el desarrollo, tanto los económicos, sociales y

²¹⁷ ABRAMOVICH, V., “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, n.º 2, 2006, pp. 15 y 20.

²¹⁸ ABRAMOVICH, V., “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, n.º 88, 2006, p. 35.

²¹⁹ GIMÉNEZ MERCADO, C. y VALENTE ADARME, X., “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: Ideas para un debate en ciernes”, *Cuadernos del Centro de Estudios del Desarrollo*, n.º 74, 2010, p. 61.

²²⁰ MACHINEA, J. (coord.), *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2006, pp. 18 y 31. Sobre este punto véase CUNILL GRAU, N., “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *cit.*, pp. 1 y 2.

culturales, como civiles y políticos, no para asistir las necesidades de las personas, sino para reconocerlas como sujetos con derecho a exigir determinadas acciones²²¹. Los derechos fundamentales se convierten en el referente y fin último para las políticas públicas, y estas en el instrumento o mecanismo idóneo para su materialización²²².

En vista de que los derechos fundamentales determinan límites y obligaciones para las políticas públicas, estas a su vez traducen las normas abstractas sobre derechos fundamentales en prestaciones concretas. Cuando los derechos fundamentales no son tomados en cuenta en las etapas de las políticas públicas se presume que se debe a la desatención, incompetencia o intransigencia de los encargados de estas. La violación de dichas obligaciones de derechos fundamentales debe ser declarada por los órganos jurisdiccionales de control constitucional cuando los afectados acudan ante estos en demanda de respuesta para sus necesidades insatisfechas²²³.

Los anteriores argumentos interesan para advertir sobre algunas limitaciones y riesgos a los que puede conducir el uso inadecuado del control jurisdiccional de las políticas públicas. Dichas prevenciones no deben ser tomadas en cuenta como para privar a los jueces del cumplimiento de su deber respecto a los derechos ni de la posibilidad de hacerlo, pues ello conllevaría a caer en mitos indeseables. Lo importante es que sirvan para mejorar los obstáculos y que el control sea eficaz²²⁴.

2.2. Herramientas argumentativas que debe seguir el juez para un adecuado control de viabilidad de las políticas públicas sociales

Tal y como se ha demostrado en los capítulos anteriores, la discusión no debe girar más alrededor de si los derechos sociales son o no justiciables, sino respecto a cuál es el papel que los tribunales han de realizar ante violaciones graves y complejas de estos

²²¹ ABRAMOVICH, V., “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, *cit.*, p. 20.

²²² JIMÉNEZ BENÍTEZ, W., “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, n.º 7/12, 2007, p. 31.

²²³ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, pp. 120 y 121.

²²⁴ *Ibidem*, p. 129.

derechos; el alcance de su intervención; qué tipo de remedios deben ordenar y sobre todo, cuáles son los aspectos institucionales que deben corregirse para que la intervención jurisdiccional se traduzca en cambios concretos. El mayor reto o desafío de los Tribunales Constitucionales es contar con el método o la herramienta que les permita ejercer el más idóneo control de las políticas públicas sociales.

La reflexión de todo lo analizado en esta investigación conduce a sugerir los siguientes cuatro pasos para ayudar al juez constitucional a la hora de verificar la compatibilidad o viabilidad de las políticas públicas sociales con los derechos fundamentales, y a asegurar la eficacia de lo decidido: a) Diagnosticar el problema de la política pública social a partir de la observación y discusión democrática del tema; b) determinar las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad vulneradas; c) establecer el tipo de intervención u órdenes a impartir que se requieren ante la situación diagnosticada y las normas vulneradas; y d) seleccionar mecanismos diversos y participativos adecuados para garantizar el cumplimiento de la decisión.

2.2.1. Diagnosticar el problema de la política pública social a partir de la observación y discusión democrática del tema

La interpretación constitucional, siguiendo a Häberle, se puede *democratizar* y todo el que vive la norma, la ha de interpretar. Bajo esa premisa, en el control jurisdiccional de las políticas públicas sociales deben estar incluidos potencialmente, todos los órganos del Estado, todos los ciudadanos y todos los grupos²²⁵. Es decir, no solo las partes son importantes, sino todos los interesados, los expertos, entre otros, que pueden aportar opiniones y aspectos relevantes para la discusión, posterior deliberación del caso y solución adecuada.

Los jueces constitucionales, una vez apoderados, ya sea mediante alguno de los procesos constitucionales descritos en el capítulo II del presente estudio, deben escuchar a

²²⁵ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2016, pp. 143 y ss.

las partes en conflicto y promover la interacción con las otras esferas de la sociedad, es decir, con las asociaciones civiles, los partidos políticos, los organismos de control, los movimientos sociales y todos los que ayuden a generar una sociedad cohesionada e inclusiva, en la que todos y todas participan de la construcción de la Constitución, de sus valores y principios, para que la comunidad estatal se apropie y reapropie de la Constitución y su contenido²²⁶.

En la fase de instrucción de la causa se debe impulsar el activismo procedimental²²⁷; solicitar pruebas tanto a las autoridades públicas como a las víctimas y a otras entidades sobre la situación; incentivar la participación de otras potenciales víctimas, para lo cual pudieran acumularse los casos análogos, así como la participación de los interesados y de los expertos, estos últimos bien podrían hacerlo a través de la figura del *amicus curiae*; abrir audiencias y hacer preguntas claves para el diagnóstico adecuado del problema; y cuestionar de manera directa a los poderes públicos sobre el incumplimiento de las obligaciones, las razones de ello y sobre sus propuestas para remediarlo. Con figuras como el *amicus* se promueve el acceso a la sede judicial de particulares y actores que pueden aportar en la tutela de los intereses generales de la sociedad contemporánea²²⁸.

En ese primer momento es importante promover las soluciones amistosas o conciliatorias entre las partes si ello fuera posible y demás herramientas del uso alternativo del Derecho²²⁹. Debe producirse un diálogo democrático para ello, el cual siguiendo a Gargarella, debe caracterizarse o conducir a una conversación abierta sobre los asuntos públicos fundamentales, accesible a todo público e inclusiva, es decir que *todos los posibles afectados* tomen parte en ella. Ha de ser genuinamente deliberativo e igualitario, en el que los participantes intercambien y discuten sus puntos de vista, sean

²²⁶ AGUILAR CAVALLO, G., GAJARDO, B. y PÍA LEÓN, A., “Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2015, p. 389.

²²⁷ SEDLACEK, F., “El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano”, *cit.*, p. 60.

²²⁸ PASCUAL VIVES, F., “El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 21, 2011, p. 37.

²²⁹ SEDLACEK, F., “El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano”, *cit.*, p. 60.

sensibles a las ideas de otros y todos los participantes sean igualmente capaces de presentar y defender sus puntos de vista, gozando de la misma autoridad moral, política y jurídica para presentarlos. Culmina cuando se llega a un acuerdo entre todos los participantes²³⁰.

Con la debida publicidad y transparencia del procedimiento, se puede incidir y comprometer a las partes en la búsqueda de las soluciones, en cuyo caso el papel del Tribunal Constitucional será para velar porque en el acuerdo se respeten los derechos de las personas involucradas de manera íntegra. Ante el grave y persistente descuido o la renuencia de los poderes estatales a cumplir con la materialización de los derechos fundamentales, el juez constitucional está llamado a intervenir, pues en él recae la obligación de salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución²³¹ y en consecuencia, de intentar resolver el problema identificado²³².

Tres condiciones básicas que se deben verificar de cualquier política pública con enfoque de derechos, son: a) Que la política pública indudablemente exista; b) que su meta sea garantizar el goce efectivo del derecho; y c) que en los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública se permita la participación democrática²³³. Se insiste en ese orden de cosas en que las políticas deben estar dirigidas a la atención, promoción y protección de los derechos fundamentales y estar fundamentadas en el reconocimiento jurídico progresivo de los derechos²³⁴.

En caso de que ya exista la política y no solo se trate de una meta constitucional a la que se aspira y sin marco institucional jurídico definido, el intérprete constitucional deberá avalar si la política pública es mínimamente eficiente. Para eso es indispensable la

²³⁰ GARGARELLA, R., “¿Por qué nos importa el diálogo? ‘la cláusula del no-obstante’, ‘compromiso significativo’ y audiencias públicas. Un análisis empático pero crítico”, trad. de I. Martínez Torres, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n.º 5, 2017, pp. 164 y 165. Sobre el procedimiento deliberativo véase también GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La democracia en la esfera jurídica*, *cit.*, pp. 31 y ss.

²³¹ HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *cit.*, pp. 74 y 80.

²³² OSUNA, N., “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, *cit.*, p. 93.

²³³ MENDIVELSO PINZÓN, N., “Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: Análisis en perspectiva constitucional”, *cit.*, p. 51.

²³⁴ GIMÉNEZ MERCADO, C. y VALENTE ADARME, X., “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: Ideas para un debate en ciernes”, *cit.*, pp. 75 y 76.

interacción del Derecho con otras ramas del conocimiento. El juez debe recabar ahí toda la información posible y objetiva, técnica y científicamente, pues deberá verificar luego si el medio escogido por el poder público es ineficiente o incapaz de producir el resultado esperado, ante lo cual deberá declararlo inconstitucional por no constituir un medio legítimamente destinado a realizar el fin constitucional propuesto²³⁵.

Si el medio escogido es idóneo, pero el resultado esperado no se está alcanzando, se necesitará detectar entonces el obstáculo o la obligación constitucional incumplida y para ello es también vital obtener información acerca de los recursos públicos disponibles, la previsión y ejecución presupuestaria dispuesta por el Estado para alcanzar la meta esperada²³⁶, entre otros aspectos. Por eso es importante que el juez conozca el medio económico, político y social en el cual se desenvuelve²³⁷, para lo cual es de vital importancia tener toda la información pertinente.

Si a partir del diagnóstico se identifica que la violación o violaciones alegadas de derechos: a) Afectan a un número significativo de personas; b) vienen manteniéndose por amplio lapso de tiempo; c) varias entidades estatales son responsables de las trabas sistemáticas de la política pública; y d) la solución presupone el dictado de órdenes de ejecución compleja, en la que varias entidades públicas deberán emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada e invertir una importante cantidad de recursos económicos, entonces se trata de un *caso estructural*²³⁸.

En el pensamiento jurídico actual la justicia es una exigencia de orden práctico²³⁹. El juez debe ser lo suficientemente independiente y sensible para asumir la tarea de

²³⁵ DE BARCELLOS, A., “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, *cit.*, pp. 27 y 28.

²³⁶ *Ibidem*, p. 31.

²³⁷ OCANDO OCANDO, H., ÁVILA HERNÁNDEZ, F. y MARTÍNEZ DE CORREA, L., “Principios axiológicos del juez en el Estado social de Derecho y de justicia”, *Frónesis*, n.º 3, 2011, p. 358.

²³⁸ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 47. En sentido similar: HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *cit.*, p. 86. Estos criterios se obtienen a partir del concepto de estado de cosas inconstitucional declarados en las sentencias SU-559 de 1997, T-069 de 1998, T-153 de 1998, SU-090 de 2000, T-215 de 2002 y T-025 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

²³⁹ OCANDO OCANDO, H., ÁVILA HERNÁNDEZ, F. y MARTÍNEZ DE CORREA, L., “Principios axiológicos del juez en el Estado social de Derecho y de justicia”, *cit.*, p. 356.

transformar, desde su ámbito de competencia, la realidad²⁴⁰. En otras palabras, una vez diagnosticada la situación problemática, la jurisdicción constitucional tiene como rol operar como agente convalidante del cambio social²⁴¹. Con el diagnóstico adecuado y eficazmente participativo, la decisión por tomarse tiene mayor posibilidad de ser redistributiva y de evitar los riesgos de provocar esa desigualdad y retroceso en materia de derechos sociales²⁴².

2.2.2. Determinar las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad vulneradas

Para contrarrestar los señalamientos de algunos críticos del Derecho para quienes una “decisión judicial es más justa si representa la aplicación de estándares establecidos más bien que la imposición de otros nuevos”²⁴³, el siguiente paso consiste en describir el fenómeno diagnosticado y pasar a determinar las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad que se ven vulneradas por dicho problema. Es importante reflexionar aquí sobre cuáles son los parámetros constitucionales y del bloque de constitucionalidad que resultan vitales para el control de viabilidad de las políticas públicas sociales. Al partir entonces de las disposiciones que tratan de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, se desprenderá lo que el poder público está efectiva y específicamente obligado a hacer con carácter prioritario²⁴⁴.

Tal y como advirtieron Carbonell y Prieto Sanchís ante el fenómeno del neoconstitucionalismo, la práctica jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales ha ido transformándose y el razonamiento judicial se vuelve cada vez más complejo²⁴⁵, pues

²⁴⁰ ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, cit., pp. 262 y 263.

²⁴¹ SAGÜEZ, N., “Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales”, cit., p. 17.

²⁴² UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, cit., p. 61.

²⁴³ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 2012, p. 48.

²⁴⁴ DE BARCELLOS, A., “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, cit., p. 31.

²⁴⁵ CARBONELL, M., “Neoconstitucionalismo”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá-Agencia Española de Cooperación Internacional para el

no existe problema jurídico que no cuente con alguna orientación que se desprenda del texto constitucional²⁴⁶. Los principios constitucionales aportan herramientas para respaldar e interpretar los derechos sociales, los valores superiores y el principio de dignidad humana les otorgan fundamento y la importancia que éticamente merecen²⁴⁷. Es importante argumentar adecuada y jurídicamente, utilizando los principios constitucionales a favor de la mejor efectividad de los derechos sociales²⁴⁸.

Las primeras preguntas específicas por responder en el análisis son: a) ¿Quiénes son los sujetos perjudicados por el problema?; b) ¿cómo afecta a la dignidad humana de estas personas dicho problema?; y c) ¿qué implica esta situación para el Estado social y democrático de Derecho? Pues bien, siguiendo a Cea Egaña, el juez debe tener conciencia de que el Estado se fundamenta en la protección y garantía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales y que todas las instituciones y órganos tienen como misión servir a esto²⁴⁹.

El Estado social y democrático de Derecho es un conjunto de normas que establecen un marco idóneo para las relaciones entre las personas e instituciones, siempre que priorice el interés social, los derechos fundamentales, la solidaridad, la responsabilidad social, la justicia y la equidad. Este modelo persigue como meta la satisfacción de las necesidades básicas de la población, por eso fomenta y protege los derechos sociales y económicos como parte de todos los derechos fundamentales²⁵⁰. El Estado social y democrático de Derecho tiene como valor fundamental la justicia distributiva, se trata del presupuesto ético de la democracia que garantiza la convivencia pacífica y armónica. De ahí la obligación de los jueces de reconocer los derechos

Desarrollo, Madrid, 2011, p. 2. [Consulta: 3 de marzo de 2016]. Disponible en: http://diccionario.prapdi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101.

²⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, L., “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, *Revista Enciclopédica Tributaria Opciones Legales-Fiscales*, n.º 16, 2010, p. 4.

²⁴⁷ ESCOBAR ROCA, G., MARTÍNEZ SORIA, J., *et. al.*, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, *cit.*, p. 305.

²⁴⁸ ESCOBAR ROCA, G., “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *Revista de Derecho Político*, n.º 71-72, 2008, p. 117.

²⁴⁹ CEA EGAÑA, J., *Escritos de justicia constitucional*, Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional n.º 35, 2007, p. 184.

²⁵⁰ OCANDO OCANDO, H., ÁVILA HERNÁNDEZ, F. y MARTÍNEZ DE CORREA, L., “Principios axiológicos del juez en el Estado social de Derecho y de justicia”, *cit.*, p. 361.

inherentes a la dignidad de las personas, necesarios para su pleno desarrollo moral y material²⁵¹. Urge insistir en que el principio del Estado social es igual de importante que el de la democracia o el del Estado de Derecho, y que promover jerarquías entre los tres principios más bien revela una ideología contraria a la Constitución. El Estado de Derecho y la democracia condicionan al Estado social pero también viceversa²⁵² y constituye una garantía institucional del no retroceso en materia de satisfacción de los derechos sociales²⁵³.

Por otro lado y en ese mismo orden, las políticas no pueden contradecir los principios fundamentales de los derechos, como d) la universalidad, e) la igualdad y no discriminación, f) la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales, entre otros²⁵⁴. Las políticas promoverán la cobertura universal, para todos sin ningún tipo de discriminación o exclusión²⁵⁵. Por eso, la primera obligación de *efecto inmediato* y de las más importantes, derivada de los DESC reside en garantizar que dichos derechos se ejercerán en condiciones de igualdad y sin discriminación. Para esto, los Estados deben reconocer y garantizar los mismos derechos para toda la población, emplear criterios de distinción objetivos y razonables e impedir diferencias de trato arbitrarias²⁵⁶.

La discriminación dificulta el goce de los DESC de gran parte de la población mundial. Para eliminarla se debe prestar especial atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios constantes, en lugar de circunscribirse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones análogas²⁵⁷. Por esto, antes de formular cualquier política pública social debe definirse

²⁵¹ *Ibidem*, p. 362.

²⁵² ESCOBAR ROCA, G., “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *cit.*, p. 122; ESCOBAR ROCA, G., MARTÍNEZ SORIA, J., *et. al.*, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, *cit.*, p. 365.

²⁵³ BARRERO ORTEGA, A., “A vueltas con la exigibilidad de los derechos sociales”, *cit.*, p. 92.

²⁵⁴ HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *cit.*, p. 74.

²⁵⁵ JIMÉNEZ BENÍTEZ, W., “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, *cit.*, p. 43.

²⁵⁶ ABRAMOVICH, V. (coord.), *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D. C., 2008, párr. 48.

²⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*

cuáles son los grupos que requieren atención prioritaria o especial para el ejercicio de sus derechos sociales. La política debe considerarlos y adoptar medidas para compensarlos, para fortalecer sus derechos²⁵⁸ y garantizar la universalidad.

A estos fines, los Estados Partes tienen que adoptar medidas especiales de carácter temporal, “para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia con el objetivo de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, inclusión y progreso para estas personas o grupos”²⁵⁹. Lo anterior implica dedicar incluso más recursos a grupos que tradicionalmente han sido desatendidos²⁶⁰. Cuando se reparte por igual no siempre se asegura resultados igualitarios. Hay que establecer prioridades distribuyendo de manera diferenciada a unos y a otros para no producir desigualdad²⁶¹. Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades, implican que las políticas que adopten los Estados no pueden representar una carga desproporcionada para los sectores marginados y más vulnerables de la sociedad²⁶².

De acuerdo con la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, la discriminación se define como: “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones

(artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 1 y 8.

²⁵⁸ ABRAMOVICH, V., “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *cit.*, p. 45.

²⁵⁹ Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*, Asamblea General, La Antigua, 5 de junio de 2013, artículo 5.

²⁶⁰ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, *cit.*, párr. 9 y 39.

²⁶¹ RIBOTTA, S., “Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿Igualdad o prioridad?”, en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 289.

²⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D. C., 2017, p. 64.

de igualdad, de uno o más derechos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes”²⁶³.

“La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”²⁶⁴. Para Courtis, una forma de entender dicha lista de factores es suponer que se trata de rasgos o características que identifican a determinados grupos sociales susceptibles de sufrir prejuicios o estereotipos injustificados, y que tienen el efecto de apartarlos del goce o del ejercicio de derechos²⁶⁵.

La discriminación puede manifestarse por acción y por omisión. Por omisión, sucede cuando existe una obligación positiva incumplida por motivos de una distinción prohibida o que perjudica de manera diferente a un grupo protegido por normas antidiscriminatorias. Si la obligación es de regular, la omisión constituirá un ejemplo de discriminación normativa, mientras que si la obligación es de cumplir con una conducta consagrada normativamente, la omisión es un ejemplo de discriminación en la aplicación²⁶⁶.

La discriminación directa ocurre cuando una persona recibe un trato menos favorable que otro que se encuentra en situación similar por alguno de los factores prohibidos de discriminación. También ocurre por actos u omisiones que causan perjuicio y se fundamenta en alguno de los motivos prohibidos de discriminación²⁶⁷. La discriminación indirecta se da en normas, políticas o prácticas que si bien aparentan ser

²⁶³ Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*, cit.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ COURTIS, C., “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, p. 115.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 110.

²⁶⁷ AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 64.

neutrales, influyen de manera desproporcionada en los derechos afectados por los motivos prohibidos de discriminación²⁶⁸. La discriminación múltiple o agravada es aquella que se basa de forma concomitante, en dos o más de los motivos prohibidos²⁶⁹.

La discriminación estructural, institucional, sistémica o difusa, es un proceso de interiorización de patrones sociales, roles, pautas y prejuicios que se reproduce institucionalmente a través de todas las normas sociales y de manera sistemática. Dicho proceso no obedece a la intención de los sujetos, pero de un modo difuso cruza con todas las dimensiones y variables sociales y promueve la desigualdad. Por ello se manifiesta como un supuesto de discriminación múltiple o interseccional²⁷⁰.

Personas, grupos y colectividades que han sido históricamente discriminados, como mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, migrantes y sus familiares, refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos y miembros de pueblos indígenas, entre otros, han sido y continúan siendo en numerosas ocasiones víctimas de lo que se conoce como discriminación interseccional y discriminación estructural²⁷¹. Los grupos excluidos o en desventaja se identifican por la existencia de una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos sobre dichos grupos que pueden ser reforzados por la norma, lo cual restringe la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo²⁷².

Las deficiencias en el desarrollo humano básico de algunos grupos con frecuencia subsisten debido a la discriminación. Algunos obstáculos se encuentran muy enraizados en las identidades y en las relaciones sociopolíticas, como la violencia, las normas

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*, cit.

²⁷⁰ AÑÓN, M. J., “Derechos humanos y obligaciones positivas”, cit., p. 66. Para algunos la discriminación no puede considerarse como algo puntual o excepcional sino como un fenómeno sistémico siempre. Sobre este punto ver BARRÈRE UNZUETA, M. y MORONDO TARAMUNDI, D., “Subdiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una Teoría del Derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, 2011, pp. 15-42.

²⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, cit., p. 66.

²⁷² PELLETIER QUIÑONES, P., “La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 60, 2014, p. 207.

jurídicas discriminatorias, las normas sociales excluyentes, los desequilibrios en la participación política y la distribución desigual de oportunidades. Para superar dichos obstáculos se requiere empatía, tolerancia y compromiso con la justicia y la sostenibilidad mundiales²⁷³.

Se requieren acciones por parte del Estado social y democrático de Derecho que facilite superar las desigualdades sociales, que se distingan de la mera declaratoria de prohibición de la discriminación²⁷⁴. Concomitantemente, los sistemas supranacionales de protección de los derechos deben enfatizar en la necesidad de adoptar medidas para garantizar la igualdad estructural y la tutela de los derechos de los grupos desaventajados²⁷⁵.

El juez, por ende, debe entender muy bien el fenómeno de la discriminación y de la desigualdad pues, si estas sentencias no ayudan a los más vulnerables, es muy difícil defender que pueden fomentar un cambio social trascendental²⁷⁶, por el contrario, pueden ser vistas como herramientas para que las clases pudientes preserven su *statu quo*. Por otro lado, las políticas públicas sociales tienen que proponerse ser integrales y estar lo suficientemente coordinadas para no transgredir el principio de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos²⁷⁷.

Otros estándares importantes para el control de viabilidad de las políticas públicas sociales son los de g) razonabilidad, de h) progresividad y no regresividad, y los de i)

²⁷³ JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016, pp. 5 y 6.

²⁷⁴ SALMÓN, E., “Inclusión y gestión de la diversidad: Hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH”, en FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES, M. y FLORES, R. (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018, p. 107.

²⁷⁵ SAGÜÉS, M., “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES, M. y FLORES, R. (coords.), *ibidem*, pp. 129 y ss.

²⁷⁶ SAFFON, M. y GARCÍA-VILLEGAS, M., “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *cit.*, p. 103.

²⁷⁷ CUNILL GRAU, N., “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *cit.*, p. 4. Sobre el principio de interdependencia e indivisibilidad, veáse el capítulo 1 de la presente investigación donde se aborda con mayor detenimiento este aspecto a la hora de brindar un concepto y fundamento de los derechos sociales.

contenidos y obligaciones mínimos de cada derecho social, que vienen dados por las propias normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad²⁷⁸.

Con el test de razonabilidad o de proporcionalidad al que esta investigación hizo alusión en el capítulo III, se puede verificar la adecuación entre el fin buscado con las medidas adoptadas en la política y el/los medio/s empleado/s, la necesidad de determinadas medidas ante la inexistencia de mecanismos alternativos que garanticen iguales resultados y menos lesivos y, finalmente, que lo alcanzado valga las limitaciones que impone²⁷⁹.

En otro orden, como fue expuesto en el capítulo I, está prohibido al Estado adoptar políticas, medidas y normas jurídicas que, sin una justificación necesaria y convincente, empeoren la situación de los DESC de las personas (no regresividad). El Estado, además, debe rendir cuentas sobre cómo se han invertido hasta el máximo los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de dichos derechos²⁸⁰. Este es un estándar muy importante que también debe verificar el juez.

Por último, corresponde establecer si los contenidos esenciales o constitucionalmente protegidos de los derechos sociales en juego, así como las obligaciones mínimas definidas según estándares constitucionales y del bloque de constitucionalidad, han sido violentados o no han sido tomados en cuenta por las políticas públicas sociales²⁸¹. El marco institucional y jurídico de la política pública social debe ir acorde con la Constitución y con el ordenamiento jurídico. Debe reconocer los derechos, su exigibilidad²⁸² y no puede violar los contenidos esenciales ni las obligaciones mínimas

²⁷⁸ ABRAMOVICH, V., “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *cit.*, p. 43.

²⁷⁹ BARROSO, L., “La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, trad. de C. Peralta, *International Law Students' Association Journal of International & Comparative Law*, vol. 16/3, 2010, p. 711.

²⁸⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, *cit.*, p. 195.

²⁸¹ LEÓN FLORIÁN, F., “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *cit.*, p. 412.

²⁸² CECCHINI, S. y NIEVES RICO, M., “El enfoque de derechos en la protección social”, en CECCHINI, S., FILGUEIRA, F., MARTÍNEZ, R. y ROSSEL, C. (eds.), *Instrumentos de protección social: Caminos latinoamericanos hacia la universalización*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2015, p. 336.

a cargo del Estado relativas a los derechos. La verificación del cumplimiento de estas obligaciones mínimas resulta imprescindible para identificar la afectación de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad y lo que se debe priorizar ante la situación de escasos recursos disponibles²⁸³.

En el capítulo I también se detallaron estándares generales respecto a los derechos sociales, así como estándares concretos y obligaciones mínimas que tienen los Estados en materia de derechos sociales fundamentales a: la vivienda, educación, protección de la salud, seguridad social, trabajo, alimentación y agua y saneamiento, los cuales permiten identificar ese *mínimo nacional*²⁸⁴ y los tipos de obligaciones que implican estos derechos propiamente, que no pueden ser violados por las políticas públicas sociales²⁸⁵ o la falta de estas.

Ante la existencia de obstáculos normativos para la justiciabilidad directa de los derechos sociales, se debe insistir como se ha dicho antes, en la relación de conexidad e interdependencia de los DESC con los demás derechos fundamentales y explotar el compromiso del Estado con aquellos derechos que cuentan con mejor protección institucional en aras de tutelar estos y también desprender del texto constitucional y del bloque de constitucionalidad todas las normas que indirectamente brinden alto potencial de protección de estos derechos²⁸⁶.

En todo caso, el juez debe recordar que las normas sobre derechos fundamentales sociales deben interpretarse de manera armónica con las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad²⁸⁷, utilizar el principio de favorabilidad, entre otros, además

²⁸³ BILCHITZ, D., *Pobreza y derechos fundamentales: La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de J. Portocarrero, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 180 y ss.; LANDAU, D., “The Reality of Social Rights Enforcement”, *cit.*, pp. 191 y 240.

²⁸⁴ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007, pp. 29 y ss.

²⁸⁵ NASH ROJAS, C., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: Tendencias jurisprudenciales”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2011, p. 98.

²⁸⁶ *Ibidem*, pp. 66 y 110.

²⁸⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2009, p. 150.

de reconocer que la Constitución tiene fuerza normativa y no se encuentra subordinada a lo que preceptúa la ley²⁸⁸.

En fin, el juez constitucional debe tener muy buen manejo de la teoría de los derechos sociales, del Derecho constitucional y de la argumentación jurídica²⁸⁹, debe ser capaz de adaptar la Constitución a la dinámica política actual, ser pensante y no un simple mecanicista aplicador de las normas, pues ha de ser consciente de su enorme responsabilidad ante la sociedad²⁹⁰. En caso de que la política no exista, todos estos estándares descritos anteriormente podrán marcar las pautas mínimas del enfoque que debe adoptar la política pública social faltante. El juez deberá especificar que no pueden ser violados a la hora de elaborarse la política, sino que por el contexto dado se ve obligado él mismo a crearla.

2.2.3. Establecer el tipo de intervención u órdenes a impartir que se requieren ante la situación diagnosticada y las normas vulneradas

Los tribunales pueden limitarse a declarar el derecho fundamental violado; declarar la violación del derecho fundamental y solicitar al Estado la provisión de solución, sin señalar cómo y cuándo, o sin determinar cómo, pero ordenar hacerlo en un período concreto; o, finalmente, detallar el tipo de remedio a utilizarse, cómo hacerlo y cuándo²⁹¹.

Profundizando en la cuestión, Sunstein y Tusnet son de los principales autores que recomiendan que los derechos sociales sean tutelados a través de decisiones jurisdiccionales débiles, es decir, aquellas que se limiten a declarar la violación y a dejar a discreción de los poderes políticos la solución. Para ellos esta es la única manera de

²⁸⁸ CEA EGAÑA, J., *Escritos de justicia constitucional*, cit., p. 197.

²⁸⁹ SAGÜEZ, N., “Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales”, cit., p. 21.

²⁹⁰ LÓPEZ DAZA, G., “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?”, cit., pp. 185 y ss.

²⁹¹ FABRE, C., *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000. Sobre este punto véase AGUILAR CAVALLO, G., GAJARDO, B. y PÍA LEÓN, A., “Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial”, cit., p. 385.

superar los problemas relativos a la falta de legitimidad de los jueces y de capacidad para resolver problemas de esta naturaleza²⁹².

Algunos Tribunales Constitucionales entienden que cuando no hay partida presupuestaria nada pueden hacer. Otros han requerido los montos necesarios para el caso, a pesar del riesgo de desequilibrar el presupuesto para cumplir con la Constitución, y otros han diferido el goce del derecho y exhortan al órgano estatal correspondiente para que en determinado plazo adopte las provisiones requeridas para atender presupuestariamente el goce del derecho fundamental en cuestión²⁹³. El desequilibrio económico que puede causar la decisión no puede ser un motivo para no tomar medidas.

Los jueces pueden optar por involucrarse en un diálogo intenso y continuo con los poderes políticos o dejar el cumplimiento a la buena fe de estos; pueden aprovechar la publicidad que se genera en los medios de comunicación para sensibilizar sobre la problemática y generar mayor control social o decidir el caso discretamente; y pueden fijar estándares innegociables o ser deferentes a lo que estime el Estado²⁹⁴.

Ante casos de problemas estructurales algunos autores recomiendan la *jurisprudencia dialógica*, la cual integra: a) Una interpretación fuerte de los derechos que permita amparar los derechos de la población en situaciones de vulnerabilidad y exclusión²⁹⁵; b) el dictado de órdenes flexibles, donde los jueces señalan metas amplias, sin embargo, no determinan las soluciones concretas; y c) mecanismos de seguimiento fuertes, que conllevan la participación y debate de los sectores sociales indispensables, de modo que se impida que las autoridades políticas incumplan la orden judicial²⁹⁶.

²⁹² SUNSTEIN, C., *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 221 y ss.; TUSHNET, M., *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 227 y 264.

²⁹³ SAGÜEZ, N., “Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales”, *cit.*, p. 32.

²⁹⁴ ROSSI, J. y FILIPPINI, L., “El Derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, *cit.*, pp. 22 y 23.

²⁹⁵ En el subepígrafe anterior se detallan los estándares y aspectos que permiten realizar lo que supondría una interpretación fuerte de los derechos.

²⁹⁶ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, pp. 47 y 48.

Las órdenes abiertas o flexibles motivan la discusión de las alternativas de políticas públicas, cuyas especificidades surgen en el transcurso del proceso de seguimiento. Estos mecanismos de seguimiento suelen ser para eso periódicos y públicos²⁹⁷. Los Tribunales Constitucionales en ese sentido pueden ordenar, entre otras medidas, que: a) Se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales; b) se designen los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; c) se modifiquen las prácticas, las barreras de organización y de procedimiento violatorias de la Constitución y del bloque de constitucionalidad; d) se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al problema; y e) se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos²⁹⁸.

Las medidas concretas que serán implementadas por el gobierno para satisfacer los derechos fundamentales en cuestión se van fijando cada vez de modo más estricto, mediante audiencias participativas, en los que se escucha a la población afectada y se busca junto con el gobierno la mejor solución posible, lo cual fomenta un acercamiento que de otro modo no sería probable²⁹⁹.

El Tribunal Constitucional bajo esta modalidad no diseña las políticas públicas, no establece qué opción es mejor que otra ni prioriza las metas; no obstante, verifica que de su aplicación no surjan vulneraciones de derechos o que estos se afecten por su omisión. El deber de controlar la legitimidad constitucional de las políticas públicas, e incluso la ausencia de estas, procede de su obligación para con el respeto y la garantía de los derechos fundamentales³⁰⁰. Es muy importante que cada reenvío que se haga a las autoridades para el cumplimiento de cualquier medida vaya acompañado de plazos

²⁹⁷ MENDIVELSO PINZÓN, N., “Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: Análisis en perspectiva constitucional”, *cit.*, pp. 59 y 60.

²⁹⁸ Estos criterios se obtienen a partir del concepto de estado de cosas inconstitucional declarados en las sentencias SU-484 de 2008 del 15 de mayo de 2008 y T-025 de 2004 del 22 de enero de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia, entre otras.

²⁹⁹ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *cit.*, p. 123.

³⁰⁰ Perú, Tribunal Constitucional (Pleno), *Caso Ley Universitaria*, *cit.*

concretos, pues esto previene que se posterguen indefinidamente³⁰¹ los compromisos en la materia. Por eso, no deben faltar en los dispositivos de las decisiones.

El activismo dialógico intenta responder a las debilidades del activismo clásico que defendió la emisión de órdenes muy precisas que provocaron la ineficacia de los fallos. De este modo, se declara la violación de los derechos, pueden establecerse algunos mínimos o estándares por cumplirse, pero se deja en manos de los poderes mayoritarios el mecanismo por elegir para subsanar la situación³⁰². Esto favorece soluciones realistas que las autoridades puedan cumplir, y que no posterguen indefinidamente la solución de los problemas. También se incentiva la participación ciudadana y la deliberación democrática, pues las soluciones concretas son discutidas por las autoridades y los directamente afectados, bajo la supervisión judicial³⁰³. Estas decisiones, además, preservan el principio de separación de poderes, reactivan la democracia y vigilan que se implemente lo decidido en la sentencia³⁰⁴, intentan así superar las tantas críticas de los detractores del activismo judicial.

La sentencia que se dicte en un caso estructural debe tomar en cuenta el impacto que provocará sobre aquellos no presentes en el proceso, pero que se encuentran en la misma situación. El fin de la decisión ha de ser corregir, detener el agravio antes que disuadir las conductas que lo provocan a través del reproche y la sanción³⁰⁵, propios de otros tipos de procesos.

En general, los problemas estructurales no se resuelven con una decisión aislada y sencilla. Se requiere de un modelo de intervención y de una evaluación compleja que disponga la movilización de grandes sumas económicas, recursos institucionales, técnicos

³⁰¹ QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *cit.*, p. 130.

³⁰² MENDIVELSO PINZÓN, N., “Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: Análisis en perspectiva constitucional”, *cit.*, p. 58.

³⁰³ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, p. 60.

³⁰⁴ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *cit.*, p. 123. Ver también OSUNA, N., “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, *cit.*, pp. 114 y 115.

³⁰⁵ PUGA, M., “El litigio estructural”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, n.º 2, 2014, pp. 56 y 74.

y humanos; diseño e impulso de políticas públicas y programas de intervención; creación o adaptación de aparatos e infraestructuras de intervención; participación de expertos; establecimiento de controles y evaluaciones, etc³⁰⁶.

Ahora bien, cabe destacar que en el momento de decidir el tipo de intervención, deben tenerse claro los derechos que precisan atención inmediata e impostergable, puesto que en dichos casos el fallo de exhortos a futuro puede tornarse evidentemente ineficaz³⁰⁷. La solución de intervención dependerá entonces de los sujetos perjudicados y de la magnitud de la afectación para estos. Las vulneraciones que causan daños irreparables en la vida y salud de las personas requieren de una solución urgente y, si debe abrirse el debate, los plazos para ello deben ser cortos y el debate conducido por el juez para que no se postergue irrazonablemente, pueden dictarse medidas cautelares, tal y como fue observado en dos de las decisiones antes analizadas (*Caso Julia M. Mariño De Ospina y otros* y *Caso Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos*), dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sobre todo si se trata de personas en situación de vulnerabilidad. La urgencia puede determinarse por argumentos contrafácticos que pronostiquen lo que le sucedería a la persona en caso de que el derecho social invocado no fuese protegido inmediatamente, y puede además “servir como criterio de diferenciación para un mandato de trato desigual”³⁰⁸.

Por otro lado, el juez debe saber lo que se puede y/o no negociar por medio del debate. Piénsese en el caso de la sentencia sobre el aborto donde la Corte Constitucional de Colombia fijó directamente los supuestos en que procede este procedimiento, las únicas pruebas que pueden ser requeridas para acceder al servicio y los casos en que procede la objeción de conciencia. Quiere decir que determinó los estándares mínimos que no pueden ser objeto de la deliberación o negociación política, especialmente cuando existe un contexto de discriminación estructural para el grupo afectado.

³⁰⁶ CALVO GARCÍA, M., “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. 94 y 95.

³⁰⁷ SAGÜEZ, N., “Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales”, cit., p. 33.

³⁰⁸ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2012, pp. 319 y 324.

Bajo la interpretación de Arango, cuando a pesar de una situación de urgencia el Estado, aunque pueda actuar omite injustificadamente hacerlo y con ello lesiona a un grupo en situación de vulnerabilidad, se precisará entonces adoptar medidas de justicia compensatoria o criterios de diferenciación³⁰⁹. Aquí en lugar de adoptar órdenes abiertas o flexibles donde se difiere la solución a los poderes públicos, corresponde al juez tomarlas. Y es que actualmente no basta que la decisión sea correcta desde un punto de vista normativo, sus efectos deben ser aceptables y producir resultados. El Derecho debe tomar en cuenta su impacto social, asumir riesgos y afrontarlos³¹⁰.

De modo que los jueces constitucionales tienen que ser buenos vigilantes, custodios intransitables e intransigentes de los derechos fundamentales, dispuestos y bien preparados para conducir las normas que prevén los derechos y garantías fundamentales hasta sus últimas consecuencias, y maximizar su contenido normativo³¹¹. Deberán encontrar en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad la solución de los problemas políticos, interpretándola siempre de buena fe, como verdaderos servidores y guardianes de ella, utilizar sus valores, principios y normas para resolver las controversias y entender que los efectos de sus decisiones van más allá del caso³¹². Siempre deberán ofrecer razones suficientes a la ciudadanía para sustentar su decisión³¹³, más aún si se trata de decisiones que crean o que tienen un alto grado de intervención en las políticas públicas sociales.

³⁰⁹ *Ibidem*, pp. 342 y ss.

³¹⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, J., "Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann", *cit.*, pp. 181 y 182.

³¹¹ CARBONELL, M., "Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina", *cit.*, p. 216.

³¹² CEA EGAÑA, J., *Escritos de justicia constitucional*, *cit.*, p. 187.

³¹³ AGUILAR CAVALLO, G., GAJARDO, B. y PÍA LEÓN, A., "Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial", *cit.*, p. 388.

2.2.4. Seleccionar mecanismos diversos y participativos adecuados para garantizar el cumplimiento de la decisión

Se recomienda emplear mecanismos de seguimiento fuertes que garanticen el cumplimiento de lo decidido³¹⁴. Conviene establecer mecanismos e integrar toda una estrategia para hacer cumplir lo ordenado, en ese sentido, puede designarse una comisión de personas o instituciones para el seguimiento y vigilancia de la ejecución y cumplimiento de la sentencia. La divulgación de la sentencia facilitará también que la ciudadanía ejerza su contribución³¹⁵.

Para el seguimiento, se pueden pedir respuestas a solicitudes de ciudadanos, a los afectados; realizar cuestionarios a expertos, universidades, grupos de investigación y grupos de seguimiento; convocar audiencias públicas de rendición de cuentas; conformar grupos de apoyo especializados; solicitar informes a entidades públicas; hacer traslado de documentación; fijar condiciones mínimas que deben observar los informes de cumplimiento; realizar declaraciones de cumplimiento e incumplimiento de órdenes; y solicitar pruebas³¹⁶.

El papel político de los Tribunales Constitucionales consistirá en abrir espacios de diálogo y discusión en donde afectados, actores institucionales y de la sociedad civil debatan el contenido de las provisiones constitucionales, para facilitar que ciudadanos en especial situación de vulnerabilidad puedan ejercer control sobre las entidades implicadas, delimitar y dirigir su acción³¹⁷.

Es importante que el Tribunal Constitucional adopte un papel activo en la supervisión del cumplimiento de la decisión y cuente con aliados en otras ramas del poder

³¹⁴ UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *cit.*, pp. 47 y 48.

³¹⁵ SOLEDISPA, A. y SÁNCHEZ, S., “Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las mujeres, a nivel nacional”, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, Lima, 2011, p. 33.

³¹⁶ MENDIVELSO PINZÓN, N., “Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: Análisis en perspectiva constitucional”, *cit.*, p. 60.

³¹⁷ LOZANO, M., PAYÁN, A. y RUIZ, L., “La discusión probatoria de las víctimas y la sentencia T-025 de 2004”, *cit.*, p. 48.

público (Defensoría del Pueblo, comisiones de derechos, entre otras), o en movimientos sociales (sociedad civil), para impulsar tanto el diálogo como el cumplimiento. Asimismo, el contexto social³¹⁸ puede ser otro elemento que facilite o no el cumplimiento del fallo.

Ante temas tan sensibles, la calidad de la interacción entre los Tribunales Constitucionales y los órganos políticos puede incidir en el éxito del reclamo. En consecuencia, es recomendable darle un perfil público al caso, pues la presión externa puede ayudar, también el mantener un diálogo sostenido con las autoridades administrativas mediante solicitud de información, audiencias de seguimiento, adopción de órdenes periódicas, en las cuales la negociación facilite encontrar la solución del problema³¹⁹ de la manera más rápida posible. Igualmente es importante remover los obstáculos que impidan la participación de los sectores afectados y que la discusión sea transparente e integral³²⁰.

El juez debe conservar la competencia para vigilar el cumplimiento del fallo hasta el final, no podrá ser neutral ni pasivo ante la situación³²¹ y deberá activar los mecanismos de ejecución forzosa ante el incumplimiento. Como bien manifestó el ex magistrado del Tribunal Constitucional español Rubio Llorente, la Constitución será una realidad viva cuando todos y todas la hagamos eficaz, y es a los jueces a quienes corresponde especialmente la noble tarea de dotarla de eficacia y su interpretación³²².

El juez debe estar convencido de que la justicia es la sustancia y objetivo principal del ordenamiento jurídico. Debe comprometerse con la búsqueda del entendimiento, el desarrollo y la paz por medio del Derecho y entender que todos los valores, principios y normas constitucionales, son susceptibles de ser implementados porque son preceptos

³¹⁸ PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *cit.*, pp. 2617 y 2618.

³¹⁹ ROSSI, J. y FILIPPINI, L., “El Derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, *cit.*, pp. 23 y 24.

³²⁰ PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *cit.*, p. 2642.

³²¹ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *cit.*, p. 119.

³²² RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 62 y ss.

jurídicos³²³. En todas las decisiones que tome, pondrá a prueba su determinación, prudencia, coraje, independencia, ecuanimidad, el uso de la ciencia o la técnica, la innovación y la experiencia³²⁴.

3. RETOS ADICIONALES PARA EL FOMENTO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

3.1. Entender el panorama social de América Latina

¿Cuál es la realidad de la población de América Latina y el Caribe frente al disfrute de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales? Para que la sociedad y los jueces constitucionales comprendan la necesidad de controlar jurisdiccionalmente las políticas públicas sociales en la región, deben conocer la problemática social y el contexto económico, ambiental, humano e institucional en que se desenvuelven.

3.1.1. Problemática del desarrollo regional, rasgos básicos y desigualdad y pobreza en grupos especiales

América Latina y el Caribe es una región en desarrollo, integrada por treinta y tres países soberanos y subdividida en dos grupos. Por un lado, América Latina que comprende veinte países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Y por otro lado, el Caribe que comprende trece países: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica,

³²³ OCANDO OCANDO, H., ÁVILA HERNÁNDEZ, F. y MARTÍNEZ DE CORREA, L., “Principios axiológicos del juez en el Estado social de Derecho y de justicia”, *cit.*, p. 359.

³²⁴ CEA EGAÑA, J., *Escritos de justicia constitucional*, *cit.*, p. 187.

Granada, la Guyana, Jamaica, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam y Trinidad y Tobago³²⁵.

América Latina y el Caribe poseen un Ingreso Nacional Bruto (en adelante INB) medido por la Paridad del Poder Adquisitivo (en adelante PPA) de 9.6 billones de dólares, una población de 638 millones de habitantes y un territorio de 20.4 millones de kilómetros cuadrados, es decir que abarca el 8%, el 7% y el 15% de los totales mundiales de ingreso, población y territorio, respectivamente³²⁶.

A continuación, en la tabla n.º 1 se presentan algunos indicadores de niveles del desarrollo de la región en el contexto mundial, así como de países seleccionados del mundo y de la región.

Tabla 1							
Niveles del desarrollo de América Latina y el Caribe en el contexto mundial							
	IDH	IDH ajustado por la desigualdad (IDH-D) Valor 2015	EVN (años) 2015	AEE (años) 2015 ^a	APE (años) 2015	INB/cápita (PPA en \$ de 2011) 2015	Crecimiento anual medio del IDH 1990-2015
Desarrollo humano muy alto	0,892	0,793	79,4	16,4	12,2	39.605	0,48
Desarrollo humano alto	0,746	0,597	75,5	13,8	8,1	13.844	1,06
Desarrollo humano medio	0,631	0,469	68,6	11,5	6,6	6.281	1,23
Desarrollo humano bajo	0,497	0,337	59,3	9,3	4,6	2.649	1,35
Promedio mundial	0,717	0,557	71,6	12,3	8,3	14.447	0,74
Países en desarrollo	0,668	0,499	70,0	11,8	7,2	9.257	1,05
Regiones							
Estados Árabes	6,687	0,498	70,8	11,7	6,8	14.958	0,85
AL y el C	0,751	0,575	75,2	14,1	8,3	14.028	0,74
Europa y Asia Central	0,756	0,660	72,6	13,9	10,3	12.862	0,59
Asia Oriental y el Pacífico	0,720	0,581	74,2	13,0	7,7	12.125	1,35
Asia Meridional	0,621	0,449	68,7	11,3	6,2	5.799	1,40
África Subsahariana	0,523	0,355	58,9	9,7	5,4	3.383	1,09
Desarrollo humano muy alto							
10 Estados Unidos de	0,920	0,796	79,2	16,5	13,2	53.245	0,27

³²⁵ Esa división es la que usa en sus informes la Comisión Económica para América Latina y el Caribe sobre todo en el Balance Preliminar que año tras año publica en el mes de noviembre.

³²⁶ Banco Mundial, "World Development Indicators: Size of the Economy", World View 1 (WV1), Última actualización 18/09/2017. [Consulta: 18 de marzo de 2018]. Disponible en: <http://wdi.worldbank.org/table/WV.1>.

América							
10 Canadá	0,920	0,839	82,2	16,3	13,1	42.582	0,32
21 Francia	0,897	0,813	82,4	16,3	11,6	38.085	0,57
27 España	0,884	0,791	82,8	17,7	9,8	32.779	0,64
41 Portugal	0,843	0,755	81,2	16,6	8,9	26.104	0,68
38 Chile	0,847	0,692	82,0	16,3	9,9	21.665	0,76
45 Argentina	0,827	0,698	76,5	17,3	9,9	20.945	0,64
Desarrollo humano alto							
54 Uruguay	0,795	0,670	77,4	15,5	8,6	19.148	0,55
60 Panamá	0,788	0,614	77,8	13,0	9,9	19.470	0,70
66 Costa Rica	0,776	0,628	79,6	14,2	8,7	14.006	0,70
68 Cuba	0,775	-	79,6	13,9	11,8	7.455	0,55
71 Venezuela	0,767	0,618	74,4	14,3	9,4	15.129	0,76
77 México	0,762	0,587	77,0	13,3	8,6	16.383	0,65
79 Brasil	0,754	0,561	74,7	15,2	7,8	14.145	0,85
87 Perú	0,740	0,580	74,8	13,4	9,0	11.295	0,76
89 Ecuador	0,739	0,587	76,1	14,0	8,3	10.536	0,56
95 Colombia	0,727	0,548	74,2	13,6	7,6	12.762	0,83
99 República Dominicana	0,722	0,565	73,7	13,2	7,7	12.756	0,77
Desarrollo humano medio							
110 Paraguay	0,693	0,524	73,0	12,3	8,1	8.182	0,71
117 El Salvador	0,680	0,529	73,3	13,2	6,5	7.732	1,01
118 Bolivia	0,674	0,478	68,7	13,8	8,2	6.155	0,92
124 Nicaragua	0,645	0,479	75,2	11,7	6,5	4.747	1,06
125 Guatemala	0,640	0,450	72,1	10,7	6,3	7.063	1,17
130 Honduras	0,625	0,443	73,3	11,2	6,2	4.466	0,84
Desarrollo humano bajo							
163 Haití	0,493	0,298	63,1	9,1	5,2	1.657	0,76

Fuente: Elaboración propia con base en datos de JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016, Anexo Estadístico, tabla 1.

De los datos mostrados en la tabla 1 se puede afirmar lo siguiente: Por el INB per cápita medido por la PPA, y según la clasificación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante PNUD), América Latina y el Caribe, con un nivel de 14.028 dólares en el año 2015, ocupaba la segunda mejor posición entre las seis regiones en desarrollo, solo detrás de los Estados Árabes que tenían entonces un INB/cápita de 14.958 dólares. Ahora bien, esta situación se relativiza bastante si la comparación se hace con respecto al ingreso de los países desarrollados, situados todos en el grupo de desarrollo humano muy alto³²⁷, con un INB/cápita de 39.605 dólares.

³²⁷ El PNUD solo establece de manera explícita a cuáles países no considera desarrollados. Para ello publica al final del informe en la página 269 de la versión castellana una lista con las regiones y los países que considera en desarrollo. Algunos de ellos aparecen en la clasificación de desarrollo humano muy alto como son los casos de dos países latinoamericanos; Chile y Argentina, y seis países árabes. Con esas consideraciones cuando se hable de países desarrollados se hace referencia a países con desarrollo humano muy alto.

En cuanto al Índice de Desarrollo Humano (en adelante IDH), América Latina y el Caribe con un valor de 0,751, ocupaban también el segundo lugar entre las regiones en desarrollo, un poco detrás del grupo de países de Europa y Asia Central (0,756). En consecuencia, América Latina en cuanto a los promedios de los componentes del IDH se podría considerar como una región en desarrollo con un desarrollo humano *alto*.

Conviene hacer notar que la posición cimera de los países de Europa y Asia Central por el IDH se lograba con un INB/cápita de 12.862 dólares, es decir, con 1.166 dólares menos que América Latina y el Caribe. No obstante, interesa además destacar que cuando se ajusta el IDH por la desigualdad (IDH-D), América Latina y el Caribe pasan a una tercera posición por detrás ya no solo de Europa y Asia Central sino también de Asia Oriental y el Pacífico, aunque superan en ingreso a esta región en más de 1.900 dólares. En términos individuales, es aleccionador ver cómo al ajustar el IDH por la desigualdad aumenta la brecha del desarrollo humano de todos los países latinoamericanos frente a los cinco países desarrollados considerados en la tabla 1.

En la comparación por países hay que observar que de los veinte seleccionados de la región dos de ellos, Chile y Argentina, forman parte de los países de desarrollo humano muy alto; once son de desarrollo humano alto: Panamá, Uruguay, México, Venezuela, Brasil, Costa Rica, Colombia, Perú, República Dominicana, Ecuador y Cuba; seis de desarrollo humano medio: Paraguay, El Salvador, Bolivia, Guatemala, Nicaragua y Honduras; y Haití el único con un desarrollo humano bajo.

En la tabla 1 también se evidencia que América Latina y el Caribe superan a todas las regiones en desarrollo en cuanto a Esperanza de Vida al Nacer (en adelante EVN) (75,2 años) y Años Esperados de Educación (en adelante AEE) (14,1 años) y solamente en el Promedio de Años de Escolarización (en adelante APE) (8,3%) son superados por los países en desarrollo de Europa y Asia Central que a la sazón tenían un promedio de escolarización de 10,3 años. En cuanto a la EVN por encima de los 80 años se encuentra solo Chile (82 años); siete países entre 76-79 años: Argentina, Panamá, Uruguay, México, Costa Rica, Ecuador y Cuba; once países entre 72-75 años: Venezuela, Brasil, Colombia,

Perú, República Dominicana, Paraguay, El Salvador, Bolivia, Guatemala, Nicaragua y Honduras; y un solo país Haití (63,1 años) por debajo de 70 años.

En educación la situación parecería también ubicar a América Latina de manera más favorable entre los países de desarrollo humano alto, con naciones como Cuba, Chile, Argentina y Panamá por encima de España en cuanto a los APE, y otros cinco con cifras muy parecidas o por encima de Portugal como son Uruguay, México, Venezuela, Costa Rica y Perú. Incluso llaman la atención las peculiares situaciones de Paraguay y Bolivia, países de desarrollo humano *medio* que superan los APE de países como Brasil, Colombia y República Dominicana, que forman parte de los países de desarrollo humano *alto*.

Otras estadísticas, sin embargo, parecen contradecir estos posicionamientos de la región en cuanto a educación. Y es que en las evaluaciones del Programa Internacional de Evaluación de los Alumnos (en adelante PISA) que aplica la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE)³²⁸ ninguno de los países latinoamericanos obtuvo una puntuación comparable con las obtenidas por los países desarrollados en ninguna de las competencias, ya sea en lectura, matemáticas o en ciencias, algo que sí ocurrió por ejemplo con países en desarrollo como Vietnam, clasificado además como país de desarrollo humano medio, con puntajes de 508 en lectura, 511 en matemáticas y 528 en ciencias, que superan a la mayoría de los países desarrollados considerados en la muestra³²⁹.

Además, los países latinoamericanos presentes en las pruebas acumularon puntos (como conjunto) no solo bajos con respecto a los países desarrollados, sino incluso también en cuanto a los principales países emergentes de Europa, Asia y el Norte de África y el Medio Oriente. Igualmente pasa con respecto a España y Portugal, debido a que las proximidades que se observan en los APE se esfuman cuando se hace la

³²⁸ Se trata de la evaluación del rendimiento de los estudiantes de quince años en lectura, matemáticas y ciencias, en base a la puntuación que han obtenido los alumnos de quince años en pruebas de destrezas y conocimientos en estas materias, que resultan esenciales para participar en la sociedad.

³²⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), “Resultados de PISA 2012”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2014. [Consulta: 20 de marzo de 2018]. Disponible en: www.oecd.org/pisa/keyfindings/pisa-2012-results.htm. Sobre este punto véase JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2015: Trabajo al servicio del desarrollo humano*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2015, tabla 10, pp. 244 y ss.

comparación en las evaluaciones PISA. A Chile, el de mejor puntaje de la región, los dos países señalados lo superan por más de cuarenta puntos en cada una de las pruebas³³⁰.

Recientemente, el Banco Mundial ha puesto de manifiesto de manera contundente lo que ya las evaluaciones PISA demostraban: la enorme brecha existente entre la cobertura y la calidad de la educación primaria, del aprendizaje, en la mayoría de las regiones en desarrollo. En los estudios realizados y que son la base del informe del Banco Mundial, América Latina y el Caribe conservan una brecha con los países desarrollados mucho mayor que la ventaja relativa que presentan con las regiones en desarrollo más pobres, es decir con África Subsahariana y Asia Meridional³³¹.

Todo este panorama descrito conduce a reflexionar sobre un aspecto crucial de la problemática social de la región y es la profunda desigualdad que en la distribución del ingreso impera en casi todos los países de América Latina (la excepción podría ser Cuba, pero no se dispone de datos al respecto). La diferencia entre los analistas que han estudiado el problema reside en si atribuir a la región la condición de la más desigual o inclinarse por considerarla como una de las más desiguales del planeta. Se puede encontrar este planteamiento en la literatura internacional en autores desde Victor Bulmer-Thomas (1994) hace ya veinticuatro años, o en los estudios un poco más cercanos de Sen y Kliksberg (2007), o en el último informe del panorama social de la CEPAL (2017).

Desde estos parámetros, Bulmer-Thomas estimó que “(...) la distribución del ingreso de América Latina es una de las peores en el mundo”³³². Kliksberg, en su obra conjunta con Sen, también aseveró: “El Gini latinoamericano era superior en los años noventa incluso a los de una de las regiones más pobres del planeta, el África Subsahariana”³³³. Por su parte, la CEPAL afirmó: “La desigualdad es uno de los rasgos sobresalientes de las sociedades latinoamericanas y su superación es un desafío clave para

³³⁰ Ver JAHAN, S. (dir.), *ibid.*

³³¹ Ver Banco Mundial, *Informe sobre el Desarrollo Mundial 2018: Aprender para hacer realidad la Promesa de la Educación, Panorama general*, Banco Mundial, Washington, D. C., 2018.

³³² BULMER-THOMAS, V., *La historia económica de América Latina desde la independencia*, trad. de M. Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2010, pp. 23 y ss.

³³³ SEN, A. y KLIKSBURG, B., *Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*, Deusto, Barcelona, 2007, p. 127.

el desarrollo sostenible. Los índices de desigualdad de ingresos de los países de la región se encuentran entre los más altos del mundo, incluso cuando las cifras se corrigen por las diferencias entre las mediciones basadas en el ingreso y el consumo”³³⁴.

A partir de los datos del PNUD se elaboró la siguiente tabla n.º 2 que corrobora también la afirmación de que América Latina y el Caribe es la región en desarrollo con la peor distribución del ingreso.

Tabla 2		
Desigualdad de ingreso en el mundo³³⁵		
	Número de países observados	Coficiente de GINI promedio simple 2010-2015
Europa y Asia Central	15	31,6
Países desarrollados	36	32,3
Países de Asia Meridional	8	35,6
Países Árabes	5	38,1
Países de Asia Oriental y Pacífico	18	39,4
Países al sur del Sahara	42	45,1
Países de América Latina	19	48,4
Total de países	143	39,4

Fuente: Elaboración propia con base en datos de JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016, Anexo Estadístico, tabla 3.

Del cuadro anterior la única región subestimada podría considerarse a los Estados Árabes pues solo se toman en cuenta 5 de 20 países por la falta de datos disponibles. Sin

³³⁴ ABRAMO, L. y GERSTENFELD, P. (coords.), *Panorama social de América Latina, 2017*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2017, p. 42.

³³⁵ *Países de Europa y Asia Central* (15): Albania, Armenia, Azerbaiyán, Belarús, Bosnia y Herzegovina, Macedonia, Georgia, Kazajstán, Kirguistán, Montenegro, Moldava, Serbia, Tayikistán, Turquía y Ucrania. *Países Desarrollados* (36): Noruega, Suiza, Dinamarca, Países Bajos, Suecia, Bélgica, Finlandia, Austria, Australia, Alemania, Canadá, Estados Unidos de América, Reino Unido, Japón, Francia, Italia, Irlanda, Israel, España, Portugal, Grecia. Eslovenia. República Checa, Eslovaquia, Croacia, Estonia, Lituania, Letonia, Polonia, Hungría, Rusia, Rumania y Bulgaria. Islandia, Luxemburgo, Chipre. *Asia Meridional* (5): Bangladesh, India, Nepal, Pakistán, Sri Lanka. *Estados Árabes* (5): Djibouti, Estado de Palestina, Marruecos, Sudán y Túnez. *Asia Oriental y el Pacífico* (18): Camboya, China, Fiji, Filipinas, Islas Salomón, Indonesia, Kiribati, Malasia, Micronesia, Mongolia, Papua Nueva Guinea, República Democrática Popular Lao, Samoa, Tailandia, Timor-Leste, Tonga, Vanuatu y Vietnam. *África Subsahariana* (42): Angola, Benín, Botsuana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camerún, Chad, Comoros, Congo, Côte d'Ivoire, Eritrea, Etiopía, Gabón, Ghana, Guinea, Guinea Bissau, Kenia, Lesoto, Liberia, Madagascar, Malawi, Malí, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Namibia, Níger, Nigeria, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Unida de Tanzania, Ruanda, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Sudáfrica, Sudán del Sur, Suazilandia, Togo, Uganda, Zambia y Zimbabue. *América Latina y el Caribe* (19): Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

embargo, aun así, la brecha entre el promedio de los países observados con respecto a América Latina es de más de 10 puntos, algo que solo se superaría si los 15 restantes promediaban por encima de un 48,4 de índice de Gini³³⁶. Por otra parte, se destaca que todos los países latinoamericanos (con excepción de Cuba) tienen un índice de Gini por encima de 41,0 y con base en ese indicador, 14 de los 26 países más desiguales del mundo se encuentran en América Latina. Esta enorme desigualdad contrasta con la posición que ya se mostró que ocupan América Latina y el Caribe entre las regiones en desarrollo en cuanto al INB per cápita (ver tabla 3 y su fuente).

Peor es la conclusión cuando se analiza la relación de ingreso entre el quintil de mayor ingreso con respecto al quintil de más bajo ingreso de la población al interior de cada país. Salvo en los casos de Uruguay y El Salvador, esa relación se extiende desde 10,0 en el caso argentino, hasta llegar a 32,5 en Haití, que supera los mínimos y máximos de los países seleccionados casi en todos los grupos de desarrollo humano (la excepción es Sudáfrica, país de desarrollo humano medio). Íntimamente vinculada a ese fenómeno de profunda desigualdad del ingreso es la existencia de una pobreza absoluta que todavía representa el 29,2 % de su población (aproximadamente 175 millones de personas) y una pobreza extrema que abarca el 12,4% (aproximadamente 75 millones de personas) de la misma población. Esas tasas envuelven cifras de personas que la Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, Alicia Bárcena, denunció como *inaceptables*³³⁷.

Tabla 3				
La profunda desigualdad como característica de América Latina y el Caribe en el contexto mundial				
	Ingreso Nacional Bruto (INB) per cápita	Coefficiente de Gini	Proporción entre quintiles	Desempleo Total
	(PPA en \$ de 2011) 2015	2010-2015	2010-2015	(% de la fuerza de trabajo) 2015

³³⁶ El coeficiente de Gini mide la desviación de la distribución de los ingresos entre los individuos u hogares de un determinado país con respecto a una distribución de perfecta igualdad. El valor 0 corresponde a la igualdad absoluta y el valor 100, a la desigualdad absoluta.

³³⁷ BÁRCENA, A., "Inauguración de la Segunda Reunión de la Conferencia Regional sobre Desarrollo Social de América Latina y el Caribe. Intervención de Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL", Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Discursos, Montevideo, Uruguay, martes 25 de octubre de 2017. [Consulta: 22 de marzo de 2018]. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/speech/files/c1701187_confdesarrollosocial_edi_pg.pdf.

Desarrollo humano muy alto	39.605	-	-	6,8
Desarrollo humano alto	13.844	-	-	5,8
Desarrollo humano medio	6.281	-	-	5,2
Desarrollo humano bajo	2.649	-	-	7,0
Total mundial	14.447	-	-	5,9
Países en desarrollo	9.257	-	-	5,7
AL y el C	14.028	-	-	6,4
Desarrollo humano muy alto				
Noruega	67.614	25,9	3,8	4,1
Canadá	42.582	33,7	5,8	6,9
Estados Unidos de América	53.245	41,1	9,1	5,3
España	32.779	35,9	7,3	22,4
Portugal	26.104	36,0	6,7	12,1
Chile	21.665	50,5	12,2	6,4
Argentina	20.945	42,7	10,0	6,7
Israel	31.215	42,8	10,3	5,0
Desarrollo humano alto				
Ucrania	7.361	24,1	3,3	9,9
Uruguay	19.148	41,6	9,1	7,3
Panamá	19.470	50,7	16,4	5,2
Costa Rica	14.006	48,5	12,8	8,6
Cuba	7.455	-	-	3,0
Venezuela (República Bolivariana de)	15.129	46,9	16,0	8,0
México	16.383	48,2	10,8	4,3
Brasil	14.145	51,5	15,5	7,2
Perú	11.295	44,1	10,8	3,5
Ecuador	10.536	45,4	10,5	4,3
Colombia	12.762	53,5	17,3	10,0
República Dominicana	12.756	47,1	10,8	14,4
Seychelles	23.886	46,8	9,8	-
Desarrollo humano medio				
República de Moldova	5.026	26,8	3,8	5,0
Paraguay	8.182	51,7	14,7	4,9
El Salvador	7.732	41,8	8,4	6,4
Bolivia (Estado Plurinacional)	6.155	48,4	14,7	3,6
Nicaragua	4.747	47,1	10,9	6,0
Guatemala	7.063	48,7	12,1	2,7
Honduras	4.466	50,6	15,8	3,9
Sudáfrica	12.087	63,4	27,9	25,1
Desarrollo humano bajo				
Mauritania	3.527	32,4	5,3	31,1
Haití	1.657	60,8	32,5	6,9
República Centroafricana	587	56,2	18,3	7,6

Fuente: Elaboración propia con base en datos de JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016, Anexo Estadístico, tabla 3.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera la pobreza una de las situaciones generales de derechos más preocupantes del hemisferio debido a que, en determinados supuestos, constituye una violación generalizada de todos los derechos fundamentales, tanto los civiles y políticos como los sociales, económicos y culturales. La pobreza extrema por otra parte, constituye un gravísimo problema por la intensidad de las

afectaciones que produce en el goce y ejercicio de los derechos de las personas, grupos y colectividades que se encuentran en esta situación³³⁸.

La tasa de desempleo ronda en promedio el 6,4 por ciento para América Latina y el Caribe, que es superior al promedio mundial, Brasil, Venezuela, Panamá y Colombia son los países con mayores tasas de desempleo, que sobrepasan el 15%³³⁹. La región se caracteriza al mismo tiempo por una alta cantidad de empleos precarios, informales de poca productividad. Más del 50% de los trescientos millones de personas ocupadas en el hemisferio trabajan como asalariados en microempresas con menos de cinco puestos de trabajo; como autoempleados sin calificación; o como trabajadores sin percepción de ingresos. Asimismo laboran 7 de cada 10 ocupados que viven en situación de pobreza y 5 de cada 10 personas ocupadas que viven en situación de vulnerabilidad³⁴⁰. Los sectores de baja productividad generan casi el 50% del empleo, situación que atribuyen los expertos a la estructura productiva poco diversificada y altamente heterogénea, factor clave de la desigualdad de las economías de la región³⁴¹.

Obstfeld, el actual consejero económico del Fondo Monetario Internacional, ha sugerido hace poco que la inversión en las personas en todas las etapas de vida, pero sobre todo en los jóvenes, reviste mucha importancia para el crecimiento inclusivo y sostenible. Las mejoras en materia de educación, pueden facilitar el ajuste del mercado laboral a la transformación económica e incrementar la productividad. Debe abordarse con urgencia el desempleo excesivo de los jóvenes que aqueja a tantos países. Invertir en capital humano para ayudar a incrementar la participación de la renta del trabajo en el ingreso. Los gobiernos también deben trabajar en corregir distorsiones que hayan

³³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, cit., p. 42. Sobre este punto y la necesidad de abordar la pobreza desde una perspectiva multidimensional, véase también lo planteado por ESCOBAR, G. (dir.), “Pobreza”, Federación Iberoamericana de Ombudsman-Trama, Madrid, 2016, pp. 33 y ss.

³³⁹ ABRAMO, L. (coord.), *Panorama social de América Latina, 2016*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2017, p. 11.

³⁴⁰ GRAY MOLINA, G. (coord.), *Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe. Progreso multidimensional: Bienestar más allá del ingreso*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016, p. 18.

³⁴¹ ABRAMO, L. (coord.), *Panorama social de América Latina, 2016*, cit., p. 11.

afectado el poder de negociación de los trabajadores. En fin, la política económica debe promover el crecimiento sostenible del salario real³⁴².

La siguiente tabla n.º 4 parte de otros indicadores que ayudan también a profundizar en la problemática del desarrollo de América Latina y el Caribe.

Tabla 4							
Otros indicadores del desarrollo de América Latina y el Caribe en el contexto mundial							
	Índice de Desarrollo Humano (IDH)	Índice de Desigualdad de Género	Tasa de mortalidad materna (muertes por cada 100.000 nacidos vivos)	Beneficiarios de pensión por vejez (% de la población en edad legal de jubilación)	Tasa de homicidios (por cada 100.000 personas)	Gasto público en salud (% del PIB)	Gasto público en educación (% del PIB)
	Valor 2015	Valor 2015		2004-2013	2010-2014	2014	2010-2014
Desarrollo humano muy alto	0,892	0,174	14	90,4	2,9	7,5	5,1
Desarrollo humano alto	0,746	0,291	36	70,9	6,0	3,4	-
Desarrollo humano medio	0,631	0,491	164	25,6	4,8	1,8	3,9
Desarrollo humano bajo	0,497	0,590	553	9,4	8,2	1,7	3,8
Total mundial	0,717	0,443	216	64,4	5,2	6,0	5,0
Países en desarrollo	0,668	0,469	231	50,9	5,8	3,0	-
Desarrollo humano muy alto							
AL y el C	0,751	0,390	67	59,6	21,6	3,6	5,4
Canadá	0,920	0,098	7	97,7	4,8	7,4	5,3
Estados Unidos de América	0,920	0,203	14	92,5	5,2	8,3	5,2
España	0,884	0,081	5	68,2	2,2	6,4	4,3
Portugal	0,843	0,091	17	100,0	3,5	6,2	5,1
Chile	0,847	0,322	22	74,5	5,8	3,9	4,6
Argentina	0,827	0,362	52	90,7	4,1	2,7	5,3
Desarrollo humano alto							
Uruguay	0,795	0,284	15	76,5	5,2	6,1	4,4
Panamá	0,788	0,457	94	37,3	17,4	5,9	3,3
Costa Rica	0,776	0,308	25	55,8	10,0	6,8	7,0
Cuba	0,775	0,304	39	-	4,7	10,6	12,8
Venezuela (República Bolivariana de)	0,767	0,461	95	59,4	62,0	1,5	-
México	0,762	0,345	38	25,2	15,7	3,3	5,2
Brasil	0,754	0,414	44	86,3	24,6	3,8	5,9
Perú	0,740	0,385	68	33,2	6,7	3,3	3,7
Ecuador	0,739	0,391	64	53,0	8,2	4,5	4,2
Colombia	0,727	0,393	64	23,0	27,9	5,4	4,7
República Dominicana	0,722	0,470	92	11,1	17,4	2,9	-
Desarrollo humano medio							
Paraguay	0,693	0,464	132	22,2	8,8	4,5	5,0
El Salvador	0,680	0,384	54	18,1	64,2	4,5	3,4
Bolivia (Estado Plurinacional de)	0,674	0,446	206	100,0	12,4	4,6	7,3
Nicaragua	0,645	0,462	150	23,7	11,5	5,1	4,5
Guatemala	0,640	0,494	88	14,1	31,2	2,3	2,8

³⁴² OBSTFELD, M. (dir.), *Perspectivas de la economía mundial; En busca del crecimiento sostenible: Recuperación a corto plazo, desafíos a largo plazo*, Fondo Monetario Internacional, Washington, D. C., 2017, p. xvi.

Honduras	0,625	0,461	129	8,4	74,6	4,4	5,9
Desarrollo humano bajo							
Haití	0,493	0,593	359	1,0	10,0	1,6	-

Fuente: Elaboración propia con base en datos de JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016, Anexo Estadístico, tablas 1, 5, 8, 9, 11 y 12.

Se observa que la región refleja menos avances en la reducción de la desigualdad de género que en desarrollo humano en general. Mientras el IDH de América Latina y el Caribe está algo por encima del promedio de los países de desarrollo humano alto, esa situación se invierte notablemente cuando se compara con el Índice de la Desigualdad de Género. Lo mismo se aplica para el indicador de las muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos y del por ciento de los beneficiarios de pensión por vejez. La región se caracteriza por una restringida y segmentada cobertura de los sistemas de pensiones, por la escasez y desigualdad de las prestaciones, especialmente desde la perspectiva de género, y por la incertidumbre de su sostenibilidad. Elementos que contribuyen notablemente a la persistencia de la pobreza en la vejez y en la desigualdad en el acceso a la protección social³⁴³.

Pero uno de los indicadores más preocupantes en la región, entre los que son utilizados en este estudio, es el de la tasa de homicidios por cada 100.000 personas. América Latina y el Caribe presenta una tasa de homicidios de 21,6 por 100.000 habitantes, seguida muy lejos de África Subsahariana con un 9,5 homicidios por 100.000 habitantes, otras tres regiones [Asia Meridional (3,8), Europa y Asia Central (3,9) y los Países Árabes (4,0)] prácticamente iguales en alrededor de 4 homicidios por 100.000 habitantes y Asia Oriental y el Pacífico con apenas 1,5 homicidios por 100.000 habitantes, muy inferior esta última a la de los países de mayor desarrollo humano que presentan una tasa de 2,9 homicidios por 100.000 habitantes.

Esto significa que América Latina y el Caribe es también la región de mayor violencia interpersonal del mundo. Algo entendible cuando tres economistas latinoamericanos, Fajnzylber, Lederman y Loayza en un interesante estudio que pondera las causas de los altos niveles de violencia y crimen en la región, afirman: “América

³⁴³ ABRAMO, L. y GERSTENFELD, P. (coords.), *Panorama social de América Latina, 2017*, cit., p. 34.

Latina es una de las regiones del mundo más proclives al crimen. La endémica desigualdad de los ingresos de los países de la región, la cual se mantiene desde los tiempos de la colonia, sostiene parte de la explicación”³⁴⁴. Dichos autores son todavía más precisos cuando señalan: “En otras palabras, una vez se toma en cuenta el crecimiento económico, la desigualdad del ingreso y las actividades relacionadas con las drogas, la tasa de crimen de América Latina deja de ser un enigma”³⁴⁵.

Tal y como plantea la CEPAL, no se puede tampoco entender correctamente el panorama social de la región si en el análisis de las desigualdades sociales no se reflexiona respecto a los grupos de población que resultan especialmente afectados por situaciones desfavorables³⁴⁶. La desigualdad refiere a las asimetrías en la capacidad de apropiación de los recursos y activos productivos que constituyen o crean bienestar entre distintos grupos sociales. Alude a la exclusión y a la inequitativa distribución del poder político y económico, que dejan para pocos el espacio de las decisiones que afectan a muchos, lo que restringe el ejercicio de derechos y el desarrollo de capacidades de todos³⁴⁷. La exclusión voluntaria o no, puede provocar que las personas sufran más privaciones que otras y que no todas tengan las mismas oportunidades para desarrollar al máximo su potencial³⁴⁸.

Además de las desigualdades entre las personas situadas en diferentes etapas del ciclo de vida, también se identifican amplias brechas entre las personas que encontrándose en la misma etapa del ciclo de vida se ven afectadas en especial por el estrato socioeconómico, el sexo, la condición étnica y racial, el territorio³⁴⁹, la discapacidad, la orientación sexual y la identidad de género, la situación migratoria, etc.

³⁴⁴ FAJNZYLBER, P., LEDERMAN, D. y LOAYZA, N. (eds.) “Crimen y victimización: Una perspectiva económica”, en FAJNZYLBER, P., LEDERMAN, D. y LOAYZA, N. (eds.), *Crimen y violencia en América Latina*, Banco Mundial-Alfomega, Washington, D. C., 2001, p. 55.

³⁴⁵ *Ibid.* Al respecto ver también lo afirmado por Sen sobre la relación entre pobreza y violencia en SEN, A., *Identidad y violencia: La ilusión del destino*, trad. de V. Weinstabl y S. de Hagen, Katz, Buenos Aires, 2007. pp. 192 y ss.

³⁴⁶ ABRAMO, L. y GERSTENFELD, P. (coords.), *Panorama social de América Latina, 2017, cit.*, p. 99.

³⁴⁷ ABRAMO, L. (coord.), *Panorama social de América Latina, 2016, cit.*, pp. 11 y 12.

³⁴⁸ JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas, cit.*, p. 6.

³⁴⁹ ABRAMO, L. (coord.), *Panorama social de América Latina, 2016, cit.*, p. 24.

La pobreza en la infancia de Latinoamérica y el Caribe es sumamente crítica por el alto nivel de dependencia, la falta de autonomía y la elevada vulnerabilidad de niños y niñas frente a las condiciones socioeconómicas de su entorno y familias. Los niños y niñas están sobrerrepresentados en los primeros quintiles de ingresos y viven con mayor frecuencia en situación de múltiples carencias si se compara con otros grupos etarios³⁵⁰.

La pobreza también perjudica más a las mujeres que a los hombres en la región. En efecto, las mujeres de edades entre veinticinco y cincuenta y nueve años están sobrerrepresentadas en el quintil de menores ingresos, alcanzan un 40% respecto a los hombres. Suelen recibir menores ingresos, a causa de la dificultad para conciliar el trabajo no remunerado del hogar con la participación en el mercado laboral, ocupan puestos de bajas remuneraciones y sin acceso a la Seguridad Social, suelen estar sobrerrepresentadas en la jefatura de los hogares monoparentales³⁵¹ y dedican tres veces más tiempo al trabajo no remunerado que los hombres³⁵².

Según la CEPAL, en la región viven más de sesenta y seis millones de personas con discapacidad. Dichas personas experimentan menor nivel de educación, peores condiciones de salud y alto porcentaje de desempleo, lo que aumenta el riesgo de que caigan en la pobreza. Cuando a ello se suman factores de género, edad y origen étnico se empeoran las situaciones de pobreza y exclusión social³⁵³.

También existen amplias brechas étnico-raciales en menoscabo de las personas afrodescendientes en las áreas de protección de la salud, educación y empleo³⁵⁴. Mientras en 2013 la tasa de desempleo en la región era de un 5%, la de la población afrodescendiente era de un 6,5%. La población afrodescendiente ocupa los lugares más bajos de la escala laboral, efectúa tareas informales y de baja calificación mayoritariamente. La informalidad a su vez fomenta que las personas afrodescendientes se encuentren fuera de la cobertura mínima de salud y de la afiliación al sistema de

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 15.

³⁵² GRAY MOLINA, G. (coord.), *Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe. Progreso multidimensional: Bienestar más allá del ingreso*, cit., pp. 20 y 21.

³⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, cit., pp. 150 y 151.

³⁵⁴ ABRAMO, L. (coord.), *Panorama social de América Latina, 2016*, cit., p. 42.

pensiones, lo que dificulta el acceso a alimentos y vivienda, entre otros³⁵⁵. La estructura jerárquica, clasista y racista de la época colonial provocó que las personas afrodescendientes alcanzaran un lugar subordinado. Actualmente, padecen junto con los pueblos indígenas, mayores niveles de pobreza material y exclusión social y política³⁵⁶.

La pobreza afecta al 43% de los hogares indígenas del hemisferio, es decir, el doble de la proporción en los hogares del resto de la población. Asimismo, la pobreza extrema alcanza el 24% de todos los hogares indígenas, lo que equivale a 2,7 veces de forma más frecuente que la de hogares no indígenas. Los pueblos indígenas presentan niveles más altos de analfabetismo, desnutrición, dificultades para acceder a cuidados médicos, al agua potable, al saneamiento, a la electricidad, a viviendas adecuadas, a la justicia, entre otros³⁵⁷.

Las personas LGBTI sufren más discriminación y violencia que el resto de la población. Con frecuencia son expulsadas de sus familias y escuelas, y en ocasiones ni siquiera pueden conseguir trabajos que pagan el salario mínimo. En consecuencia, las personas LGBTI a menudo afrontan pobreza, exclusión social y carencia de vivienda, lo que les conduce a la economía informal o a caer en actividades delictivas. Algunas personas LGBTI incluso, realizan trabajos sexuales para sobrevivir, son más vulnerables al acoso, a la estigmatización y a mayores posibilidades de privación de libertad³⁵⁸.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los altos niveles de discriminación y exclusión social a los que son sometidos ciertos grupos en situación de pobreza, han hecho ilusoria su participación ciudadana, acceso a la justicia y disfrute efectivo de derechos. En dicho contexto, las violaciones de derechos se multiplican y cada una incide en forma negativa sobre las otras y origina un círculo vicioso de violaciones,

³⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, cit., p. 139.

³⁵⁶ ABRAMO, L. (coord.), *Panorama social de América Latina, 2016*, cit., p. 36.

³⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, cit., p. 129.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 157.

interconectadas, sobre la base de la discriminación multisectorial, con gravísimas consecuencias en la dignidad de las personas³⁵⁹.

3.1.2. Dinámica de la región en los últimos 20-25 años y las políticas públicas aplicadas

El mundo en los últimos 20-25 años ha avanzado significativamente en materia de desarrollo humano. Así lo reconocen agencias internacionales como el PNUD, el Banco Mundial, y la OCDE entre otras. La población se ha vuelto más longeva, más niños y niñas van a la escuela y un mayor número de personas tiene acceso a servicios sociales básicos. Todo eso se ha logrado también en medio de profundas transformaciones económicas, sociales, culturales y científicas³⁶⁰. Esos avances se sienten en todos los rincones del planeta, en el mundo desarrollado y en el mundo en desarrollo. Pero también estas mismas instituciones reconocen que el desarrollo humano y el entramado de cambios que le acompañan han sido desiguales entre los diferentes países y al interior de ellos.

Paralelamente con esos cambios positivos el planeta afronta nuevos y muy serios problemas, los así llamados *males globales sociales*³⁶¹, que parecen agudizarse a medida que transcurre el tiempo. A los problemas ambientales (como el calentamiento global, reducción de la capa de ozono, desertificación y pérdida de la biodiversidad, contaminación sólida, aérea, sónica y hasta líquida de los ríos, mares y aguas subterráneas) se les unen la profundización en la desigual distribución del ingreso en todos los países y la aparición de bolsas de pobreza en los países desarrollados; el incremento de la delincuencia de todo tipo, en especial vinculada al consumo y tráfico de drogas; la inseguridad ciudadana; el terrorismo; las muy altas muertes violentas (ligadas estas en gran medida a una proliferación sin precedentes de las armas de fuego); la corrupción galopante; y tantas otras formas de pérdida de los valores éticos más preciados por la humanidad.

³⁵⁹ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

³⁶⁰ JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, cit., p. 1.

³⁶¹ Ver OCAMPO, J. (coord.), *Globalización y desarrollo*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Brasilia, 2002, p. 21.

Todos esos fenómenos positivos y negativos de la fase actual de la globalización están bien registrados en los informes anuales de las agencias internacionales, y en una extensa y variada literatura, sobre todo en los años posteriores a la crisis económico-financiera mundial de los años 2008-2009³⁶².

América Latina y el Caribe, sin lugar a dudas, como región ha avanzado en materia de desarrollo económico, social y humano, pero lo ha hecho a un ritmo muy por debajo del conjunto de los países avanzados y también de los países emergentes de Europa y de Asia. En las dos últimas décadas ha sido la región en desarrollo de menor crecimiento económico y se ha quedado rezagada en materia de convergencia con los países desarrollados. De las seis regiones en que acostumbra distinguir el Fondo Monetario Internacional a las economías en desarrollo, si se saca el promedio para el período de 1999-2018, se obtiene que las de Asia crecieron a una tasa de 6,4%, las de la Comunidad de Estados Independientes 4,1% y las de Europa 3,4% y con ellas han prácticamente quintuplicado, triplicado y más que duplicado la tasa de crecimiento de las economías desarrolladas que fue de 1,3%. Las regiones de África al Sur del Sahara con 2,0% y el Medio Oriente y Norte de África con 1,5% apenas han superado las tasas de los países desarrollados. Y la región de América Latina y el Caribe con una tasa de crecimiento de 1,2% es la única del mundo en desarrollo que se ha quedado rezagada, es decir que en ese período se ha ampliado la brecha absoluta y relativa de ingreso que la separa de los países desarrollados³⁶³.

En materia de desarrollo humano y de acuerdo con las estadísticas que nos brinda el PNUD en su informe 2016, el IDH en los veinticinco años comprendidos entre (1990-

³⁶² Son referencias obligadas para estudiar la evolución positiva del desarrollo económico-social y del desarrollo humano a nivel de todo el planeta, los informes de seguimiento del desarrollo humano en el mundo del PNUD en el interregno (1990-2016), los informes de desarrollo mundial del Banco Mundial que abarcan un período más extenso (1978-2018). Sin embargo, son también abundantes las críticas de importantes autores, como el ganador del Premio Nobel de Economía, Joseph Stiglitz, en sus obras “El Malestar en la globalización” (2002), “El precio de la desigualdad” (2012) o en “La gran brecha” (2015), o del francés Thomas Piketty en su debatida obra “El Capital en el siglo XXI” (2013), quienes advierten sobre los problemas de distribución del ingreso y de pobreza en la época moderna de globalización o mundialización, que las políticas neoliberales ocasionaron y siguen todavía ocasionando en todos los rincones del planeta.

³⁶³ Ver tabla en OBSTFELD, M. (dir.), *Perspectivas de la economía mundial; En busca del crecimiento sostenible: Recuperación a corto plazo, desafíos a largo plazo*, cit., p. 76.

2015) ha crecido a nivel mundial a un ritmo de 0,74 % que es la expresión de un crecimiento de 0,48% del mundo desarrollado y de un 1,05% de los países en desarrollo. Un crecimiento que ha sido aparentemente bastante convergente³⁶⁴.

También resaltan serias diferencias entre las regiones y grupos. Tres regiones en la clasificación del PNUD han más que duplicado el crecimiento del IDH de los países desarrollados, Asia Meridional (1,40%), Asia Oriental y el Pacífico (1,35%) y África al Sur del Sahara (1,09%). Las otras tres, sin embargo, superan con tasas más modestas: los Estados Árabes (0,85%), América Latina y el Caribe (0,74%) y los países en desarrollo de Europa y Asia Central (0,59%)³⁶⁵.

Cabe destacar que la región logró reducir la tasa de pobreza y de pobreza extrema en 2 y 0,5 puntos porcentuales por año durante el período comprendido entre 2002 y 2008, respectivamente. No obstante, a partir de 2014, el porcentaje regional de la población en situación de pobreza aumentó de un 28,5% (168 millones de personas) a 29,8% (178 millones de personas) en 2015 y a 30,7% en 2016 (186 millones de personas). Igualmente, la situación de pobreza extrema se incrementó de un 8,2% en 2014 (48 millones de personas) a un 10% en 2016 (61 millones de personas)³⁶⁶.

Se reconoce que desde la década pasada la región ha realizado ingentes esfuerzos por reducir la pobreza y avanzar en materia de políticas públicas sociales³⁶⁷. En ese tenor se expresó el PNUD al afirmar: “América Latina y el Caribe es una región diversa, y no sigue un patrón único de cambio. Sin embargo, un rasgo común entre los países de la región es que todos han experimentado transformaciones sociales, económicas y ambientales significativas en los últimos años. Estos cambios no son producto del *laissez faire*, sino que constituyen el fruto de la implementación de políticas públicas que moldearon tanto el patrón de crecimiento económico (el ingreso), como los logros

³⁶⁴ Ver tabla 2 en JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, cit., pp. 202 y ss.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ ABRAMO, L. y GERSTENFELD, P. (coords.), *Panorama social de América Latina, 2017*, cit., pp. 88 y 89.

³⁶⁷ *Ibid.*

sociales, laborales y educativos específicos alcanzados por la población (más allá del ingreso)”³⁶⁸.

En 2015, el gasto público social del gobierno central y del sector público de los países de América Latina y el Caribe logró como promedio simple un 10,5% y un 14,5% del Producto Interno Bruto (en adelante PIB), respectivamente, el nivel más alto desde el año 2000. Los países que destinan más recursos a las funciones sociales son Argentina, Brasil, Colombia y Costa Rica, con más del 20% del PIB. Por otro lado, los países que destinan menos son Haití y Guatemala, con menos del 8% del PIB³⁶⁹. Cabe aclarar que el gasto ejecutado en 2015 fue un 10% menor de lo presupuestado en promedio y que las funciones sociales son las que muestran una menor ejecución en relación con otros renglones del presupuesto. Dicho gasto, lamentablemente, disminuyó en 2016 y 2017³⁷⁰. Aunque América Latina presentó considerables avances en aumentar el nivel y la progresividad del gasto social, este continúa siendo bajo según los parámetros internacionales, pues por poner un ejemplo el gasto social en la región es 60% menor que el promedio de los países de la OCDE³⁷¹.

En materia de gasto público en salud, Chile y Argentina que son los dos países de la región que se encuentran en el renglón de desarrollo humano muy alto invierten apenas un poco más de la mitad y de la tercera parte de lo invertido, respectivamente, por el promedio de los países desarrollados. La media de la región apenas supera el promedio de lo invertido en salud en los países de desarrollo humano alto (ver la tabla 4). Por otro lado, en educación la región supera el promedio de lo invertido por los países de desarrollo humano muy alto. Argentina invierte un por ciento del PIB superior al promedio de los países de desarrollo humano muy alto, que supera las partidas invertidas por Portugal, España y Estados Unidos para ese sector e iguala lo gastado por Canadá.

³⁶⁸ GRAY MOLINA, G. (coord.), *Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe. Progreso multidimensional: Bienestar más allá del ingreso*, cit., p. 6.

³⁶⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama social de América Latina, 2016*, cit., p. 20.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 22.

³⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, cit., p. 176.

El déficit de vivienda afecta a un 45% de los hogares de América Latina y el Caribe. Dicho déficit en áreas urbanas es del 39%, en cambio en áreas rurales es del 66%. Ahora bien, el número de hogares con déficit en términos absolutos es esencialmente mayor en las áreas urbanas. El déficit cuantitativo de vivienda (falta de vivienda) afecta al 17,1% de los hogares latinoamericanos y se necesitan veintidós millones setecientos mil viviendas nuevas³⁷². La inversión social en vivienda y otros servicios básicos (agua potable, saneamiento, desagüe y luz, entre otros) es muy baja si se tiene en cuenta dicho déficit presentado en la región durante décadas. La inversión social en vivienda correspondiente al período 2010-2011 fue del 1,8% del PIB, representa la proporción más baja de la inversión comparada con la salud (3,9%), educación (5,3%), seguridad y asistencia social (8,2%), durante el mismo período. Los países que más invierten en este sector son Brasil, México y Panamá³⁷³.

El marco institucional de la región en materia de políticas públicas sociales también es débil. Y se agrava por barreras muy persistentes como la falta de transparencia, la ausencia de mecanismos de participación, responsabilidad y rendición de cuentas, ejercicio de prácticas clientelares que definen la relación entre la Administración y quienes acceden a los beneficios por distribuir³⁷⁴, entre otras. Al mismo tiempo, los desastres naturales y climáticos pueden inducir situaciones de mayor vulnerabilidad para las personas pobres en las Américas, puesto que se encuentran más expuestas a las sequías, las inundaciones, las olas de calor, entre otras. Esta condición de desventaja se torna más perjudicial cuando hay una disminución importante de la producción de alimentos³⁷⁵.

Los factores que explican directamente el rezago de América Latina y el Caribe frente a las economías avanzadas se refieren de manera directa a una tasa de inversión relativamente baja en todos los renglones: capital fijo, capital humano e investigación y

³⁷² BONOMO, U., BRAIN, I. y SIMIONI, D., “Políticas de acceso a la vivienda”, en CECCHINI, S., FILGUEIRA, F., MARTÍNEZ, R. y ROSSEL, C. (eds.), *Instrumentos de protección social: caminos latinoamericanos hacia la universalización*, cit., p. 266.

³⁷³ *Ibidem*, p. 270.

³⁷⁴ ABRAMOVICH, V., “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, cit., p. 13.

³⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, cit., p. 12.

desarrollo y en el marco de un tipo de inserción en la economía mundial que no permite la creación de verdaderos polos dinámicos que integren su estructura productiva³⁷⁶.

Por otra parte, Stiglitz ha afirmado que la causa profunda de ese rezago hay que buscarla en la instauración de un modelo de política (el llamado Consenso de Washington) que consistió esencialmente en la aplicación concreta de una serie de políticas públicas que redujeron, brusca e inoportunamente, el papel del Estado en toda la región y condujeron a un proceso de privatización en sectores clave de la sociedad (educación, salud, servicios sociales básicos en sentido general, investigación y desarrollo, y en orden y seguridad personal) cuyos resultados han devenido en muy contraproducentes³⁷⁷.

Como bien plantea Bárcena, el desarrollo establecido por el modelo económico actual no es sostenible si se mantiene el deterioro ambiental existente. Tampoco puede sostenerse si continúan los altos niveles de pobreza, vulnerabilidad y precariedad, el desempleo y la desigualdad. Dicha desigualdad es provocada por la matriz productiva, la gran heterogeneidad estructural y la cultura de privilegios. Por consiguiente, América Latina y el Caribe necesita progresar en desarrollo social inclusivo, en la creación de trabajo decente y en la inversión social que garanticen el acceso para todos a la educación, a la salud, a los sistemas de protección social, a la vivienda e infraestructura básica³⁷⁸.

La enorme masa de excluidos, desposeídos y desheredados, requiere con urgencia justicia³⁷⁹. En fin, en dichas sociedades con niveles tan altos de desigualdad cabe

³⁷⁶ Ver CIMOLI, M. (coord.), *Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe, 2016: La región frente a las tensiones de la globalización*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2016, p. 9. En igual sentido, ver de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe los informes bianuales a los gobernantes latinoamericanos y caribeños y los informes relativos a la inserción de América Latina en la Economía Mundial.

³⁷⁷ STIGLITZ, J., “El rumbo de las reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina”, versión castellana, *Revista de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, n.º 80, 2003, pp. 7 y ss.

³⁷⁸ BÁRCENA, A., “Inauguración de la Segunda Reunión de la Conferencia Regional sobre Desarrollo Social de América Latina y el Caribe. Intervención de Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL”, *cit.*

³⁷⁹ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., “La ética global de los derechos humanos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 2011, p. 62.

preguntarse si no es el juez quien debería concebirse como el último recurso del Estado social y democrático de Derecho para asegurar al individuo y a las comunidades el ejercicio de todos sus derechos consagrados nacional e internacionalmente ³⁸⁰ . Administrar justicia y realizar la justicia social, especialmente en sociedades altamente segregadas y desiguales, forma parte de un modelo de democracia más abierta, participativa y deliberativa, donde el individuo no solo tiene libertades y deberes, sino derechos sociales, a cuya aplicación y satisfacción concreta contribuye el juez³⁸¹.

Es en el nuevo contexto paradigmático descrito por la CEPAL que los profesionales del Derecho deben procurar en toda la región que se garantice para todos el sagrado derecho al desarrollo, tarea nada fácil dadas las condiciones de desigualdad y pobreza que por siglos han prevalecido, y a las que se suman en estas últimas décadas niveles tan elocuentes de corrupción e impunidad que han permeado muchas de las instituciones de la región.

Ahora bien, ¿ante un panorama tan desalentador como el descrito, basta con que los DESC sean reclamados ante los tribunales? Hasta el momento se han señalado diversos mecanismos al alcance de los tribunales latinoamericanos para la protección de los derechos sociales y la detención de las violaciones sistemáticas de esos derechos. A continuación, se proponen dos herramientas imprescindibles también para la exigibilidad de los DESC a escala nacional, sobre todo cuando se persigue la toma de decisiones jurisdiccionales que controlen y/o modifiquen las políticas públicas sociales, esto es: a) El fomento de la educación en derechos humanos y el empoderamiento de la población, en especial, de los sectores excluidos, para que velen por el control de políticas públicas; y b) el uso del litigio estratégico ante las violaciones sistemáticas o consistentes de derechos sociales.

³⁸⁰ AGUILAR CAVALLO, G., GAJARDO, B. y PÍA LEÓN, A., “Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial”, *cit.*, p. 374.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 378.

3.2. Educar en derechos humanos y empoderar a la población

3.2.1. La educación en derechos humanos

El interés por fomentar la educación basada en derechos humanos tiene más de tres décadas. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), desde su Conferencia General de 1974 recomendó fomentar la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos y las libertades fundamentales³⁸². A partir de ese momento, se puede decir que se dan los primeros pasos del proceso de concienciación sobre la importancia de una educación basada en los derechos humanos.

Más tarde, en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada del 14 al 25 de junio de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración y Programa de Acción de Viena donde los Estados reconocieron su deber de promover la educación que fortalezca el respeto de los derechos y libertades fundamentales³⁸³. Al año siguiente, se proclamó el Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos (1995-2004) cuyos objetivos fueron evaluar las necesidades, formular estrategias, crear y fortalecer los programas de educación en la esfera de los derechos humanos, así como desarrollar materiales didácticos y la difusión mundial de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁸⁴. Una vez terminado el Decenio y dada la necesidad de continuar con esta labor, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el 10 de diciembre de 2004 el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. El Programa Mundial a

³⁸² Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, 19 de noviembre de 1974.

³⁸³ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 25 de junio de 1993, párr. 33.

³⁸⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 49/184, A/RES/49/184, 23 de diciembre de 1994.

diferencia del Decenio, consiste en una serie de etapas continuadas y no de duración limitada, la primera abarcó el período 2005–2009 y se centró en los sistemas escolares de primaria y secundaria³⁸⁵.

En 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos, la cual en su artículo 1.1 reconoce que: “Toda persona tiene derecho a poseer, buscar y recibir información sobre todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y debe tener acceso a la educación y a la formación en materia de derechos humanos”³⁸⁶. Como puede observarse, la educación en derechos humanos se concibe como un derecho que se desprende del derecho fundamental a la educación.

A lo largo del tiempo, diversos instrumentos internacionales han incorporado expresamente disposiciones relativas al tema. Desde 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 26 ha señalado que el derecho de toda persona a la educación “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”³⁸⁷. Por su parte, normas como el PIDESC (art. 13); el Protocolo de San Salvador (art. 13); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 29); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 10); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 7); la Declaración y Programa de Acción de Viena (Part I, párrs. 33 y 34 y Part II, párrs. 78 a 82); la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban (Sudáfrica), en 2001 (Declaración, párrs. 95 a 97 y Programa de Acción, párrs. 129 a 139), entre otras, establecen un conjunto de principios respecto a la educación en

³⁸⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Programa Mundial para la educación en derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 59/113, A/RES/59/113, 10 de diciembre del 2004.

³⁸⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 66/137, A/RES/66/137, 19 de diciembre de 2011.

³⁸⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), A/RES/217(III), 10 de diciembre de 1948.

derechos humanos que se traducen, actualmente, en normas jurídicas obligatorias para todos los Estados, porque forman parte del bloque de constitucionalidad o del Derecho consuetudinario internacional³⁸⁸.

La educación en derechos humanos puede definirse como un conjunto de actividades de educación, capacitación y difusión de información orientadas a crear una cultura universal en la esfera de los derechos mediante la transmisión de conocimientos, la enseñanza de técnicas y la formación de actitudes, con la finalidad de consolidar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales; promover el desarrollo íntegro de la personalidad humana y de la dignidad; contribuir para la comprensión, tolerancia, igualdad entre los sexos y amistad entre todas las naciones, poblaciones indígenas y otros grupos en situación de vulnerabilidad; fomentar la participación efectiva de todos y todas; y extender las actividades de las Naciones Unidas en el marco del mantenimiento de la paz³⁸⁹.

La educación integral en derechos humanos no solo provee de conocimiento sobre derechos y las vías para protegerlos, sino que, además, aporta las actitudes requeridas para promover, proteger y aplicar los derechos fundamentales en la vida diaria³⁹⁰. Según Gómez Isa y Garrido Gómez, la educación en derechos humanos pretende no solo la mera transmisión de conocimiento sobre la materia, sino el desarrollo de las actitudes de respeto y compromiso con estos, de manera tal que ayude a reflexionar sobre el sistema de valores y de normas de la sociedad, a transformarlos, y a resolver, consecuentemente,

³⁸⁸ CABRAL, M. y SOSA PÉREZ, R., “Análisis de la situación de la enseñanza-aprendizaje de los derechos humanos en el área de educación superior, en las facultades y escuelas de Derecho”, Universidad Autónoma de Santo Domingo-Cátedra UASD-UNESCO: Cultura de Paz, Derechos Humanos y Democracia, Santo Domingo, 2011, pp. 11 y 12.

³⁸⁹ Organización de las Naciones Unidas, *Plan de Acción de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos, 1995 a 2004*, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/51/506/Add.1, 12 de diciembre del 1996, párr. 2.

³⁹⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Plan de Acción. Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. Primera Etapa*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Nueva York, Ginebra, 2006, p. 6.

los graves problemas que aquejan a la humanidad, tanto a escala nacional como internacional³⁹¹.

Es en este sentido en el que Naciones Unidas aclaró que la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos son necesarias para instaurar y fomentar relaciones estables y armónicas entre las comunidades y para promover el entendimiento mutuo, la tolerancia y la paz³⁹². Por dicha razón, la educación en derechos humanos se percibe actualmente como un mecanismo vital para impulsar el desarrollo humano y el desarrollo sostenible, pues contribuye a convencer a las personas y a los pueblos de que el desarrollo constituye un auténtico derecho fundamental, que no está reducido a la ayuda y a la caridad, sino que forma parte de la justicia social internacional y del respeto de los derechos fundamentales³⁹³. Es el único camino que orienta a las personas para la construcción de su propio destino³⁹⁴.

De este modo, la educación en derechos humanos se convierte en una herramienta para el empoderamiento de los sectores que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, porque les hace conscientes de sus derechos y les ayuda a articular sus demandas y reivindicaciones. A título ilustrativo y de cara a esos objetivos, Dias sugiere que la educación en derechos humanos permite: a) Incitar la lucha por la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, pues en la medida que conozcan sus derechos exigirán un desarrollo más inclusivo para ellas; b) fomentar la participación comunitaria

³⁹¹ GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Cómo consolidar el derecho humano al desarrollo”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I. (ed.), *El derecho humano al desarrollo*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 110; GÓMEZ ISA, F., “Educación en derechos humanos”, *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Hegoa, 2006. [Consulta: 15 de enero de 2018]. Disponible en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/80>.

³⁹² Organización de las Naciones Unidas, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, cit., párr. 78.

³⁹³ GÓMEZ ISA, F., “Educación en derechos humanos”, cit.

³⁹⁴ RIBOTTA, S., “Educación en y para los derechos humanos: La educación en convivencia mundial. El desafío del siglo XXI”, en RIBOTTA, S. (ed.), *Educación en derechos humanos, la asignatura pendiente*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 153.

de las personas en el proceso de desarrollo; c) evidenciar el impacto de los proyectos de desarrollo sobre el disfrute de los derechos; y d) combatir las prácticas discriminatorias³⁹⁵.

Por su parte, Mares Torres describe la relevancia de implementar la educación en derechos humanos en la educación básica, a la que considera como una herramienta fundamental para vivir en sociedad, pues contribuye con la creación de una sociedad libre de prejuicios, estereotipos y roles sociales preconcebidos que obstaculizan la convivencia armónica entre las personas, perpetúan las desigualdades y arrebatan la libertad de decidir³⁹⁶.

De acuerdo con las Naciones Unidas, la educación y la formación en derechos humanos constituyen un proceso que se prolonga durante toda la vida e impacta a todas las edades. Esto quiere decir que la educación en derechos humanos debe involucrar a todos los sectores de la sociedad, impartirse en todos los niveles de la enseñanza, desde la educación preescolar hasta la superior, tanto en el ámbito escolar, extraescolar o no escolar, como en el sector público y en el privado e incluir, para la formación profesional, la formación de formadores, de maestros y de funcionarios públicos, la educación continua, la educación popular y las actividades de información y sensibilización del público en general³⁹⁷.

La enseñanza con perspectiva de derechos dentro de las aulas permite que las personas conozcan, analicen, interpreten, respeten, exijan y especialmente, se apropien de sus derechos como parte consustancial de sus vidas en la sociedad. Consecuentemente, les convierte en promotores, para difundirlos con conciencia y respeto a las diferencias³⁹⁸. Por eso la elaboración y ejecución de políticas públicas que promuevan la enseñanza con

³⁹⁵ DIAS, C., “Human Rights Education as a Strategy for Development”, en ANDREOPOULOS, G. y CLAUDE, R. (eds.), *Human Rights Education for the Twenty-First Century*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1997, pp. 52 y ss.

³⁹⁶ MARES TORRES, A., “El derecho a la educación con perspectiva en derechos humanos dentro de las aulas de educación básica”, Congreso del Estado de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2017, p. 1. [Consulta: 22 de enero de 2018]. Disponible en: <http://congresosanluis.gob.mx/sites/default/files/convocatorias/CEDH/Ensayos/Consejo/12.JorgeAlbertoMaresTorres.pdf>.

³⁹⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos*, cit., artículo 3.

³⁹⁸ MARES TORRES, A., “El derecho a la educación con perspectiva en derechos humanos dentro de las aulas de educación básica”, cit., p. 13.

perspectiva de derechos constituye una tarea muy importante del Estado. Sobre todo para sensibilizar a las poblaciones históricamente desfavorecidas y formar a los funcionarios públicos³⁹⁹.

La sociedad debe contribuir a promover y formar en derechos fundamentales. Todas las instituciones educativas, los medios de comunicación, las familias, las comunidades locales, las instituciones de la sociedad civil, especialmente las ONG, los defensores de los derechos y el sector privado tienen que involucrarse⁴⁰⁰. Igualmente, los profesionales del Derecho, para enfrentar el panorama social actual y las desigualdades de América Latina y el Caribe, tienen como reto el deber de acompañarse de una profunda cultura de derechos. Y no les será posible la adecuada y eficaz interpretación, defensa, aplicación y entendimiento de los derechos fundamentales si no poseen un lenguaje jurídico culto en esa materia⁴⁰¹.

La situación anteriormente descrita en el panorama social de América Latina y el Caribe, en la que muy pocos viven en la riqueza, mientras que la gran mayoría sufre enormes carencias, es insostenible e inaceptable. Nadie duda de lo injusta que es dicha situación⁴⁰². Las movilizaciones recientes en diversas regiones del mundo ponen de manifiesto el cuestionamiento profundo a ese modelo político y socioeconómico que ha favorecido tanta desigualdad, exclusión y falta de representación del poder político⁴⁰³.

Se ha sugerido que las crisis de derechos, incluida la económica, sean abordadas con decisiones jurídicas y políticas⁴⁰⁴. El Derecho entonces, como ha jugado un rol de legitimación formal de las situaciones de desigualdad, debe reformularse desde abajo y

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁰⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos*, *cit.*, artículo 10.

⁴⁰¹ PABÓN ARRIETA, J. y TORRES ARGÜELLES, A., “La interpretación jurídica en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos en Colombia”, *Advocatus*, n.º 27, 2016, p. 149.

⁴⁰² ATIENZA, M., “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, *cit.*, p. 280.

⁴⁰³ HERNÁNDEZ LEÓN, S., “El paradigma jurídico en crisis: (Re)pensar el Derecho en y desde nuestra América”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2015, p. 80.

⁴⁰⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, *cit.*, p. 25.

transformar el poder político⁴⁰⁵. De no hacerlo, seguirá manteniendo el *statu quo* y negando el sentido mismo de la igualdad⁴⁰⁶. Los jueces deben estar entonces bien formados en Teoría del Derecho, dado que esto tiene una gran incidencia en sus razonamientos y en el Derecho que identifican, les permite ser más sensible a los argumentos de las partes y tener capacidad de elegir y motivar mejor sus decisiones⁴⁰⁷. Adicional a esto, es importante fomentar el desarrollo de la ética judicial⁴⁰⁸.

Para que el Derecho pueda contribuir con la importante tarea de civilizar al mundo⁴⁰⁹, urge un cambio de paradigma⁴¹⁰. En esa línea, hay que comenzar a explicar y a sensibilizar respecto del enorme potencial emancipador, y si se quiere revolucionario, que tiene el Derecho constitucional y de los derechos fundamentales, pues con tan solo tomar en serio y aplicar con firmeza la Constitución y el bloque de constitucionalidad, es posible provocar enormes cambios a corto plazo⁴¹¹, avanzar en la calidad de vida de las personas y en el desarrollo económico del Estado⁴¹².

Ahora bien, el gran reto para que la teoría jurídica alternativa y transformadora funcione, es cambiar la cultura jurídica. No se necesita eliminar ni agregar más poderes, sino hacerlos funcionar de manera eficiente para que cumplan los objetivos para los que fueron creados: garantizar los derechos de las minorías y de los más vulnerables⁴¹³. Hay que promover por tanto, una nueva cultura jurídica, comprometida con la emancipación y

⁴⁰⁵ HERNÁNDEZ LEÓN, S., “El paradigma jurídico en crisis: (Re)pensar el Derecho en y desde nuestra América”, *cit.*, p. 78.

⁴⁰⁶ CARBONELL, M., “Prólogo. La interpretación constitucional como problema”, en GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *cit.*, p. 15.

⁴⁰⁷ RAMÍREZ LUDENA, L., “Las teorías del Derecho en la formación de los jueces”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 30, 2014, pp. 39 y 54.

⁴⁰⁸ BARRANCO AVILÉS, M. C., *Constitucionalismo y función judicial*, Grijley, Lima, 2011, p. 99.

⁴⁰⁹ ATIENZA, M., “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, *cit.*, p. 281.

⁴¹⁰ ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, *cit.*, p. 236.

⁴¹¹ CARBONELL, M., “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *cit.*, p. 221.

⁴¹² ESCOBAR ROCA, G. y VILLACORTA MANCEBO, L., “Consideraciones acerca de la enseñanza del Derecho constitucional y alguna otra cuestión (de paso)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 21, 2008, pp. 311 y ss.

⁴¹³ ÁVILA SANTAMARÍA, R., “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2012, p. 7.

que se proponga alcanzar un cambio radical en la comprensión del Derecho y de sus manifestaciones⁴¹⁴.

Esta nueva cultura debe darse a través de la implementación de una nueva educación jurídica en las escuelas de Derecho y en la elaboración de una nueva doctrina jurídica, que favorezca el cambio social⁴¹⁵. Los centros universitarios tienen la gran responsabilidad de empezar a promover la construcción de una doctrina constitucional y de los derechos fundamentales propia, que parta de lo que existe en otras latitudes, pero que también sea capaz de dar respuesta a los dilemas y necesidades de la región⁴¹⁶.

Se necesitan programas y metodologías nuevas para la enseñanza del Derecho, tanto en las universidades como en las instancias de aplicación de la ley, fomentar juristas creativos y críticos, que utilicen criterios de interpretación diferentes a los tradicionales y que quienes crean y aplican el Derecho asuman un compromiso con los sectores más vulnerables de la sociedad⁴¹⁷. Por otro lado, el proceso de formación, como se ha reiterado, debe ser amplio, no solo para adquirir destrezas y habilidades, sino para una cultura universal y una visión global de los derechos que parta de la apropiación del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario⁴¹⁸ y que supere las limitaciones geográficas y temporales⁴¹⁹.

El pensamiento jurídico ha de ser capaz de dar respuestas adecuadas a los problemas de nuestras sociedades cada vez más complejas y expuestas a cambios muy acelerados para no perder su importante papel en la transformación de la realidad. Esto

⁴¹⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, cit., p. 259.

⁴¹⁵ GARCÍA-VILLEGAS, M., "Law as Hope: Constitutions, Courts, and Social Change in Latin America", *Florida Journal of International Law*, vol. 16, 2004, p. 140.

⁴¹⁶ CARBONELL, M., "Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina", cit., pp. 219 y 220.

⁴¹⁷ ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, cit., pp. 256 y 259.

⁴¹⁸ PABÓN ARRIETA, J. y TORRES ARGÜELLES, A., "La interpretación jurídica en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos en Colombia", cit., p. 149.

⁴¹⁹ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., "Los derechos humanos en la sociedad del riesgo. Crisis del Estado, justicia intergeneracional y medio ambiente", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2018, pp. 75 y ss.

exige incluso un Derecho cada vez más inteligente que abarque tanto la inteligencia artificial como la institucional y la emocional⁴²⁰.

Los programas de las Facultades de Derecho y las Escuelas de formación de juristas y de jueces tienen que reestructurarse y readecuarse para la realidad del nuevo Derecho y para la adopción de una distinta hermenéutica jurídica. Igualmente, el litigio estratégico para la defensa de los derechos precisa el dominio de la cultura de los derechos fundamentales⁴²¹. Por otro lado, de nada sirve que los jueces estén dispuestos a conducir hasta las últimas consecuencias la interpretación constitucional, si no se tiene conciencia social respecto a los derechos por parte de la población y no se produce un fuerte activismo social. Es decir, que sin una sociedad activa en la defensa continua de sus derechos, esto no será posible⁴²².

La apropiación cultural de la Constitución es en ese sentido uno de los grandes retos del neoconstitucionalismo⁴²³. Y es que los jueces constitucionales no son los únicos guardianes de la Constitución, todos los ciudadanos han de serlo⁴²⁴. La competencia material para la interpretación constitucional del pueblo es un derecho ciudadano⁴²⁵. Apremia que las Constituciones y la teoría de los derechos fundamentales y del Derecho constitucional sean difundidas más allá del pequeño anillo de personas que se dedican a su estudio o de los aplicadores que deben manejarlas cotidianamente⁴²⁶.

En fin, tomarse en serio la educación del pueblo en derechos humanos, a todos los niveles, constituye un elemento clave para el empoderamiento de la población y por ende para la concienciación de que cada quien reconozca sus derechos y abogue por el respeto de ellos por parte de los demás y del Estado. Por ello, la educación en derechos humanos

⁴²⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, J., “Derecho inteligente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2018, pp. 95 y 101.

⁴²¹ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., “Los derechos humanos en la sociedad del riesgo. Crisis del Estado, justicia intergeneracional y medio ambiente”, *cit.*, p. 150.

⁴²² CARBONELL, M., “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *cit.*, p. 218.

⁴²³ TRUJILLO GONZÁLEZ, J., y GIRALDO GALEANO, S., “Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”, *Revista Conflicto y Sociedad*, n.º 1, 2014, p. 43.

⁴²⁴ HÄBERLE, P., “La jurisdicción constitucional en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional”, trad. de M. Pérez, *Pensamiento Constitucional*, n.º 10, 2004, pp. 34 y 35.

⁴²⁵ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, *cit.*, p. 150.

⁴²⁶ CARBONELL, M., “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *cit.*, p. 212.

debe empoderar no solo a las comunidades sino también a los individuos, y debe ofrecer a víctimas/supervivientes la oportunidad de participar activamente⁴²⁷.

3.2.2. *El empoderamiento de la población*

El empoderamiento se ha convertido en un concepto central del discurso y la práctica del desarrollo desde la década del noventa. Diversos autores al examinar el concepto, se concentran en la noción de poder, su uso y distribución como central para entender cualquier tipo de transformación social. Dicha centralidad incluye el poder tanto en términos de cambio radical y confrontación como en el sentido de la capacidad *para hacer, para poder* y para sentirse más capaces y en control de una situación⁴²⁸. Por otro lado, el poder puede entenderse como un activo propiedad del Estado o de la clase dominante, que se ejerce para mantener el control y sellar su autoridad y legitimidad. El poder también se relaciona con el conocimiento, esto así por tratarse tanto de una fuente de poder como de un medio para obtenerlo⁴²⁹.

Según el Diccionario Panhispánico de Dudas de la Real Academia Española, empoderar(se) proviene del inglés *to empower*, que se emplea en textos de sociología política con el sentido de conceder poder a un colectivo desfavorecido socioeconómicamente para que, mediante su autogestión, mejore sus condiciones de vida. El verbo *empoderar* ya existía en español como variante desusada de *apoderar*. Su resurgimiento con este nuevo sentido tiene la ventaja, sobre *apoderar*, de usarse hoy únicamente con este significado específico⁴³⁰.

La Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE) en el año 2006 señala las contradicciones y ambivalencias del término empoderamiento

⁴²⁷ Amnistía Internacional, Freedom from Torture, Universidad de York, Centro de Derechos Humanos Aplicados, “Participación activa en derechos humanos”, Amnistía Internacional, Londres, 2011, p. 9.

⁴²⁸ International NGO Training and Research Centre (INTRAC), *Seguimiento y evaluación del empoderamiento*, Documento de consulta, INTRAC, Oxford, 1999, p. 4.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Real Academia Española, Diccionario Panhispánico de Dudas, “Empoderar(se)”, Real Academia Española, 2005. [Consulta: 23 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=empoderar>.

en su utilización y propone para la comprensión de su definición la perspectiva del desarrollo. En esa línea, considera apropiado el concepto del Banco Mundial sobre empoderamiento en cuanto a la libertad de elección y acción, lo que significa aumentar el control sobre los recursos y las decisiones que afectan la vida del individuo. A medida que el individuo ejerce su capacidad de elección, aumenta el control sobre su vida. A ello se debe que se haya logrado identificar cuatro elementos comunes en distintos contextos, que favorecen la promoción del empoderamiento: el acceso a la información; la inclusión y la participación; la rendición de cuentas; y la capacidad de organización local. Sobre la base de esto, muchos programas y políticas de desarrollo se orientan en esa dirección⁴³¹.

Friedman es uno de los propulsores del término y considera el empoderamiento como una estrategia alternativa a la forma tradicional de promover el desarrollo. Interpreta esta noción poniendo el énfasis en la mejora de las condiciones de vida de la mayoría excluida. El empoderamiento trata de reparar la historia de exclusión del poder económico y político a la vasta mayoría de la población. En ese sentido, el empoderamiento trata de humanizar el sistema y su objetivo a largo plazo es transformar la sociedad, incluidas las estructuras de poder. Ello requiere que el Estado se haga más responsable ante la sociedad civil y que las empresas respondan a sus demandas⁴³².

Otro significado importante de empoderamiento, señalado por Rowlands, es la habilidad de tomar decisiones en cuestiones que afectan la vida de una persona. Esto conlleva hacer partícipes del proceso de toma de decisión a quienes se encuentran fuera de él, garantizar su acceso a las estructuras políticas y al control de la distribución de los recursos. Rowlands considera el empoderamiento de forma tridimensional: personal, para desarrollar el sentido del yo y la confianza; relacional, por la capacidad para negociar e

⁴³¹ NARAYAN, D., PATEL, R., *et. al.*, *Can Anyone Hear Us? Voices of the Poor*, World Bank, Washington, D. C., 2000; NARAYAN, D., *Measuring Empowerment: Cross Disciplinary Perspectives*, World Bank, Washington, D. C., 2005; World Bank, *World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty*, World Development Report, Oxford University Press-World Bank, Nueva York, 2001. Sobre este punto véase Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), “El empoderamiento”, *Desarrollo “En Contexto”*, n.º 1, 2006, p. 4. [Consulta: 12 de febrero de 2018]. Disponible en: http://fride.org/descarga/BGR_Empowerment_ESP_may06.pdf.

⁴³² FRIEDMAN, J., *Empowerment: The Politics of Alternative Development*, Blackwell Publishers, New Jersey, 1992. Sobre este punto véase Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), *ibid.*

incidir en la naturaleza de la relación; y colectivo, como trabajo conjunto para lograr un impacto mayor del que se podría haber conseguido de forma independiente⁴³³.

Por consiguiente, todo el trabajo de desarrollo tiene que ver con el control del conocimiento y, si los menos privilegiados pudieran controlar las fuentes de conocimiento, las estructuras de las relaciones de poder existentes variarían radicalmente. De ahí que “empoderamiento quiere decir comunidad colectiva, y en última instancia concientización de clase, entender la realidad con un sentido crítico para usar el poder que poseen incluso los desempoderados, a fin de cuestionar a los poderosos y en última instancia transformar esa realidad por medio de luchas políticas conscientes”⁴³⁴.

Para algunos, el empoderamiento se trata del derecho a determinar las opciones en la vida e influenciar en la dirección del cambio a través de la capacidad para asumir el control sobre fuentes cruciales, tanto materiales como no materiales⁴³⁵. Las personas en situación de pobreza no disponen de medios económicos ni de los conocimientos básicos para exigir sus derechos a través de los órganos que pueden ayudarles, lo cual las hace más vulnerables⁴³⁶. Los grupos en situación de vulnerabilidad no reclaman ni se empoderan porque no se identifican como sujetos titulares de derechos⁴³⁷. La falta de

⁴³³ ROWLANDS, J., “Empowerment Examined”, *Development in Practice*, n.º 2, 1995. Sobre este punto véase Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), *ibid*.

⁴³⁴ CORNWALL, A. y BROCK, K., “Beyond Buzzwords. Poverty Reduction, Participation and Empowerment in Development Policy”, United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD), Ginebra, noviembre 2005; CRAIG, G. y MAYO, M. (eds.), *Community Empowerment*, Zed Books, Londres, 1995. Sobre este punto véase International NGO Training and Research Centre (INTRAC), *Seguimiento y evaluación del empoderamiento, Documento de consulta, cit.*, p. 4.

⁴³⁵ International NGO Training and Research Centre (INTRAC), *ibid*.

⁴³⁶ HOFFMANN, F. y BENTES, F., “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil”, en GAURI, V. y BRINKS, D. (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 113; NEGRO, D., “Pobreza, desigualdad, sectores vulnerables y acceso a la justicia”, en Organización de los Estados Americanos, *Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., 2011, p. 97.

⁴³⁷ ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L., “Dilemas actuales en la resolución de la pobreza: El aporte del enfoque de derechos”, Ponencia presentada en el seminario *Los derechos humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad*, organizado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Universidad Nacional Tres de Febrero, Buenos Aires, 12 y 13 de diciembre de 2006, pp. 22 y 23.

capacidad para actuar y de voz no les permite iniciar la transformación necesaria de las instituciones⁴³⁸.

En cualquier estrategia de desarrollo y de reducción de pobreza es indispensable dotar de poder a los sectores pobres y marginados. Por eso, el enfoque de derechos en las políticas públicas sociales persigue prioritariamente otorgar poder mediante el reconocimiento de derechos, es decir, que se parte para la formulación de la política, de la existencia de personas titulares de derechos que pueden exigir o demandar determinadas prestaciones y conductas⁴³⁹. Siguiendo la línea de Amartya Sen, el empoderamiento ha de ser asimilado como un derecho mismo, el derecho a las políticas públicas o metaderechos, es decir, a la exigibilidad de aquellas políticas necesarias para la realización programática y progresiva de los derechos sociales, que armonice la justiciabilidad de reclamos particulares y concretos con la exigibilidad de las políticas estructurales dirigidas a la realización efectiva de los DESC⁴⁴⁰.

Las políticas con enfoque de derechos tienen que ser elaboradas e implementadas tras una amplia participación y consulta de las poblaciones afectadas por la problemática⁴⁴¹. Sin participación no puede hablarse de democracia ni de expansión de derechos. Consecuentemente, en todas las etapas de la formulación, aplicación y evaluación de las políticas, la participación ha de ser activa, libre, informada y genuina de los destinatarios. Se trata de un derecho vital para su eficacia y sostenibilidad⁴⁴².

Los mecanismos de democracia directa legados por el neoconstitucionalismo latinoamericano contribuyen a la construcción de una nueva teoría de la democracia y a la redefinición del concepto de ciudadanía, pues ahora no solo se parte de la noción de

⁴³⁸ JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, cit., p. 7.

⁴³⁹ ABRAMOVICH, V., “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, cit., pp. 36 y 40.

⁴⁴⁰ SEN, A., *El derecho a no tener hambre*, trad. de E. Lamprea, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002. Sobre este punto véase PARRA, O., VILLANUEVA, M. y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, p. 21.

⁴⁴¹ JIMÉNEZ BENÍTEZ, W., “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, cit., p. 43.

⁴⁴² CECCHINI, S. y NIEVES RICO, M., “El enfoque de derechos en la protección social”, cit., p. 337.

pertenencia, sino que se organiza sobre el concepto de participación⁴⁴³. La marginación de ciertos grupos se debe a que históricamente las políticas sociales los han ignorado o ellos no han sido sus destinatarios directos. La participación es fundamental para brindar a las personas que viven en la pobreza la oportunidad de ser agentes activos de su propio destino⁴⁴⁴. Cuando los ciudadanos conocen sus derechos y participan como modeladores o creadores de las políticas públicas, las políticas pueden responder a las necesidades de los ciudadanos de manera efectiva y, consecuentemente, ser sostenibles a largo plazo⁴⁴⁵.

La transparencia y el acceso a la información permiten un mejor funcionamiento de la política y fortalecen el sistema democrático⁴⁴⁶. La información disponible aportará los medios para la adecuada evaluación y fiscalización de las políticas públicas y permitirá conocer a la población las decisiones que le afectan directamente⁴⁴⁷. De la mano de la transparencia se encuentra la rendición de cuentas. Es necesario que periódicamente se rinda cuentas y se suministre información respecto de los gastos, los resultados y efectos de las acciones tomadas para ejecutar las políticas⁴⁴⁸.

Las personas y entidades responsables del desarrollo humano deben rendir cuentas cuando el sistema social no logre generar dicho desarrollo⁴⁴⁹. En Latinoamérica muchas organizaciones de derechos fiscalizan las actuaciones estatales, y por medio de la participación han incidido en la orientación de las políticas y aportado mejoras para el

⁴⁴³ PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *cit.*, p. 31.

⁴⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, *cit.*, pp. 14 y 173.

⁴⁴⁵ SABATES-WHEELER, R., ABDULAI, A. G., WILMINK, N., DE GROOT, R. y SPADAFORA, T. R., “Linking Social Rights to Active Citizenship for the Most Vulnerable: The role of rights and accountability in the ‘making’ and ‘shaping’ of social protection”, United Nations Children’s Fund (UNICEF) Office of Research, Florence, 2017, pp. 39 y 40.

⁴⁴⁶ CECCHINI, S. y NIEVES RICO, M., “El enfoque de derechos en la protección social”, *cit.*, p. 337.

⁴⁴⁷ ABRAMOVICH, V. (coord.), *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, *cit.*, párr. 80.

⁴⁴⁸ CUNILL GRAU, N., “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *cit.*, pp. 4 y 9.

⁴⁴⁹ JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, *cit.*, p. 8.

funcionamiento de las instituciones públicas y la prevención de violaciones de derechos⁴⁵⁰.

Si las políticas tienen enfoque de derechos deben, consecuentemente, existir mecanismos para hacer exigibles dichos derechos, hay que verificar entonces los procedimientos administrativos previstos de revisión de las decisiones que se tomen y de fiscalización ciudadana, los espacios de reclamo para los usuarios y consumidores disponibles, si hay instancias parlamentarias de fiscalización política y las instituciones especializadas para resguardar los derechos fundamentales como las Defensorías del Pueblo, oficinas de protección de consumidores y defensa de la competencia, etc⁴⁵¹. Ante el incumplimiento de obligaciones debe ser posible activar diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías⁴⁵² para que los obligados respondan por sus actos y omisiones, justifiquen sus conductas y reparen las violaciones a los derechos⁴⁵³.

El desarrollo humano para todas las personas exige instituciones nacionales de derechos capaces y decididas a combatir la discriminación y a garantizar la protección de los derechos fundamentales⁴⁵⁴ y de ciudadanos empoderados, participativos, exigentes, demandantes e informados⁴⁵⁵ que reclamen sus derechos e incidan en la solución de la situación, cada vez que identifiquen que las políticas y los actores no cumplen con sus obligaciones⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰ ABRAMOVICH, V., “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, *cit.*, p. 15.

⁴⁵¹ ABRAMOVICH, V., “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *cit.*, p. 45.

⁴⁵² ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L., “Dilemas actuales en la resolución de la pobreza: El aporte del enfoque de derechos”, *cit.*, p. 21.

⁴⁵³ CUNILL GRAU, N., “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *cit.*, p. 8.

⁴⁵⁴ JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, *cit.*, p. 16.

⁴⁵⁵ CECCHINI, S. y NIEVES RICO, M., “El enfoque de derechos en la protección social”, *cit.*, p. 344.

⁴⁵⁶ JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, *cit.*, p. 10.

3.3. Aprovechar el potencial del uso del litigio estratégico o de impacto

El Derecho ha sido responsable de consolidar un Estado y una sociedad altamente desigual, excluyente, discriminadora y colonizadora. Esto no es irreversible. Es hora, pues, de que el Derecho pase a estar al servicio de las personas y de los grupos más necesitados y de que contribuya con la emancipación de las personas y de los pueblos⁴⁵⁷. Debe construirse una nueva racionalidad jurídica, incluyente, consciente de sus propias limitaciones, crítica y propositiva, que permita revertir la función histórica del Derecho⁴⁵⁸. Debe mejorarse pues la cooperación en la persecución de la inclusión global y el Derecho puede ser de gran utilidad para ello⁴⁵⁹.

El neoconstitucionalismo latinoamericano, tal como ha sido demostrado, provee a los Tribunales Constitucionales de óptimas herramientas para controlar todos los actos de los poderes públicos y de los particulares que atenten contra los derechos fundamentales o contra la supremacía constitucional. De ahí el gran compromiso de estos para cerrar la enorme brecha existente entre lo prescrito en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la realidad⁴⁶⁰.

Ahora bien, los jueces no se autoapoderan de las causas. Para que los jueces puedan intervenir preponderantemente en las políticas públicas sociales y producir los cambios tan anhelados, se requiere que la sociedad suscite litigios estratégicos⁴⁶¹. Es necesario que la sociedad les dé la oportunidad a los jueces de demostrar que son verdaderos garantes de los derechos de las personas, y en especial de aquellas que se

⁴⁵⁷ ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, cit., pp. 273 y 274.

⁴⁵⁸ HERNÁNDEZ LEÓN, S., “El paradigma jurídico en crisis: (Re)pensar el Derecho en y desde nuestra América”, cit., p. 82.

⁴⁵⁹ IGLESIAS VILA, M., “¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2016, pp. 130 y 138.

⁴⁶⁰ ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, cit., pp. 262 y 263.

⁴⁶¹ SEDLACEK, F., “El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano”, cit., p. 59.

encuentran en situación de vulnerabilidad, para que contribuyan a su pleno desarrollo y progreso y, por ende, a una mayor cohesión social⁴⁶².

El litigio estratégico, conocido también como litigio paradigmático, de impacto, de prueba, de interés público o litigio de las causas justas, es una herramienta de pericia de la abogacía con la cual se contribuye al Derecho de interés público, pues se realiza con el claro objetivo de contribuir al cambio social⁴⁶³. Este término también es utilizado para describir determinados procesos judiciales que tienen un resultado mayor que el de resolver el conflicto suscitado entre las partes en un caso particular⁴⁶⁴.

Por litigio se entiende el conocimiento de un juez respecto de una causa o conflicto. En cualquier litigio, las partes pretenden que se falle a su favor, no obstante, tal y como se ha señalado, en el litigio estratégico el objetivo último va más allá del interés de las partes, pues lo que se persigue es provocar cambios estructurales para que las vulneraciones de derechos acaben⁴⁶⁵. Lo anterior quiere decir que se persigue utilizar el Derecho como un mecanismo para dejar una huella, antes que ganar un caso en sí⁴⁶⁶.

El litigio estratégico es un recurso y una herramienta fundamental para un programa de expansión de derechos y de incidencia en las políticas relativas a derechos fundamentales⁴⁶⁷, pues a partir de un solo caso se puede condicionar la norma durante

⁴⁶² NEGRO, D., “Pobreza, desigualdad, sectores vulnerables y acceso a la justicia”, *cit.*, pp. 98 y 99.

⁴⁶³ VILLAREAL, M., “El litigio estratégico como herramienta del Derecho de interés público”, en Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El litigio estratégico en México: La aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, D. F., 2007, p. 18.

⁴⁶⁴ Women's Link Worldwide y Federación de Planificación Familiar de España, *Acortando distancias, Acceso a la justicia para todas las mujeres*, Federación de Planificación Familiar de España, Madrid, 2002, p. 19.

⁴⁶⁵ GUTIÉRREZ CONTRERAS, J. (coord.), RINCÓN, T. y CANTÚ, S., *Modelo para armar litigio estratégico en derechos humanos*, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH), México, D. F., 2011, p. 25.

⁴⁶⁶ GEARY, P., THACHER, S. y BARTLETT, LLP., “Guía sobre litigio estratégico: Una introducción”, trad. de M. Velázquez y M. Jiménez, Child Rights Information Network (CRIN), Londres. [Consulta: 20 de febrero de 2018]. Disponible en: http://www.crin.org/docs/litigio_estrat%C3%A9gico.pdf.

⁴⁶⁷ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el Derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, p. 17.

varias generaciones⁴⁶⁸. Ante violaciones sistemáticas de derechos sociales, en un contexto en donde existen barreras al reconocimiento de estos, lo recomendable es inclinarse por este tipo de litigio.

Uno de los pioneros es el jurista y filósofo norteamericano Jerome Frank, quien en 1933 publicó un artículo titulado *Why Not a Clinical Lawyer-School?*, que proponía la creación de clínicas jurídicas universitarias en Estados Unidos⁴⁶⁹. En 1978 con la publicación de *The Lawyering Process*, de Gary Bellow y Bea Moulton, se influyó para que las clínicas universitarias litigaran casos que provocaran cambios sociales. Las clínicas trabajan casos reales de violaciones de derechos fundamentales para generar, entre estudiantes y profesionales del Derecho, un mayor grado de conciencia y compromiso social, a la vez que ofrecen a víctimas sin representantes legales el apoyo legal requerido y la posibilidad de acceso a la justicia⁴⁷⁰. La estrategia utilizada por dichas clínicas que asumieron un alto compromiso social, es a lo que se le ha llamado litigio estratégico.

Las clínicas norteamericanas influyeron en el movimiento clínico latinoamericano, el cual contó incluso en los años sesenta con el apoyo económico de la Fundación Ford. En los años noventa se consolida el movimiento tras la creación de la *Red Sudamericana de Clínicas de Interés Público*, cuyo impulso inicial fue marcado por la Universidad Diego Portales de Chile, Universidad de Palermo de Argentina y la Universidad Católica de Perú⁴⁷¹. Originalmente, las clínicas latinoamericanas buscaban transformar los modelos tradicionales de enseñanza del Derecho, pero han destacado enormemente por su trabajo en temas relativos al ambiente sano, a la lucha contra la pobreza, los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de los inmigrantes, los derechos de las personas con discapacidad, los derechos colectivos y la defensa de grupos en situación de

⁴⁶⁸ Women's Link Worldwide y Federación de Planificación Familiar de España, *Acortando distancias, Acceso a la justicia para todas las mujeres*, cit., p. 19.

⁴⁶⁹ BENJUMEA, A. y PEDROSA, A. (comps.), *Por una justicia para las mujeres: Litigio estratégico como apuesta feminista*, Corporación Humanas Colombia, Bogotá, 2015, p. 9.

⁴⁷⁰ GUTIÉRREZ CONTRERAS, J. (coord.), RINCÓN, T. y CANTÚ, S., *Modelo para armar litigio estratégico en derechos humanos*, cit., p. 10.

⁴⁷¹ CORAL DÍAZ, A., LONDOÑO TORO, B. y MUÑOZ ÁVILA, L., “El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”, *Vniversitas*, n.º 121, 2010, pp. 56 y 57.

vulnerabilidad, así como por la incidencia que han alcanzado en las políticas públicas, a través de herramientas participativas y de monitoreo legislativo, entre otras novedosas⁴⁷².

3.3.1. ¿Qué puede alcanzarse por medio del litigio estratégico y cómo identificar el caso idóneo para este litigio?

Mediante el litigio estratégico es posible alcanzar innumerables logros, no solo una victoria respecto del caso concreto, sino también develar y exponer patrones de conductas ilegales y/o estructuras desde las que sistemáticamente se violan los derechos fundamentales; promover derechos no garantizados, tanto por las propias insuficiencias del Estado, como porque su protección efectiva solo se activa a partir del reclamo de los grupos afectados e insertar en la discusión pública y darles visibilidad a aquellos conflictos que están ausentes de la agenda de los poderes políticos⁴⁷³.

También puede servir para evidenciar políticas públicas que contradicen estándares de derechos, ya sea porque su diseño, contenido o forma de implementación vulneran estos derechos, para abrir nuevos medios de participación, fortalecer la capacidad de acción de las organizaciones e incrementar la toma de conciencia⁴⁷⁴. Asimismo, con el litigio estratégico se puede desbloquear el sistema político e institucional⁴⁷⁵; generar programas de acciones positivas para la resolución de problemas estructurales por parte del Estado⁴⁷⁶; activar procesos de toma de decisión de políticas públicas o impulsar reformas de los marcos institucionales y legales en que estas se desarrollan⁴⁷⁷; captar la atención y el apoyo internacional al caso en particular; promover una nueva educación y visión del tema en los tribunales y con los profesionales

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el Derecho*, cit., p. 17.

⁴⁷⁴ DUQUE, C., “¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?”, *Revista de Derechos Humanos, Aportes Andinos*, n.º 35, 2014, p. 13.

⁴⁷⁵ BENJUMEA, A. y PEDROSA, A. (comps.), *Por una justicia para las mujeres: Litigio estratégico como apuesta feminista*, cit., p. 13.

⁴⁷⁶ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el Derecho*, cit., p. 20.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 25.

involucrados a nivel local, nacional e internacional⁴⁷⁸; o resignificar el Derecho o dotarlo de nuevas dimensiones interpretativas, puesto que el litigio estratégico es, como dice Marta Villareal, “sinónimo de incursión en nuevas manifestaciones del Derecho”⁴⁷⁹.

En otro orden, con un litigio estratégico preventivo se pueden evitar daños y perjuicios a los derechos fundamentales cuando no se cuenta con objetividad científica de los efectos que puede provocar una acción determinada; en cambio, con un litigio estratégico correctivo se puede alcanzar la reparación integral de aquellos daños y perjuicios ocasionados cuando ya las vulneraciones han tenido lugar⁴⁸⁰. Lo importante es que se sienta, además, un precedente para la repetición de este tipo de iniciativas por parte de la sociedad⁴⁸¹.

Respecto a los requisitos de selección del caso, es importante señalar que no existe un criterio uniforme para determinar la situación o el caso más provechoso para litigar. La selección del caso puede depender de diversas consideraciones como la oportunidad, la calidad probatoria del caso, la relación con la víctima o las víctimas, los recursos jurisdiccionales disponibles, o la suma de varios factores⁴⁸². El litigio estratégico no se debe emplear para todos los casos, pues este tipo de litigio conlleva un probable proceso largo y costoso, por eso debe ser reservado para situaciones graves⁴⁸³.

Soledispa y Sánchez recomiendan al evaluar la pertinencia de escoger y asumir un caso como estratégico o emblemático para la defensa de los derechos sociales, tomar en cuenta si hay evidencia de un patrón sistemático de violación del derecho social por demandar, pues esto de plano lo caracteriza como caso emblemático y la necesidad de

⁴⁷⁸ GEARY, P., THACHER, S. y BARTLETT, LLP., “Guía sobre litigio estratégico: Una introducción”, *cit.*, p. 30.

⁴⁷⁹ VILLAREAL, M., “El litigio estratégico como herramienta del Derecho de interés público”, *cit.*, p. 28.

⁴⁸⁰ BENJUMEA, A. y PEDROSA, A. (comps.), *Por una justicia para las mujeres: Litigio estratégico como apuesta feminista*, *cit.*, p. 19.

⁴⁸¹ ESTREMADOYRO, J., “Repensando el interés público desde una perspectiva de género”, en GONZALEZ, F. (ed), *Discriminación e interés público*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2001, pp. 83 y ss.

⁴⁸² GUTIÉRREZ CONTRERAS, J. (coord.), RINCÓN, T. y CANTÚ, S., *Modelo para armar litigio estratégico en derechos humanos*, *cit.*, p. 31.

⁴⁸³ DUQUE, C., “¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?”, *cit.*, p. 11.

desarrollo jurisprudencial de la materia, dado que no existe o se cuenta con escaso desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre el derecho en cuestión⁴⁸⁴.

Hay que analizar si existe algún juicio o causa en trámite, además, si el tribunal donde se incoaría la acción tiene alguna posición en cuanto al tema que se discutirá, así como el tipo de repercusiones que generaría la pérdida o ganancia del caso, pues ante una posible derrota hay que ver si los beneficios políticos que se obtendrían llevando el caso valen la carga que sobrellevarán los involucrados directos⁴⁸⁵. Igualmente, es importante considerar si el problema planteado por el litigio será entendido y respaldado por los medios de comunicación y el público, si los tribunales serán imparciales e independientes a la hora de conocer el caso, la calidad de la prueba disponible, los intereses de las víctimas, el contexto sociopolítico y cultural del Estado, el costo del proceso y si habría respaldo internacional en torno al eje temático del caso⁴⁸⁶.

De otro lado, Gutiérrez Contreras aconseja conocer bien la situación o el problema antes de recurrir al litigio estratégico. Para tal efecto, considera esencial una ardua labor de investigación y de monitoreo de los derechos, que permitan comprender objetivamente los hechos y la situación concreta, tanto en el contexto nacional como en el internacional al respecto, lo que puede ser utilizado además como elemento probatorio con posterioridad. Para ahorrar tiempo, esfuerzo y recursos económicos, se puede seleccionar una muestra a la hora de realizar la investigación y monitoreo⁴⁸⁷. Por último, es importante disponer de cualquier otra información necesaria para el caso, como las pruebas magnetofónicas, todos los datos de los testigos, las pruebas periciales de psicología, medicina forense, criminología, entre otras⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ SOLEDISPA, A. y SÁNCHEZ, S., “Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las mujeres, a nivel nacional”, *cit.*, p. 18.

⁴⁸⁵ DUQUE, C., “¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?”, *cit.*, pp. 14 y ss.

⁴⁸⁶ PELLETIER QUIÑONES, P., “Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 55, 2012, pp. 321 y 322.

⁴⁸⁷ GUTIÉRREZ CONTRERAS, J. (coord.), RINCÓN, T. y CANTÚ, S., *Modelo para armar litigio estratégico en derechos humanos*, *cit.*, p. 26.

⁴⁸⁸ DUQUE, C., “¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?”, *cit.*, p. 17.

3.3.2. Preparación y ejecución de la estrategia

Existen tantos tipos de estrategias como frentes de acción en el litigio. El uso de un mecanismo no es excluyente de otros, más bien se recomienda combinar varios según las necesidades del caso y utilizar las herramientas disponibles de manera ingeniosa y creativa⁴⁸⁹. En la preparación del caso y construcción de las argumentaciones deben tomarse en cuenta las vías o recursos disponibles para accionar en justicia y la que resulte más favorable al caso concreto; debe examinarse inclusive hasta la última instancia en que se puede llegar, las autoridades que decidirán en cada una de las vías e instancias, sus tendencias políticas, trayectoria, preferencias doctrinales, asesores, tendencia de sus resoluciones en casos similares y, en general, en casos de derechos fundamentales, la estrategia que podría tomar la oposición para interferir o desvirtuar el litigio, etc.⁴⁹⁰. También debe reflexionarse sobre las ventajas de que la demanda sea incoada por una organización no gubernamental, por firmas privadas, a través del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo, mediante instituciones académicas o por asociaciones de abogados, lo que dependerá del peso y credibilidad que le pudieran aportar al litigio⁴⁹¹.

Hay quienes entienden que la mera posibilidad del litigio colectivo o el reclamo de derechos de grupos permite a la justicia incidir sobre las políticas públicas, en vista de los efectos de la decisión, la dinámica de los procesos colectivos y/o por las previsiones procesales respecto del modo de cumplir las decisiones. Lo cierto es que, en el caso de las personas en situación de vulnerabilidad, la agencia colectiva puede ser mucho más poderosa que la individual. Es improbable que una persona logre mucho por sí sola y el poder solo puede ejercerse mediante la acción colectiva⁴⁹².

Además, se debe analizar la normativa disponible en el ámbito constitucional, administrativo, penal, civil, procesal en el Derecho interno e internacional que ofrezcan

⁴⁸⁹ CORAL DÍAZ, A., LONDOÑO TORO, B. y MUÑOZ ÁVILA, L., “El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”, *cit.*, p. 58.

⁴⁹⁰ SOLEDISPA, A. y SÁNCHEZ, S., “Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las mujeres, a nivel nacional”, *cit.*, p. 24.

⁴⁹¹ PELLETIER QUIÑONES, P., “Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos”, *cit.*, p. 326.

⁴⁹² JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, *cit.*, p. 8.

vías o alternativas para judicializar el caso, así como la jurisprudencia y doctrina existente en la materia y si existe multiplicidad de violaciones producidas a los derechos e intersecciones del derecho vulnerado con los aspectos de género, edad, condición económica y social, raza/etnia, opción sexual, etc.⁴⁹³.

El litigio estratégico conlleva un esfuerzo organizacional de larga duración, de alta complejidad y de costos elevados, es decir de una estrategia de apoyo. Esta debe incluir líneas presupuestales específicas para actividades de apoyo y recursos humanos capacitados para el desarrollo de coaliciones, publicidad y recaudación de fondos⁴⁹⁴. Por otro lado, cabe resaltar que, en general, las estrategias que alcanzan mejores resultados son aquellas que incorporan concomitantemente un amplio proceso de movilización y activismo público⁴⁹⁵.

La incidencia y divulgación de la causa en los medios es fundamental. Los medios proveen de una plataforma para aumentar exponencialmente el conocimiento del público en general de una causa o de un caso en particular; incluso si la causa no es apoyada por los medios locales, los medios de comunicación internacionales pueden difundirla ampliamente más allá de las fronteras⁴⁹⁶. De igual forma, hay que explotar las redes sociales que hoy día ofrecen amplias posibilidades para la difusión y búsqueda de apoyo, participar en prensa escrita, radio, televisión, solicitar entrevistas, reportajes, etc., para ello, hay que contar con aliados que tengan gran incidencia en los medios, así como personalidades reconocidas que apoyen y declaren a favor de la causa.

Es de suma importancia que las víctimas se identifiquen con el caso y se empoderen sobre la relevancia de lo que se persigue con el litigio porque de no estarlo, podrían actuar bajo presiones externas, tanto en su perjuicio como en perjuicio del caso.

⁴⁹³ SOLEDISPA, A. y SÁNCHEZ, S., “Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las mujeres, a nivel nacional”, *cit.*, p. 24.

⁴⁹⁴ ZOON, I., “Acciones de apoyo al litigio”, en Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El litigio estratégico en México: La aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, *cit.*, p. 33.

⁴⁹⁵ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el Derecho*, *cit.*, p. 26.

⁴⁹⁶ GEARY, P., THACHER, S. y BARTLETT, LLP., “Guía sobre litigio estratégico: Una introducción”, *cit.*, pp. 31 y 32.

Además, de ser necesario, debe brindárseles protección y seguridad a los defensores del caso, a las víctimas y a sus familiares, así como acompañamiento psicológico⁴⁹⁷.

Durante el proceso, la presentación de *amici curiae* y dictámenes en la causa resultan significativos para el caso. Los *amici curiae* (“amigos del tribunal”) son presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial a fin de expresar sus opiniones a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial. “Los *amici* permiten aportar nuevos argumentos jurídicos y representan un mecanismo de participación ciudadana que vuelve la búsqueda de justicia una actividad colectiva –o cuanto menos más participativa–, no circunscripta a la decisión del juez y a los argumentos de las partes”⁴⁹⁸. De ahí la importancia de contar con instituciones prestigiosas en la materia para aportar dichas argumentaciones.

En algunos casos puede ser valioso contactar a políticos que pudieran estar interesados en apoyar la causa. Las organizaciones no gubernamentales también pueden ayudar en la difusión, mediante campañas dentro de la comunidad y con otros grupos de apoyo. Los académicos pueden escribir artículos relacionados con el tema o el caso en particular, impartir conferencias, charlas, talleres, realizar publicaciones, participar en los medios y alertar a la comunidad académica en el ámbito legal y de derechos fundamentales. Las instituciones de derechos en el plano nacional pueden ofrecer servicios de información general, bibliotecas e, incluso, la posibilidad de interactuar con otros grupos interesados⁴⁹⁹.

Las organizaciones comunitarias pueden asistir en la investigación de campo y organizar el apoyo de la comunidad, desarrollar campañas de educación, sensibilizar a la opinión pública y crear redes y coaliciones. Si el asunto es laboral, puede ser necesaria la colaboración con los sindicatos⁵⁰⁰. En consecuencia, se necesita generar un amplio y bien

⁴⁹⁷ PELLETIER QUIÑONES, P., “Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos”, *cit.*, p. 329.

⁴⁹⁸ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el Derecho*, *cit.*, p. 36.

⁴⁹⁹ GEARY, P., THACHER, S. y BARTLETT, LLP., “Guía sobre litigio estratégico: Una introducción”, *cit.*, p. 32. Ver también, ZOON, I., “Acciones de apoyo al litigio”, *cit.*, pp. 34 y 35.

⁵⁰⁰ ZOON, I., *ibidem*, p. 35.

diversificado debate de psicólogos, sociólogos, periodistas, economistas, entre otros, que puedan contribuir con el tema, no solo entre abogados⁵⁰¹.

Concomitantemente con el caso y, en especial, durante los momentos críticos del proceso, se puede recurrir a las protestas, reclamos, ocupación del espacio público con el propósito de hacer visibles las reivindicaciones sociales, a la desobediencia civil e incluso a la resistencia activa para los casos de violaciones graves y sistemáticas⁵⁰², movilizaciones ciudadanas o marchas, plantones, envío de cartas a las autoridades que conocen el caso, elaboración de informes alternativos o sombras, etc⁵⁰³. Finalmente, los familiares, amigos y comunidades de los demandantes deben verse involucrados en todo ese proceso de incidencia⁵⁰⁴.

Hay que explotar todo el potencial de los derechos no tan trabajados hasta la fecha, como por ejemplo el derecho al desarrollo, puesto que puede convertirse en un marco de referencia para las demandas más acuciantes que afectan los derechos y libertades de las personas⁵⁰⁵. El primero en definir el derecho al desarrollo fue el senegalés Keba M'Baye en 1972⁵⁰⁶. El 21 de febrero de 1977 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dicta una resolución donde lo reconoce como derecho humano y el 4 de diciembre de 1986 fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo⁵⁰⁷. En 1992 dicho derecho

⁵⁰¹ CARVALHO, S. y BAKER, E., “Experiencias de litigio estratégico en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 20, 2014, p. 470.

⁵⁰² PISARELLO, G., “Los derechos sociales y sus garantías: Notas para una mirada “desde abajo””, en COURTIS, C. y ÁVILA, R., *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 50.

⁵⁰³ SOLEDISPA, A. y SÁNCHEZ, S., “Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las mujeres, a nivel nacional”, *cit.*, p. 31.

⁵⁰⁴ GEARY, P., THACHER, S. y BARTLETT, LLP., “Guía sobre litigio estratégico: Una introducción”, *cit.*, p. 32.

⁵⁰⁵ LLANO ALONSO, F., “El derecho al desarrollo en el sistema de derechos humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 29, 2013, p. 369.

⁵⁰⁶ M'BAYE, K., “Le droit au développement comme un droit de l'homme”, *La Revue des Droits de l'Homme*, 1972, pp. 503-534.

⁵⁰⁷ GÓMEZ ISA, F., “El derecho al desarrollo: ¿Otros veinticinco años de diálogo de sordos?”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I. (ed.), *El derecho humano al desarrollo*, *cit.*, pp. 23 y 24. Ver también LLANO ALONSO, F., “El derecho al desarrollo en el sistema de derechos humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado”, *cit.*, pp. 370 y 371.

se reafirmó en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y, en la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados en 1993 y en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, se reafirmó igualmente como un derecho universal, inalienable e indivisible de los demás derechos fundamentales⁵⁰⁸.

Diversas Declaraciones internacionales y documentos finales publicados que lo abordan recientemente, son: la Declaración del Milenio de 2000; la Declaración de Durban y Plan de Acción de 2001⁵⁰⁹; el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, titulado “El futuro que queremos” de 2012; la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo; el Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030; “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, que incluía los Objetivos de Desarrollo Sostenible; y el Acuerdo de París sobre el cambio climático, estos últimos de 2015⁵¹⁰.

En esa línea, puede cuestionarse la efectividad de las estrategias de desarrollo y de las políticas públicas para la erradicación de la pobreza y la pobreza extrema cuando no se corresponden con el enfoque de los derechos de las personas. Especialmente, cuando tienen más bien perspectiva asistencial o de beneficencia⁵¹¹ y no contemplan medidas dirigidas a grupos con necesidades específicas, como las mujeres, las minorías étnicas, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las personas que viven con el VIH y el sida, los trabajadores vulnerables⁵¹², entre otros, que persigan garantizar condiciones de igualdad real.

Abordar el desarrollo como un derecho fundamental ha sido esencial para reducir las privaciones en algunos contextos. Los derechos constituyen herramientas para

⁵⁰⁸ ALFARARGI, S., “Informe del Relator Especial sobre el derecho al desarrollo”, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/36/49, 2 de agosto de 2017.

⁵⁰⁹ GÓMEZ ISA, F., “El derecho al desarrollo: ¿Otros veinticinco años de diálogo de sordos?”, *cit.*, p. 26.

⁵¹⁰ ALFARARGI, S., “Informe del Relator Especial sobre el derecho al desarrollo”, *cit.*

⁵¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, *cit.*, p. 43.

⁵¹² JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, *cit.*, p. 118.

defender a las personas, contribuyen a redefinir la dinámica política y crear una oportunidad para el cambio social⁵¹³. El derecho al desarrollo debe entonces ser reivindicado a la hora de litigar casos para el control de las políticas públicas sociales, pudiendo recurrirse a la tesis de Walker para concebirlo desde la perspectiva del Derecho global⁵¹⁴. Según Quesada, la Agenda 2030 constituye una Agenda de constitucionalismo global y los Objetivos de Desarrollo Sostenible integran una especie de pilar universal de derechos sociales que propende a la mundialización de la democracia social⁵¹⁵, de ahí la importancia de reivindicarlos.

Recuérdese que la interpretación extensiva de la Constitución y del bloque de constitucionalidad (como la Carta de las Naciones Unidas y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entre otras) permite desprender de éstas incalculables normas implícitas, no expresas y adecuadas para regular todos los aspectos de la vida social y política⁵¹⁶. El juez constitucional debe interpretar y actualizar la Constitución, infundirle vida, no comprimirla a la literalidad, pudiendo utilizar también la interpretación sistemática, consecuencialista y teleológica u otras. El juez debe armonizar la estabilidad con el cambio y contribuir a cerrar la brecha existente entre las necesidades

⁵¹³ *Ibidem*, p. 95.

⁵¹⁴ Sobre este punto veáse WALKER, N., *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 18 y ss. Dicho autor plantea la necesidad de un Derecho global, definido como cualquier respaldo práctico o compromiso con la garantía universal o de otro modo global de algunas Leyes o de algunas dimensiones de la Ley. Se trata de un Derecho que emana de una fuente planetaria como las Naciones Unidas, abarcando aquellas reglas institucionalmente no específicas del Derecho internacional, en un *jus cogens* particular, que comúnmente se entiende que se aplican globalmente sin excepción. El Derecho global también se refiere al surgimiento o a la perspectiva del surgimiento de un sentido común y una práctica trans-sistémica y, a menudo, explícitamente inter-sistémica, de reconocimiento y desarrollo de un terreno común sin restricciones en materia de reglas particulares, precedentes de casos, doctrinas o principios. El Derecho global pretende cubrir todos los actores y actividades relevantes para su cometido en todo el mundo. Se fundamenta en la afirmación o el supuesto de que existen buenas razones defendibles a nivel mundial para su invocación. Véase también la idea del Estado social mundial en CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pp. 90 y ss.

⁵¹⁵ QUESADA, L., “El constitucionalismo social y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)”, *Lex Social-Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, n.º 1, 2019, pp. 13 y 44.

⁵¹⁶ GÓMEZ ISA, F., “El derecho al desarrollo: ¿Otros veinticinco años de diálogo de sordos?”, *cit.*, pp. 27 y 28. Ver también ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, t. XXIII/1, 2010, p. 89.

sociales y el Derecho. En definitiva, asegurar la estabilidad con los cambios y los cambios con la estabilidad⁵¹⁷.

Por último, como bien es conocido, en un sistema institucional con fuertes debilidades, muy pocos triunfos judiciales y políticos son definitivos. Esto obliga a utilizar todas las vías de reclamo disponibles y a ejercer un control permanente sobre el Estado para favorecer el cumplimiento de los compromisos asumidos⁵¹⁸. Se necesita monitorear que la sentencia y los acuerdos permanezcan vigentes y sean cumplidos a cabalidad, para ello es imprescindible una defensa continua, porque cualquier victoria en una Corte puede ser rápidamente olvidada o, incluso peor, no realizada⁵¹⁹.

Es de vital importancia mantener el contacto con los actores encargados de hacer cumplir las decisiones y, en caso necesario, tomar acciones urgentes tales como cartas dirigidas a estos(as) funcionarios(as) a fin de sensibilizarlos(as) para el cumplimiento de la sentencia⁵²⁰. Es decir, hay que prever políticas de alianzas e impulso para que las instituciones cumplan su función; mantener campañas educativas y de incidencia para que la ciudadanía conozca sus derechos y los reclame si se vulneran; y por último, debe también preverse un plan de contingencia para denuncia y protección frente a la corrupción, amenazas⁵²¹, entre otros obstáculos que no permitan el cumplimiento cabal de la decisión lograda. Cuanto mayor es el costo del remedio solicitado, más preparados tienen que estar los demandantes para incidir en conseguir el cumplimiento, deben sensibilizar a la sociedad y al destinatario de la orden respecto de que el cumplimiento resulta menos costoso que el incumplimiento⁵²².

⁵¹⁷ GARRIDO GÓMEZ, M. I., “Cómo consolidar el derecho humano al desarrollo”, *cit.*, p. 104. Ver también CEA EGAÑA, J., *Estado social y justicia constitucional*, Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional n.º 41, 2009, p. 88.

⁵¹⁸ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el Derecho*, *cit.*, p. 28.

⁵¹⁹ GEARY, P., THACHER, S. y BARTLETT, LLP., “Guía sobre litigio estratégico: Una introducción”, *cit.*, p. 33.

⁵²⁰ SOLEDISPA, A. y SÁNCHEZ, S., “Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las mujeres, a nivel nacional”, *cit.*, p. 33.

⁵²¹ CORAL DÍAZ, A., LONDOÑO TORO, B. y MUÑOZ ÁVILA, L., “El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”, *cit.*, p. 58.

⁵²² BRINKS, D., “Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales”, *cit.*, p. 584.

CONCLUSIONES

1. Aunque la positivación de los derechos sociales sucedió en una segunda fase del desarrollo de los derechos fundamentales, esto no puede seguir siendo motivo para asumirlos como derechos de menor categoría jurídica que los derechos civiles y políticos, sino más bien corresponde comprender que existe entre ellos una íntima e innegable relación de interdependencia, indivisibilidad y complementariedad. La *estructura típica* frecuentemente atribuida a los derechos económicos, sociales y culturales, ha llevado a fomentar la construcción de mitos sobre estos derechos y a que no sean considerados derechos fundamentales. Por eso, a la hora de reivindicarlos como tales, se debe insistir más en su función que en su contenido estructural, advirtiéndose que se encuentran consagrados en casi todas las Constituciones de los países y que su desconocimiento ocasionaría a su titular un daño injustificable. Y es que, en el marco de la teoría del Estado social y democrático de Derecho, los DESC tienen por misión darle contenido a la libertad desde la igualdad y, en determinadas circunstancias, paliar necesidades básicas que las personas no pueden satisfacer por sus propios medios, pero que son indispensables para el ejercicio de sus capacidades y el pleno disfrute de su dignidad humana.

2. En cuanto a la discusión respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales, de acuerdo con autores como Böckenförde, la materialización de esos derechos se encuentra bajo la reserva de lo posible y, ante casos extremos, es que deben ser considerados derechos subjetivos, además, de que la prestación comprendida en ellos es tan difusa que constituyen aspiraciones políticas más que derechos fundamentales, y

sostiene que para ser exigibles judicialmente deben ser concretados a través de la ley. No obstante sus argumentos, en el estudio se demostró que los derechos sociales son de por sí justiciables, es decir, sancionables o al menos reparables, ya sea por una vía directa de tutela o por algún mecanismo de protección indirecta de otro derecho. Y es que contrario a lo expresado por Böckenförde, no es posible afirmar que se trate de derechos que carezcan de algún tipo de obligación exigible a los Estados, puesto que, como bien se expuso, las violaciones de los derechos fundamentales, incluidos los sociales, pueden provenir de distintas modalidades previsibles de incumplimiento, tales como el incumplimiento de obligaciones negativas y positivas; de respetar, proteger y cumplir; de no discriminar; de progresividad y no regresividad; de garantizar contenidos esenciales de los derechos; de ofrecer recursos adecuados; de comportamiento y de resultado, entre otras.

3. Si bien no se debe dejar de reconocer que existen complejas barreras que comúnmente impiden la aplicación o dificultan la debida protección judicial de los derechos sociales, en esta tesis se puso en evidencia que no hay un solo derecho económico, social o cultural que no posea mínimamente una característica que permita su justiciabilidad en caso de ser conculcado. Con respecto a los mecanismos a recurrir para hacer exigibles los derechos sociales, se presentaron dos, cuando se produce la violación de una obligación del Estado en materia de los derechos sociales y se reclama frente a dicha violación, se puede alcanzar la exigencia directa de estos derechos (justiciabilidad directa); en cambio, cuando resulte imposible o inoperante la tutela judicial directa, por medio de algunas estrategias, se puede conseguir protegerlo indirectamente (justiciabilidad indirecta), por ejemplo, mediante la reclamación de otros derechos fundamentales. Los sistemas internacionales de protección de derechos han contribuido a ampliar las posibilidades de proteger judicialmente los derechos sociales, gracias al desarrollo de innumerables estándares e instrumentos que facilitan tanto la justiciabilidad directa como la indirecta de dichos derechos.

4. Para la investigación fue necesario reflexionar sobre las tesis mantenidas por la corriente neoconstitucionalista porque este pensamiento transformador del Estado de Derecho, parte de una teoría del Derecho novedosa, en la cual prima la Constitución

como fuente del Derecho que rige todas las demás normas jurídicas e impregna o irradia el ordenamiento, y ofrece soluciones u orientaciones a todos los ámbitos jurídicos. Al propulsar las Constituciones largas, rígidas y garantizadas, cuya fuerza vinculante origina de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles y que todas las normas produzcan efectos jurídicos sin necesidad de esperar el desarrollo legislativo para poder ser aplicadas, la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales y el control jurisdiccional de políticas públicas encuentran allí un excelente respaldo. Especialmente porque en el neoconstitucionalismo principialista no queda margen, incluso, para la doctrina de las cuestiones políticas, se consagran además amplios catálogos de derechos, todos justiciables y se expanden los mecanismos judiciales para la garantía de los derechos fundamentales, como la acción de amparo o de tutela, la acción popular, el control de constitucionalidad concreto y abstracto, *a priori* o *a posteriori*, entre otros.

5. Otro aspecto de trascendencia del neoconstitucionalismo principialista lo constituye la dignidad humana, al tornarse la premisa antropológica-cultural del ordenamiento jurídico y del propio Estado. Después de las guerras mundiales, los Estados asumieron como función esencial la garantía de este nuevo valor o principio supremo, se refundaron e instauraron los cotos vedados y quedan ahora la voluntad popular, las decisiones políticas y todas las normas condicionadas para ser válidas, al respeto a los derechos fundamentales y al principio de razonabilidad, transitándose así del Estado liberal de Derecho al Estado social y democrático de Derecho.

La dignidad constituye fuente y límite de los derechos fundamentales, pues fundamenta, orienta y legitima el ordenamiento, por lo demás, resulta justiciable de manera directa, y ofrece elementos para respaldar la interpretación evolutiva y la libre creación judicial del Derecho. De igual manera, resulta insostenible permitir que las necesidades elementales de las personas se encuentren insatisfechas, debido a que anulan el ejercicio de todo intento de autonomía. De ahí, que el segundo paradigma de la dignidad humana se concreta en la eficacia de los derechos sociales. En adición a esto, a partir de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, las normas relativas a derechos sociales son ahora justiciables y el Derecho, consecuentemente, asume también un rol de redistribución de riqueza.

6. En el caso de Latinoamérica y el Caribe, al ser su realidad muy distinta a la europea, el fenómeno neoconstitucional evoluciona aún más. Fundamentalmente, las Constituciones de Colombia, de Venezuela, de Ecuador y de Bolivia promovieron la recuperación y renovación del poder constituyente democrático, y aportan al neoconstitucionalismo algunas mejoras, entre ellas la apertura de espacios de participación directa, extensión de garantías de derechos sociales, incorporación de la protección del medio ambiente, extensión de controles constitucionales a los poderes privados, posibilidad de activación del procedimiento de control de constitucionalidad por la ciudadanía, fortalecimiento de la independencia del poder judicial y de las instituciones de control, así como herramientas para remediar la discriminación de minorías étnicas y de grupos en situación de vulnerabilidad. Los avances del constitucionalismo en Latinoamérica son producto de las reivindicaciones de los movimientos sociales, lo que explica su esfuerzo por el reconocimiento de catálogos más amplios de derechos y garantías, y por combatir el problema de la desigualdad social, a través de la participación democrática y activa de todos los sectores y principalmente de los afectados, elemento último clave para la eficacia de las políticas públicas.

7. Respecto a la recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno, el neoconstitucionalismo latinoamericano promueve una gran apertura, especialmente por el tratamiento dado a los tratados que versan en dicha materia. La creciente tendencia de conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, gracias a los aportes de la doctrina del bloque de constitucionalidad, ha llevado a que constituyan fuente del Derecho constitucional y a que se apliquen de manera directa por los tribunales nacionales como refuerzo de las obligaciones del Estado en derechos fundamentales y como límite de lo innegociable. Adicionalmente, ha servido para completar la carta de derechos y para ampliar la interpretación y comprensión de los derechos, incluyendo los DESC, que se encuentran reconocidos en la Constitución, adaptando así la Constitución a las nuevas realidades sociales y políticas, como si se tratase de un *documento viviente*.

8. No es posible garantizar el principio de supremacía constitucional y de transitar del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho sin contar con

mecanismos adecuados para hacer frente a los actos del Estado que la contradigan. La esperanza de prevenir el establecimiento de Estados totalitarios, así como de reconstruir el Estado social y democrático de Derecho, suscitó el desarrollo de la jurisdicción constitucional independiente, pues se entendió la importancia de que la Constitución sea respetada por todos y todas y las consecuencias de la aplicación de normas inconstitucionales que vulneren derechos fundamentales para la democracia. En el caso de la protección de los derechos sociales ante la jurisdicción constitucional latinoamericana, la acción de control de constitucionalidad, la acción de control de convencionalidad y la acción constitucional de amparo, aun con todos los retos y desafíos que tienen por superar en el marco del neoconstitucionalismo, constituyen las principales y más promisorias garantías jurisdiccionales de dichos derechos.

9. Entre las concepciones contemporáneas del Derecho, el realismo jurídico contribuyó con la interpretación jurídica basada en los intereses y necesidades sociales; la concepción del Derecho vivo; y la defensa de la validez de las normas en el sentido fáctico o sociológico de eficacia, y no simplemente jurídico formal. El escepticismo jurídico, gracias a sus fuertes críticas influyó a concebir el Derecho como un instrumento de gran potencial para producir cambio social. Y por su parte, entre los aportes del enfoque del Derecho como argumentación, cabe resaltar que este admite la interpretación como un proceso racional y creador del Derecho; reivindica el carácter práctico y dinámico del Derecho; promueve la interpretación de normas jurídicas conforme a la Constitución; aboga por la pretensión de justicia en la actividad jurídica; señala la necesidad de justificar racionalmente las decisiones en toda sociedad democrática; considera el Derecho en relación con el contexto; y relaciona el Derecho con las necesidades prácticas del humano, entre otros. Estas concepciones del Derecho avanzan en el desarrollo de buenos argumentos para defender el control jurisdiccional de políticas públicas sociales. Por otro lado, se evidencia cómo los métodos de interpretación constitucional responden a la concepción filosófica del Derecho que se tenga.

10. En los casos analizados en los cuales los tribunales de Perú y Venezuela ordenaron o exhortaron al cumplimiento de políticas públicas previstas, pudo observarse que, mientras el Tribunal Constitucional peruano tiene que recurrir a la justiciabilidad

indirecta para justificar su competencia, en cambio, a la Sala Constitucional venezolana se le facilita la tutela directa por encontrar a estos reconocidos como derechos fundamentales. En los dos casos conocidos por el Tribunal Constitucional peruano (*Caso Azanca* y *Caso Pablo Fabián*), se notó un buen manejo de las teorías de los derechos sociales y del Derecho constitucional; sin embargo, también se identificaron remanentes de la concepción formalista del Derecho porque se condicionó la justiciabilidad de los derechos sociales a la gravedad del caso, a la afectación de otros derechos, a la disponibilidad presupuestal y a la existencia de la política social al respecto. En cuanto a los casos resueltos por la Sala Constitucional de Venezuela (*Caso Glenda López* y *Caso Julia M. Mariño De Ospina y otros*), en el primero se evidenció la falta de manejo de la teoría de los derechos sociales y del neoconstitucionalismo principialista; sin embargo, cinco años más tarde, la Sala emplea algunos de los elementos esenciales de ambas teorías, y si bien por un lado desconoce la fuerza vinculante de normas constitucionales, por otro deduce derechos fundamentales de principios constitucionales.

11. Con respecto al análisis de sentencias que modifican parcialmente políticas públicas sociales, llama la atención que en la decisión de la Sala Constitucional de Venezuela (*Caso Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos*) se dictó medida cautelar ante la situación de urgencia y básicamente solo se recurrió al Derecho internacional de los derechos humanos y a algunas normas constitucionales para fundamentar la decisión, se obviaron elementos fundamentales de la teoría de los derechos sociales y del neoconstitucionalismo principialista. En contraste, en las dos decisiones de la Corte Constitucional colombiana (*Caso Abel Antonio Jaramillo y otros* y *Caso Entidad Promotora de Salud Sanitas y otros*) sobresalió el adecuado manejo de las teorías de los derechos sociales y del Derecho constitucional contemporáneo, además, se examinó exhaustivamente la política pública social y se diagnosticaron sus obstáculos, se dictaron órdenes abiertas y se contemplaron mecanismos participativos de seguimiento, predominando el enfoque del Derecho como argumentación. Respecto a la decisión del Tribunal Constitucional de Perú (*Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso*), si bien se recurrió al Derecho internacional de los derechos humanos, a varios elementos de las teorías de los derechos sociales, del neoconstitucionalismo principialista y al enfoque

del Derecho como argumentación, no se contemplaron mecanismos de seguimiento para el cumplimiento de la decisión.

12. En cuanto a las dos sentencias colombianas examinadas en donde se crean directamente políticas públicas sociales no previstas (Caso Abel Antonio Jaramillo y otros-auto de revisión y *Caso Mónica del Pilar Roa López y otros*), fue notable el abundante uso del Derecho internacional de los derechos humanos para fundamentar la decisión, los elementos de las teorías de los derechos sociales y del neconstitucionalismo principialista analizados en el estudio. Además, se partió de la protección necesaria de los sujetos en situación de vulnerabilidad y en ambas decisiones se desprendió la necesidad de abandonar el formalismo jurídico, primando el enfoque del Derecho como argumentación. En el caso de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, se criticó la prolongada e injustificada renuencia a adoptar medidas específicas contra esto y se consideró la urgencia para el diseño e implementación de los programas relativos a las mujeres desplazadas, víctimas de violencia de género, se establecieron mecanismos de seguimiento fuertes y participativos para imponer y regular los contenidos mínimos de la política pública, y se reenvió a los poderes para los demás aspectos de esa política. En el *Caso Mónica del Pilar Roa López y otros* es criticable que se condicionó la fundamentalidad del derecho a la protección de la salud, a la afectación de la vida y que no se ordenaron medidas para combatir la discriminación estructural contra las mujeres en materia de ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

13. Como pudo observarse, el derecho al cumplimiento de las sentencias constituye uno de los principales desafíos del control jurisdiccional de las políticas públicas sociales, para lo cual es imprescindible que sea el propio Tribunal Constitucional el que vele porque sus decisiones sean efectivamente cumplidas y que disponga de los mecanismos adecuados para ejecutarlas. Es preocupante que ante casos en que el incumplimiento de las sentencias puede evidentemente ocasionar daños irreparables para grupos en situación de vulnerabilidad, y donde el grado de intervención ha sido el más leve en las políticas públicas, que estas no se hayan cumplido, y que de una (*Caso Pablo Fabián*) no se identifique siquiera información pública al respecto. Cabe resaltar que en dos de dichas sentencias (*Caso Azanca* y *Caso Glenda López*) que exhortan u ordenan el

cumplimiento de políticas previstas, los mecanismos de seguimiento han sido nulos y en otra (*Caso Julia M. Mariño De Ospina y otros*), han sido incorporados posteriormente, pero aún inefectivos para la complejidad del problema, pues pocos avances se han registrado.

14. Respecto del cumplimiento de las decisiones que modificaron parcialmente políticas públicas sociales, la Corte Constitucional colombiana creó en las dos decisiones analizadas (*Caso Abel Antonio Jaramillo y otros* y *Caso Entidad Promotora de Salud Sanitas y otros*), salas de seguimiento, dictó medidas fuertes para el cumplimiento y ha registrado importantes avances a pesar de la gran complejidad de los casos y de las medidas dictadas. En el *Caso Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos* de Venezuela, esta fue ejecutada en muy breve tiempo y, en cuanto a la del Tribunal Constitucional peruano (*Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso*), pueden identificarse los avances, pero no puede admitirse que fuera ejecutada íntegramente, porque de por sí no fue muy clara sobre las medidas necesarias para superar el declarado estado de cosas inconstitucionales en el sistema educativo universitario ni estableció un mecanismo de seguimiento para el cumplimiento en dicho aspecto. Y con respecto al cumplimiento de las sentencias que crearon directamente políticas públicas, a pesar de los avances mostrados, tampoco se puede afirmar que se cumplieron, pues padecen enormes barreras que lo impiden. Por lo tanto, se desprende entonces, el gran desafío de mejorar los mecanismos de ejecución de las sentencias.

15. Otro de los retos primordiales para el control jurisdiccional de las políticas públicas sociales consiste en que el juez constitucional contrarreste los riesgos que muchas veces corresponden más bien a mitos sobre los efectos adversos del ejercicio de dicho control, entre ellos el del poder contramayoritario, el cual es superable al promover la deliberación y participación ciudadana a la hora de decidir, elementos, dicho sea de paso, que resultan bien defendibles a partir de la propuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano; el relativo a la provocación de un gobierno de los jueces, que debe refutarse sensibilizando sobre la importancia de un efectivo sistema de frenos y contrapesos que promueva la colaboración armónica entre los distintos poderes; el que critica la falta de capacidad técnica de los tribunales para elaborar políticas públicas, es

superable con facilidad a través de la solicitud de opiniones autorizadas y de peritos, y con la confrontación ante los desaciertos de sentencias, para que sea reorientada la decisión; por último, sobre el mito de que las políticas públicas sociales no comprenden obligaciones jurídicas, como bien fue explicado ampliamente a partir del enfoque de derechos en las políticas, es indudable que estos determinan los límites y obligaciones para las políticas públicas.

16. Para el *control de viabilidad* de las políticas públicas sociales esta tesis propone los cuatro pasos siguientes: a) Diagnosticar el problema en la política pública social a partir de la observación y discusión abierta y democrática del tema, impulsando el activismo procedimental, el uso alternativo del Derecho, la publicidad y transparencia del procedimiento; b) determinar las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad vulneradas por el problema, especialmente cómo afecta la dignidad humana, lo que implica para el Estado social y democrático de Derecho, para la igualdad y no discriminación de sujetos de especial protección, entre otros importantes estándares; c) establecer el tipo de intervención u órdenes a impartir que se requieren ante la situación diagnosticada, para lo cual se deben tener claros los derechos de impostergable protección, cómo perjudica a los grupos en situación de vulnerabilidad y lo que se puede y no negociar por medio del debate democrático, porque de ahí dependerá la necesidad o no de crear directamente la política o si conviene el reenvío; y d) seleccionar los mecanismos adecuados y participativos para garantizar el cumplimiento de la decisión, integrar una estrategia para ello, conservar la competencia de la ejecución hasta el final y activar los mecanismos de ejecución forzosa cuando sea necesario.

17. A pesar de que América Latina y el Caribe es clasificada internacionalmente como una región de desarrollo humano *alto*, tiene los problemas más alarmantes de desigualdad y violencia interpersonal del mundo. De manera determinante la ausencia de políticas públicas sociales integrales, armónicas, suficientes y efectivas dentro de un paradigma enfocado en los derechos fundamentales, es lo que ha conducido a esas violaciones graves en los derechos a la educación, a la protección de la salud, vivienda, alimentación, trabajo, entre otros derechos sociales fundamentales, que afectan en mayor proporción a grupos en situación de vulnerabilidad y los lleva a niveles de pobreza

incompatibles con la dignidad humana. Los jueces constitucionales y la sociedad deben ser conscientes y tomar con determinación las medidas necesarias para contribuir a revertir dicha situación. Entender las particularidades del complejo panorama social de América Latina y el Caribe, esa diferencia contrastante con el panorama social de los países desarrollados, es indispensable para el fomento y adecuado control jurisdiccional de las políticas públicas sociales de la región.

18. Del análisis de cinco de las decisiones estudiadas (*Caso Azanca, Caso Glenda, Caso Pablo Fabián, Caso Julia M. Mariño De Ospina y otros y Caso Mónica del Pilar Roa López y otros*) se puso de manifiesto la necesidad de capacitar a los jueces constitucionales respecto al fenómeno social imperante de la discriminación estructural y cómo opera sobre los grupos en situación de vulnerabilidad, para que las medidas que se adopten puedan ser eficaces en una región tan desigual y excluyente como esta. Se trata del elemento clave para responder a la hipótesis planteada en esta investigación, pues del entendimiento de la realidad social circundante se podrá determinar cuándo le corresponde al juez constitucional exhortar al cumplimiento y/o a su elaboración, modificar y/o crear directamente la política pública social. En esa misma línea, cuando la urgencia de la situación lo demande por el daño irreparable que pudiese causar la violación del o de los derechos sociales reclamados, el Tribunal deberá asumir un compromiso serio, sobre todo para con los grupos en situación de vulnerabilidad, a los cuales debe proteger y garantizar que la deliberación *democrática* no cercene ni postergue innecesariamente más el ejercicio de sus derechos.

19. Finalmente, otras dos herramientas resultan imprescindibles para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, muy especialmente cuando se persigue la toma de decisiones jurisdiccionales que controlen y/o modifiquen las políticas públicas sociales, estas son: a) El fomento de la educación en derechos humanos en todos los niveles de la enseñanza y en todos los sectores sociales, para que provoque un cambio en la cultura jurídica y empodere a la población, en especial a los sectores excluidos para que velen por el control de las políticas públicas, combatan la discriminación y se involucren e incidan activamente en las soluciones; y b) el uso del litigio estratégico ante las violaciones sistemáticas o consistentes de derechos sociales, el

cual tiene como desafío explorar el potencial de reivindicar el derecho al desarrollo y el cumplimiento de la Agenda 2030.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.

ABRAMOVICH, V., “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, n.º 2, 2006, pp. 13-51.

- “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, n.º 88, 2006, pp. 35-50.

AGUILAR CAVALLO, G., “¿Son los derechos sociales solo aspiraciones?: Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en VON BOGDANDY, A., FIX-FIERRO, H., MORALES, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2011, pp. 197-233.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

- *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

ANCHALUISA SHIVE, C., “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de Política Exterior, Línea Sur*, 5, 2013, pp. 115–133.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares (Madrid), 2009, pp. 143-163.

- “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 23-42.

AÑÓN, M. J., *Necesidades y derechos: Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

- “Derechos sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 21-46.

- “Derechos humanos y obligaciones positivas”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 43-71.

- “¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derechos y Libertades*, n.º 34, 2016, pp. 57-90.

AÑÓN, M. J., DE LUCAS, J., *et. al.*, *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2012.

ATIENZA, M., “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 264-281.

- *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012.

- *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2014.

- *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2017.

- *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2018.

ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Abya-Yala-Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011.

- “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2012.

BALLESTEROS, J., “Derechos sociales y deuda. Entre capitalismo y economía de Mercado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2018, pp. 1-21.

BARBALET, J., *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, trad. de D. Zolo, Liviana, Padova, 1992.

BARBERIS, M., “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, trad. de S. Sastre Ariza, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 259-278.

- “Le néoconstitutionnalisme existe-t-il?”, trad. de P. Brunet y J. Mercier, *Revus*, n.º 25, 2015, pp. 101-124.

BARRANCO AVILÉS, M. C., “Exigibilidad de los derechos sociales y democracia”, en ROSSETTI, A., “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 149-171.

- *Constitucionalismo y función judicial*, Grijley, Lima, 2011.

BARRERO ORTEGA, A., “A vueltas con la exigibilidad de los derechos sociales”, en BARRERO ORTEGA, A. (coord.), *Derechos sociales: Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 67-104.

BARROSO, L., “La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, trad. de C. Peralta, *International Law Students' Association Journal of International & Comparative Law*, vol. 16/3, 2010, pp. 697- 750.

BAZÁN, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2017.

BAZÁN, V. y STEINER, C. (eds.), *La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2015, pp. XI-XIII.

BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional”, *Revista do Direito Universidade De Santa Cruz do Sul*, n.º 34, 2010, pp. 134-154.

- “El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2015, pp. 21-53.

- “Los derechos sociales en tiempos de crisis: su progresividad y su exigibilidad como retos del Estado constitucional”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, n.º II, 2016, pp. 125-158.

BENDOR, A., “The Relevance of the Judicial Activism vs. Judicial Restraint Discourse”, *Tulsa Law Review*, n.º 2, 2011, pp. 331-337.

BERNAL BALLESTEROS, M., “Seguridad alimentaria y derecho humano a la alimentación: desafíos para su garantía”, *Dereito*, vol. 26, n.º 2, 2017, pp. 123-134.

BERNAL PULIDO, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, *Discusiones: Derechos Sociales*, n.º 4, 2004, pp. 99-144.

- “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2007, pp. 289-325.

- *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

- “Los derechos constitucionales sociales en América Latina”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n.º 5, 2017, pp. 3-33.

BIDART CAMPOS, G., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

BILCHITZ, D., *Pobreza y derechos fundamentales: La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de J. Portocarrero, Marcial Pons, Madrid, 2017.

- “Derechos socioeconómicos, crisis económica y doctrina jurídica”, trad. de A. Díaz Azcúnaga, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n.º 5, 2017, pp. 99-160.

BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993.

- *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

BODELÓN, E., “Pluralismo, derechos y desigualdades: una reflexión desde el género”, *Derechos y libertades*, n.º 5, 1995, pp. 201-213.

BOLY BARRY, K., “Education is Not a Privilege, It is a Human Right”, *Norrag Special Issue*, n.º 1, 2018, pp. 14-16.

BREWER-CARIÁS, A., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 46, 2007, pp. 219-271.

- “La justicia constitucional como garantía de la Constitución”, en BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en*

América Latina?, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2010, pp. 25-62.

- “Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales”, Ponencia presentada para el II Congreso Internacional *Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de Derecho*, organizado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 28 de noviembre de 2014.

BRINKS, D. y FORBATH, W., “Commentary: Social and Economic Rights in Latin America: Constitutional Courts and the Prospects for Pro-poor Interventions”, *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 2011, pp. 1943-1955.

BRINKS, D., “Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales”, trad. de C. Morales y J. Torroja, en LANGFORD, M., RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y ROSSI, J. (eds.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Dejusticia, Bogotá, 2017, pp. 578-613.

CABRA APALATEGUI, J. M., “Democracia, argumentación e ideologías jurídicas”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2016, pp. 56-77.

CALDERÓN GAMBOA, J., “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo”, en FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES, M. y FLORES, R. (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018, pp. 333- 379.

- “Consolidando los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: la justiciabilidad directa en la sentencia Lagos del Campo y la relatoría DESCAs”, en PRONER, C., OLASOLO, H., *et. al.* (coords.), *70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 343-353.

CALVO GARCÍA, M., “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 89-132.

CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2007.

- “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2008.

- (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.

- “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Precedente*, 2010, pp. 207-225.

- “Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI”, en OLEAS GALLO, Á. (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010.

- “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina: Apuntes para una discusión”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 14, 2010, pp. 12-31.

CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 153-164.

CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

- “El derecho a un mínimo vital”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1575-1616.

- “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 100, 2017, pp. 1209-1238.

CAROZZA, P., “La perspectiva histórica del aporte latinoamericano al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en ELY YAMIN, A. (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, Plaza y Valdés, México, D. F., 2006, pp. 43-61.

CARVALHO, S. y BAKER, E., “Experiencias de litigio estratégico en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 20, 2014, pp. 469-479.

CASAL, J., “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”, en BAZÁN, V. y STEINER, C. (eds.), *La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2015, pp. 21-45.

CASTAÑEDA, M., *El Derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D. F., 2012.

CASTRO BUITRAGO, E., RESTREPO YEPES, O. y GARCÍA MATAMOROS, L., “Historia, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, 2007, pp. 77-108.

CAVALLARO, J. y SCHAFFER, E., “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, n.º 2, 2004, pp. 217-282.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., “Droits de l’homme et libertés économiques: éléments de problématique”, en CHAMPEIL-DESPLATS, V. y LOCHAK, D. (dirs.), *Libertés économiques et droits de l’homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2011, pp. 21-34.

CEA EGAÑA, J., *Estado social y justicia constitucional*, Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional n.º 41, 2009.

CENICACELAYA, M. N., “Tutela del agua y del ambiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata*, n.º 46, 2016, pp. 235-248.

CEPEDA-EESPINOZA, M., “Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 2011, pp. 1699-1705.

CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad: Del debido juicio sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009.

CLEMENCEAU, B., “Où en est le droit des êtres humains à l’eau et à l’assainissement depuis l’adoption de la Résolution n.º 64/292 de l’Assemblée Générale des Nations Unies du 28 juillet 2010?”, *La Revue des Droits de l’Homme*, n.º 13, 2018, pp. 1-23.

COMANDUCCI, P., “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 75-98.

- “El neoconstitucionalismo como ideología”, en BAZÁN, V. (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 141-150.

COMANDUCCI, P. y ESCUDERO ALDAY, R. (ed.), *Democracia, principios e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho*, Ara, Lima, 2010.

CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.

CORAL DÍAZ, A., LONDOÑO TORO, B. y MUÑOZ ÁVILA, L., “El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”, *Vniversitas*, n.º 121, 2010, pp. 49-76.

CORCUERA CABEZUT, S., “Derechos sociables exigibles”, en CALVA, J. (coord.), *Derechos y políticas sociales*, La H. Cámara de Diputados, LX Legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México-Miguel Ángel Porrúa, México, D. F., 2007.

CORNEJO CHÁVEZ, L., “El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en

FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES, M. y FLORES, R. (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018, pp. 235- 276.

CORNWALL, A. y BROCK, K., “Beyond Buzzwords. Poverty Reduction, Participation and Empowerment in Development Policy”, United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD), Ginebra, noviembre 2005.

COSTA, P., “Derechos sociales y democracia constitucional: Un itinerario histórico”, en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. y ORDÓÑEZ, J. (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 29-46.

COURTIS, C., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en COURTIS, C. (comp.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, D. F., 2005.

- *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006.

- *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.

- “Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, en STEINER, C. y URIBE, P. (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, México, D. F.-Bogotá, 2014, pp. 654-676.

- “El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, en CERVANTES ALCAYDE, M., *et. al.*, *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2014.

CROSS, F., “The Error of Positive Rights”, *University of California Law Review*, vol. 48, n.º 4, 2001, pp. 857-924.

CUNILL GRAU, N., “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública”, *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Reforma y Democracia*, n.º 46, 2010.

DA SILVA MESQUITA, I., “Uma introdução ao neoconstitucionalismo como compreensão ao novo constitucionalismo na América Latina”, *Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina*, n.º 2, 2011.

DA SILVA, V., “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, n.º 2, 2011, pp. 273-301.

DALLA VÍA, A., “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”, en BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2010, pp. 445-466.

DALLI, M., “En torno a la igualdad en la fundamentación de los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, 2017, pp. 45-63.

DE ALBUQUERQUE, C. y LANGFORD, M., “The Origins of the Optional Protocol”, en LANGFORD, M. (ed.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Pretoria University Law Press (PULP), Pretoria, 2016, pp. 17-35.

DE BARCELLOS, A., “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, *Revista Diálogo Jurídico*, n.º 15, 2007, pp. 1-31.

DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de León, 1993.

DE FAZIO, F., “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 41, 2018, pp. 173-195.

DE JULIOS-CAMPUZANO, A., “Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional: una mirada (de soslayo) al neoconstitucionalismo”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 1, n.º 2, 2009, pp. 8-20.

- “Los derechos humanos en la sociedad del riesgo. Crisis del Estado, justicia intergeneracional y medio ambiente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2018, pp. 66-94.

DE LUCAS, J. y AÑÓN, M. J., “Necesidades, razones, derechos”, *DOXA*, n.º 7, 1990, pp. 55-81.

DE ROUX, C. y RAMIREZ, J., “Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Serie Estudios y Perspectivas*, n.º 4, 2004.

DEL REAL ALCALÁ, J. A., “El legislador en la implementación de los derechos sociales”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I. (ed.), *La eficacia de los derechos sociales hoy*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-31.

DIETERLEN, P., “Derechos de los pobres y obligaciones para con ellos”, en DI CASTRO, E. y DIETERLEN, P., *Debates sobre justicia distributiva*, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2005.

DUQUE, C., “¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?”, *Revista de Derechos Humanos, Aportes Andinos*, n.º 35, 2014, pp. 9-23.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 2012.

- *Una cuestión de principios*, trad. de V. Boschioli, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2017.

DYE, T., *Understanding Public Policy*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1972.

ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 63-93.

- “El derecho a la protección de la salud”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1073-1178.

- “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, *Lex Social-Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n.º 2, 2012, pp. 47-61.

- *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

ESCOBAR ROCA, G. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B., “El derecho a la vivienda”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1271-1391.

ESCOBAR ROCA, G., BRAGE CAMAZANO, G., *et. al.*, “Garantías”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 649-828.

ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 15, 2010, pp. 107-126.

- “Inconstitucionalidad por omisión e inconventionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos”, *Justicia Electoral*, n.º 16, 2015, pp. 305-343.

FABRE, C., *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, trad. de P. Allegue, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 13-29.

- “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”, trad. de I. de la Iglesia, G. Pisarello y R. Manrique, en FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 71-116.

- “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. de N. Guzmán, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2011, pp. 15-53.

- *Derechos y garantías: La ley del más débil*, trad. de P. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2016.

- *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*, vol. I, trad. de J. Bayón, P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz, L. Prieto y M. Gascón, Trotta, Madrid, 2016.

- *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz, J. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2018.

FERRAJOLI, L. y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, E., “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FIX-ZAMUDIO, H. y VALADÉS, D., *Formación y perspectivas del Estado en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2010, pp. 151-188.

- *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2017.

- *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

FERRERES COMELLA, V., “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial”, *Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, Papers, Paper 40, 2004. [Consulta: 10 de enero de 2018]. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/40.

FRIEDMAN, J., *Empowerment: The Politics of Alternative Development*, Blackwell Publishers, New Jersey, 1992.

GARCÍA AMADO, J. A., “La interpretación constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 2, 2004, pp. 35-72.

GARCÍA BELAUNDE, D. y ETO CRUZ, G., “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 12, 2008, pp. 263-290.

GARCÍA JARAMILLO, L., “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 208-246.

- “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del Derecho. El caso colombiano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, n.º 133, 2012, pp. 93-118.

GARCÍA MORALES, A., *El derecho humano al agua*, Trotta, Madrid, 2008.

GARCÍA NEUMANN, J., “La crisis mundial de alimentos y los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 27, 2010, pp. 305-326.

GARCÍA RAMÍREZ, S., “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 9, 2003, pp. 127-157.

GARCÍA-VILLEGAS, M., “Law as Hope: Constitutions, Courts, and Social Change in Latin America”, *Florida Journal of International Law*, vol. 16, 2004, pp. 133-154.

GARGARELLA, R., “The Constitution of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860”, *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1, 2005, pp. 1-23.

- “Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions”, *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 2011, pp. 1537-1555.

- “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e irrupción, Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, n.º 4, 2013, pp. 245-257.

- “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción”, *Boletín Onteaiken*, n.º 15, 2013, pp. 22-32.

- “¿Por qué nos importa el diálogo? ‘la cláusula del no-obstante’, ‘compromiso significativo’ y audiencias públicas. Un análisis empático pero crítico”, trad. de I. Martínez Torres, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n.º 5, 2017, pp. 161-193.

GARGARELLA, R. y COURTIS, C., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Serie Políticas Sociales*, n.º 153, 2009.

GARRIDO GÓMEZ, M. I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007.

- “Cómo consolidar el derecho humano al desarrollo”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I. (ed.), *El derecho humano al desarrollo*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 95-111.

- “Los derechos sociales y la igualdad real y efectiva: Presupuestos teóricos para una acción práctica de emergencia”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I. (ed.), *La eficacia de los derechos sociales hoy*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 45-57.

- *La democracia en la esfera jurídica*, Civitas, Madrid, 2013.

GARRIGA, A., “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 195-200.

- “Derechos sociales, una aproximación a su concepto y fundamento”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 615-652.

GASCÓN ABELLÁN, M., “Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos”, en GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.), *Argumentación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 223-252.

- “Los argumentos de la interpretación”, en GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.), *Argumentación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 253-283.

GAVIRIA, C., “Los derechos económicos y sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en OLEAS GALLO, Á. (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010, pp. 67-80.

GAZZANIGA, J., LARROUY-CASTÉRA, X., MARC, P. y OURLIAC, J., *Le droit de l'eau*, Litec, París, 2011.

GIL RENDÓN, R., “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, *Quid Iuris*, vol. 12, 2011, pp. 43-61.

GIMÉNEZ MERCADO, C. y VALENTE ADARME, X., “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: Ideas para un debate en ciernes”, *Cuadernos del Centro de Estudios del Desarrollo*, n.º 74, 2010, pp. 51-80.

GOMES CANOTILHO, J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de E. Calderón Martín y A. Elvira Perales, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 1988, pp. 239-260.

GÓNGORA MERA, M., “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano”, en VON BOGDANDY, A., FIX-FIERRO, H y MORALES, M. (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de

México-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México, D. F., 2014, pp. 301-327.

GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ PARRA, D., “El control judicial a la economía: Una cuestión democrática”, *Jurídicas Corporación Universidad de la Costa*, n.º 11(1), 2015, pp. 59-72.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., “Globalización, espacio y derecho a la vivienda”, en BERNUZ BENÉITEZ, M. J. y CALVO GARCÍA, M. (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 259-284.

GROTE, R., “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: ¿Hacia una aplicación más efectiva de los derechos sociales?”, en VON BOGDANDY, A., FIX-FIERRO, H., MORALES, M. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2011, pp. 129-149.

GRÜNDLER, T., “Le droit à la protection de la santé”, *La Revue des Droits de l’Homme*, n.º 1, 2012, pp. 212-226.

GUASTINI, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, trad. de J. Lujambio, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 49-73.

- *Interpretación, Estado y Constitución*, trad. de S. Ortega Gómeo, Ara, Lima, 2010.

- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de M. Carbonell y P. Salazar, Trotta, Madrid, 2010.

- *Estudios de teoría constitucional*, trad. de M. Bono, P. Andrés, J. Lujambio, A. Greppi y M. Carbonell, Fontamara, México, D. F., 2013.

GUTIÉRREZ CONTRERAS, J. (coord.), RINCÓN, T. y CANTÚ, S., *Modelo para armar litigio estratégico en derechos humanos*, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH), México, D. F., 2011.

GUTIÉRREZ, R., SALAZAR, P., *Igualdad, no discriminación y derechos sociales, una vinculación virtuosa*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, D. F., 2011.

HÄBERLE, P., “La jurisdicción constitucional en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional”, trad. de M. Pérez, *Pensamiento Constitucional*, n.º 10, 2004, pp. 17-42.

- *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2016.

HABERMAS, J., *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2010.

HENAO PÉREZ, J., “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, n.º 29, 2013, pp. 67-102.

HENNIG LEAL, M., “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente ‘un activismo’ o ‘el’ activismo?”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2012, pp. 429 – 454.

HERNÁNDEZ LEÓN, S., “El paradigma jurídico en crisis: (Re)pensar el Derecho en y desde nuestra América”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2015, pp. 71-83.

HERRERA, C., “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 86, 1994, pp. 195-227.

HIERRO, L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 163-222.

HIGHTON, E., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2010, pp. 107-173.

HIRSCHL, R., “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, vol. 75, n.º 2, 2006, pp. 721-754.

HOLMES, O., *La senda del Derecho*, trad. de J. Solar Cayón, Marcial Pons, Madrid, 2012.

IBARRA, H., “Refundar al Estado. Procesos constituyentes en América Latina”, Centro Andino de Acción Popular, Quito, 2010.

IGLESIAS VILA, M., “¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2016, pp. 119-144.

JEROME, F., “Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 80, 1931, pp. 17-53.

JIMÉNEZ BENÍTEZ, W., “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, n.º 7/12, 2007, pp. 31-46.

KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R. Brie, Tecnos, Madrid, 1999.

- *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de R. Tamayo Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2016.

KENNEDY, D., “La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*”, trad. de J. González Bertomeu, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 1, 2006, pp. 47-90.

KLATT, M., “Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 2, 2015, pp. 354-382.

KMIEC, K., “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, n.º 5, 2004, pp. 1441-1478.

KUCS, A., SEDLOVA, Z. y PIERHUROVICA, L., “The Right to Housing: International, European and National Perspectives”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 64/65, 2008, pp. 101-123.

LANDA, C., “Dignidad de la persona humana”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 7, 2002, pp. 109-138.

LANDAU, D., “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, vol. 53, n.º 1, 2012, pp. 190-247.

LEÃO, R., *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2001.

LEE, S., “Education as a Human Right in the 21st Century”, *Democracy & Education*, vol. 21, n.º 1, 2013, pp. 1-9.

LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

- “Realismo jurídico estadounidense”, trad. de J. Fabra Zamora, en FABRA ZAMORA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, pp. 241-276.

LEMIEUX, V., *L'étude des politiques publiques: les acteurs et leur pouvoir*, Presses Université Laval, Québec, 2002.

LEÓN FLORIÁN, F., “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 19, 2014, pp. 389-420.

LEUTCHUK DE CADEMARTORI, D. y CARVALHO COSTA, B., “O novo constitucionalismo latino-americano: Uma discussão tipológica”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, n.º 1, 2013, pp. 220-239.

LLEWELLYN, K., “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, *Columbia Law Review* n.º 30, 1930.

LÓPEZ DAZA, G., “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 24, 2011, pp. 169-193.

LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

LUSTIG, D. y WEILER, J., “Judicial Review in the Contemporary World—Retrospective and Prospective”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, n.º 2, 2018, pp. 315-372.

MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978.

- “Coherence in Legal Justification”, en PECZENIK, A., LINDAHL, L. y VAN ROERMUND, B. (eds.), *Theory of Legal Science: Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, D. Reidel, Dordrecht, 1984, pp. 235-251.

MAISTEGUI, G., FAIRSTEIN, C. y KWEITEL, J., “La integración de estrategias complementarias de exigibilidad de DESC”, en *El derecho a exigir nuestros derechos: derechos económicos, sociales y culturales en el panorama internacional*, Observatorio de Derechos Humanos-Icaria, Barcelona, 2002, pp. 41-64.

MARQUES DE OLIVEIRA, D., GUEDES MAGRANI, E., *et. al.*, “O novo constitucionalismo latino-americano: Paradigmas e contradições”, *Revista Quaestio Iuris*, n.º 2, 2013, pp.185-214.

MARTÍN MARTÍN, S., “Sozialstaat y derechos sociales en el trance constituyente (1977-1981)”, en BARRERO ORTEGA, A. (coord.), *Derechos sociales: Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 13-65.

MARTÍN PALLÍN, J., “Neoconstitucionalismo y uso alternativo del Derecho”, en OLEAS GALLO, Á. (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010, pp. 57-66.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., *Políticas de bienestar: un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ GARCÍA, J., “Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 21, 2010, pp. 156-183

MARTÍNEZ ROLDÁN, L., “Los derechos sociales como derechos humanos y como derechos constitucionales”, en ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares (Madrid), 2009, pp. 113-142.

MARTÍNEZ, V., “Los derechos económicos, sociales y culturales en serio”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n.º 15, 2015, pp. 367-384.

MELISH, T., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Sergrafic, Quito, 2003.

- *El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2005.

- *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*, Center for Human Rights and Global Justice, New York, 2006.

MENDIVELSO PINZÓN, N., “Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: Análisis en perspectiva constitucional”, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D. C., 2013.

MERHOF, K., “Building a Bridge between Reality and the Constitution: The Establishment and Development of the Colombian Constitutional Court”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, pp. 714-732.

MESTRE I MESTRE, R., “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 33, 2016, pp. 113-132.

MICHELMAN, F., “The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n.º 1, 2003, pp. 13-34.

MINÉ, M. y MARCHAND, D., *Le droit du travail en pratique*, Eyrolles, París, 2015.

MONEREO ATIENZA, C., “Una teoría de los derechos sociales es posible”, en PISARELLO, G. y VALIÑO, V., *Herramientas para la defensa de los DESC*, Observatori DESC- Ayuntamiento de Barcelona y Diputación, Barcelona, 2006, pp. 9-26.

- *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.

MONROY CABRA, M., “Necesidad e importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado social de Derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, pp. 15-39.

MORALES, L., “La justificación democrática de los derechos sociales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, n.º 5, 2017, pp. 229-256.

NASH ROJAS, C., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: Tendencias jurisprudenciales”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2011, pp. 65-117.

NAVARRETE, P. y ACOSTA, R., *La importancia de la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud*, Universidad de la Sabana, Chía, Cundinamarca, 2009.

NEGRO, D., “Pobreza, desigualdad, sectores vulnerables y acceso a la justicia”, en Organización de los Estados Americanos, *Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., 2011, pp. 97-116.

NICKEL, J., “Poverty and Rights”, *The Philosophical Quarterly*, n.º 220, 2005, pp. 385-402.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2009, pp. 143-205.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NOVALES ALQUÉZAR, M., “Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales, o la deuda de la calidad de la democracia con Robert Alexy”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 53, 2019, pp. 381-385.

NÚÑEZ LEIVA, J., “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2012, pp. 511-532.

- “Estado constitucional de Derecho y ponderación: hacia la superación de la falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales”, *Vniversitas*, n.º 128, 2014, pp. 153-172.

- “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black Holes & Revelations’”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 1, 2015, pp. 315-344.

NUSSBAUM, M., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

- *Creating Capabilities, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Londres, 2011.*

ORTIZ JIMÉNEZ, W., “Los tres nuevos procesos constituyentes en América Latina: Los cambios políticos y los sujetos que los impulsan”, *Diálogos de saberes: Investigaciones en Derechos y Ciencias Sociales*, n.º 38, 2013, pp. 97-115.

OSUNA, N., “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en BAZÁN, V. y STEINER, C. (eds.), *La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2015, pp. 91-116.

PABÓN ARRIETA, J. y TORRES ARGÜELLES, A., “La interpretación jurídica en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos en Colombia”, *Advocatus*, n.º 27, 2016, pp. 135-152.

PACHECO RODRÍGUEZ, M., “Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del Derecho social”, *Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 79, 2017, pp. 267-286.

PARRA, O. y YAMIN, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en CLÉRICO, L., RONCONI, L. y ALDAO, M. (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pp. 2591-2649.

PARRA, O., *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D. F., 2011.

- “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del *Caso Lagos del Campo*”, en FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES, M. y FLORES, R. (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018, pp. 181-234.

PARRA, O., VILLANUEVA, M., y MARTIN, A., *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008.

PASCUAL VIVES, F., “El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 21, 2011, pp. 1-37.

- “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 29, 2013, pp. 217-262.

- “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/2, 2014, pp. 113-153.

PAZMIÑO FREIRE, P., “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 67/68, 2009, pp. 27-54.

PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

- *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Dykinson, Madrid, 2002.

- *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.

PELLETIER QUIÑONES, P., “Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 55, 2012, pp. 319-349.

- “La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 60, 2014, pp. 205-215.

- “Reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias reparatorias”, *Revista de Derecho y Desarrollo REDyD del Instituto OMG*, n.º 1.

PEÑA FREIRE, A., “La teoría fuerte de los derechos sociales: Reconstrucción y crítica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2016, pp. 251-269.

PERELMAN, C., *Le champ de l’argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.

- “La interpretación jurídica”, trad. del equipo de redacción de Anales de la Cátedra Francisco Suárez, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 50, 2016, pp. 95-104.

PÉREZ LUÑO, A. E., “Los derechos sociales y su significación actual”, en ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M. I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares (Madrid), 2009, pp. 37-58.

- “Nuevo Derecho, nuevos derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2016, pp. 15-36.

- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2018.

PICARDI, N., “Le sentenze integrative della Corte Costituzionale”, en AA. VV., *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 4, Giuffrè, Milán, 1977.

PISARELLO, G., “El Estado social como Estado constitucional: Mejores garantías, más democracia”, en ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J. y COURTIS, C., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, D. F., 2003.

- “Los derechos sociales y sus garantías: Notas para una mirada “desde abajo””, en COURTIS, C. y ÁVILA, R., *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 31-53.

PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

POYANCO, R., “Derechos sociales y políticas públicas. El principio de progresividad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2017, pp. 327-347.

POZZOLO, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, trad. de M. Carbonell, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 187-210.

- “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, trad. de P. Moreno Cruz, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 165-184.

- “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, trad. de M. Fernández Pérez, en POZZOLO, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, trad. de M. Fernández Pérez y S. Pozzolo, Palestra, Lima, 2011, pp. 13-87.

- “Apuntes sobre “neoconstitucionalismo””, trad. de P. Mattei-Gentili, en FABRA ZAMORA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, pp. 363-405.

PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

- “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, 2010, pp. 461-506.

- “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, *Revista Enciclopédica Tributaria Opciones Legales-Fiscales*, n.º 16, 2010.

- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2014.

- *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017.

- *Constitucionalismo y positivismo*, Palestra, Lima, 2018.

PUGA, M., “El litigio estructural”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, n.º 2, 2014, pp. 41-82.

PUYOL, A., “Del derecho a la salud a la ética del racionamiento sanitario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 52, 2018, pp. 43-65.

QUESADA, L., “El constitucionalismo social y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)”, *Lex Social-Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, n.º 1, 2019, pp. 13-45.

QUINCHE RAMÍREZ, M. y RIVERA RUGELES, J., “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *Vniversitas*, n.º 121, 2010, pp. 113-137.

RAMCHARAN, B. (ed.), *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Material*, The Raouk Wallenberg Institute Human Rights Library, vol. 22, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005.

RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M. Dolores González Soler, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1997.

RESTREPO OSPINA, A., “Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana”, *Revista electrónica, Diálogos de Derecho y Política*, n.º 6, 2011, pp. 1-19.

REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, D. F., 2008.

REYES PÉREZ, M., “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Lex Social-Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n.º 1, 2011.

RIBEIRO MOREIRA, E., *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*, Método, São Paulo, 2007.

RIBOTTA, S., “Educación en y para los derechos humanos: La educación en convivencia mundial. El desafío del siglo XXI”, en RIBOTTA, S. (ed.), *Educación en derechos humanos, la asignatura pendiente*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 153-194.

- “Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿Igualdad o prioridad?”, en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 263-293.

RIVEROS, D., “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: Una visión estructural”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010.

RODRÍGUEZ OLVERA, Ó., *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 2016.

RODRÍGUEZ, C. y RODRÍGUEZ, D., *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010.

ROJAS AMANDI, V., “Interpretación y argumentación del juez constitucional”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 40, 2010, pp. 91-108.

ROLLA, G., “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”, trad. de D. Berzosa López, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002, pp. 463-489.

- “El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano”, trad. de K. Castillo, *Persona y Derecho*, n.º 49, 2003, pp. 227-261.

- “Técnicas de garantía y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Consideraciones sobre las Constituciones de América Latina y de la Unión Europea”, en BAZÁN, V. (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 193-220.

ROMERO MARTÍNEZ, J., *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista: Bases para la toma de decisiones judiciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015.

ROSANVALLON, P., *La contre-démocratie: La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, París, 2006.

- *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, trad. de H. Cardoso, Manantial, Buenos Aires, 2009.

ROSSETTI, A., “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 101-126.

ROSSI, J. y FILIPPINI, L., “El Derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, Coloquio sobre Derecho, Moral y Política, Universidad de Palermo, septiembre 2008.

ROWLANDS, J., “Empowerment Examined”, *Development in Practice*, n.º 2, 1995.

RUBIO LLORENTE, F., “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 9-37.

- *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

RUIZ MOLLEDA, J., “Apuntes sobre la inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional”, *Derechovirtual.com*, n.º 2, 2009.

RUIZ RUIZ, R. y PLAZAS GÓMEZ, C., “La exigibilidad de los derechos sociales. El caso de Colombia”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, n.º 1, 2011.

SAFFON, M. y GARCÍA-VILLEGAS, M., “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, n.º 1, 2011, pp. 75-107.

SAGÜÉS, M., “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES, M. y FLORES, R. (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El Caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018, pp. 129-178.

SAGÜÉZ, N., “Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 58/59, 2007, pp. 253-264.

- “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E. y ANTONIAZZI, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2010, pp. 449-468.

- “Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y JORGE PRATS, E. (coords.), *VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, 2011, pp. 16-36.

SALGADO ÁLVAREZ, J., “Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto”, *Foro Revista de Derecho*, n.º 9, 2008, pp. 219-236.

SAMPAIO ROSSI, A. y BIACCHI GOMES, E., “Neoconstitucionalismo e a (Re)significação dos direitos humanos fundamentais”, *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, vol. 41, n.º 133, 2014, pp. 63-81.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O., “La pretensión de universalidad y la tensión de la tolerancia”, *Derechos y Libertades*, n.º 5, 1995, pp. 451-459.

- “Del reconocimiento de los derechos a su realización efectiva: el ser y el deber ser de los derechos de las mujeres”, *Criterio Jurídico Garantista*, n.º 7, 2012, pp. 14-35.

SARDO, A., “Three Theories Of Judicial Balancing: A Comparison”, *Dignitas*, n.º 53-54, 2012, pp. 60-95.

SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1998.

- *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

SEDLACEK, F., “El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano”, *Civil Procedure Review*, n.º 4, 2013, pp. 3-69.

SEN, A., *The Political Spending and the Poor, Theory and Evidence*, John University Press, Baltimore, 1995.

- *Desarrollo y libertad*, trad. de E. Rabasco y L. Toharia, Planeta, Barcelona, 2000.

- *El derecho a no tener hambre*, trad. de E. Lamprea, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

SEN, A. y KLIKSBERG, B., *Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*, Deusto, Barcelona, 2007.

SOTO LOSTAL, S., “La exigibilidad de los derechos sociales frente a su restricción regresiva”, en BARRERO ORTEGA, A. (coord.), *Derechos sociales: Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 105-142.

SUBIRATS, J., KNOEPFEL, P., LARRUE, C. y VARONNE, F., *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2012.

TAJADURA TEJADA, J., “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, en CARBONELL, M. (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2003, pp. 287-312.

TAMER, S., *La garantía judicial de los derechos sociales y su legitimidad democrática*, Ratio Legis, Salamanca, 2018.

TRIBE, L. y DORF, M., *Interpretando la Constitución*, trad. de J. Aliaga Gamarra, Palestra, Lima, 2017.

TROPER, M., “Existe-t-il un concept de gouvernement de juges?”, en BRONDEL, S., FOULQUIER, N. y HEUSCHLING, L., *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, París, 2001.

- “Service public et justification en Droit”, en LYON-CAEN, A. y CHAMPEIL-DESPLATS, V. (dirs.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, París, 2001, pp. 144-151.

TRUJILLO GONZÁLEZ, J., y GIRALDO GALEANO, S., “Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”, *Revista Conflicto y Sociedad*, n.º 1, 2014, pp. 33- 46.

TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 2000.

- *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

UPRIMNY YEPES, R. y RODRÍGUEZ FRANCO, D., “Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Implicaciones para el derecho a la salud en Colombia”, *Observatorio de la Seguridad Social*, n.º 18, 2008.

UPRIMNY, R. y DURÁN, J., “Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Serie Políticas Sociales*, n.º 197, 2014.

UPRIMNY, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.), *El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, pp. 109-137.

URIBE, A., “Aprendiendo los DESC”, en *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, México, D. F., 2005.

URQUILLA, C., *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008.

VARGAS HERNÁNDEZ, C., “La función creadora del Tribunal Constitucional”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 92, 2011, pp. 13-33.

VÁZQUEZ, R., *Derechos humanos: una lectura liberal igualitaria*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015.

VENTURA, M., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 40, 2004.

VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en OLEAS GALLO, Á. (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2010, pp. 9-43.

- “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en VICIANO PASTOR, R. (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 11-49.

- “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *Debates Constitucionales en Nuestra América*, 2013, pp. 63-84.

VIGO, R., “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: Realidad, teorías y valoración”, *Díkaion*, n.º 1, 2012, pp. 187-227.

- “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias”, en CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H., GONZÁLEZ, L. y VALADÉS, D. (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 2, *Estado constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2015, pp. 851-885.

VILLABELLA, C., “El Derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma”, en VICIANO PASTOR, R. (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 51-75.

VILLAVERDE, I., “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en CARBONELL, M. (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2003, pp. 65-89.

- “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, *Universidad Nacional de Educación a Distancia. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, pp. 643-682.

WALKER, N., *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

WALKER, S., “Nuevos desafíos en la protección internacional de los derechos humanos. Un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en COURTIS, C. (comp.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, D. F., 2005.

YOUNG, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

YRIGOYEN FAJARDO, R., “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 537-567.

- “El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.), *El Derecho en América*

Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, pp. 139-159.

ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 2016.

ZOLO, D., “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, trad. de P. Andrés, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado y G. Pisarrello, en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2013, pp.75-104.

Informes y otros documentos

ABRAMO, L. (coord.), *Panorama social de América Latina, 2016*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2017.

ABRAMO, L. y GERSTENFELD, P. (coords.), *Panorama social de América Latina, 2017*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2017.

ALFARARGI, S., “Informe del Relator Especial sobre el derecho al desarrollo”, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/36/49, 2 de agosto de 2017.

Banco Mundial, “World Development Indicators: Size of the Economy”, World View 1 (WV1), Última actualización 18/09/2017. [Consulta: 18 de marzo de 2018]. Disponible en: <http://wdi.worldbank.org/table/WV.1>.

- *Informe sobre el Desarrollo Mundial 2018: Aprender para hacer realidad la Promesa de la Educación, Panorama general*, Banco Mundial, Washington, D. C., 2018.

CAHILL-RIPLEY, A. y HENDRICK, D., *Economic, Social and Cultural Rights and Sustaining Peace: An Introduction*, Friedrich-Ebert-Stiftung-Quaker United Nations Office-Lancaster University, Ginebra, 2018.

Comisión Colombiana de Jurista, “Un año después de su publicación aún es incierto el cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional sobre respeto, protección y garantía del derecho a la salud”, *Boletín n.º 2: Serie sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D. C., 2017.

COURTIS, C. (coord.), *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales – Experiencias comparadas de justiciabilidad*, trad. de

C. Fangmann, Comisión Internacional de Juristas, Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, n.º 2, Ginebra, 2010.

ESCOBAR, G. (dir.), “Derecho al agua”, Federación Iberoamericana de Ombudsman-Trama, Madrid, 2015.

- “Pobreza”, Federación Iberoamericana de Ombudsman-Trama, Madrid, 2016.

Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), “El empoderamiento”, *Desarrollo “En Contexto”*, n.º 1, 2006. [Consulta: 12 de febrero de 2018]. Disponible en: http://fride.org/descarga/BGR_Empowerment_ESP_may06.pdf.

GRAY MOLINA, G. (coord.), *Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe. Progreso multidimensional: Bienestar más allá del ingreso*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016.

Grupo de Economía de la Salud y HUMBERTO RESTREPO, J., “Limitaciones y derechos sobre la atención en salud de los colombianos”, *Observatorio de la Seguridad Social*, n.º 18, 2008.

HOYOS CASTAÑEDA, I., *Informe de vigilancia a la Sentencia C-355 de 2006*, Procuraduría General de la Nación-Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, D. C., 2010.

International NGO Training and Research Centre (INTRAC), *Seguimiento y evaluación del empoderamiento, Documento de consulta*, INTRAC, Oxford, 1999.

JAHAN, S. (dir.), *Informe sobre desarrollo humano 2015: Trabajo al servicio del desarrollo humano*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2015.

- *Informe sobre desarrollo humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016.

Mesa de Seguimiento a los Autos 092 y 009 de la Corte Constitucional, Anexos reservados, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual. Sexto Informe de Seguimiento al Auto 092 de 2008 y Primer Informe de Seguimiento al Auto 009 de 2015, anexos reservados”, Mesa de Seguimiento a los Autos 092 y 009 de la Corte Constitucional, Anexos reservados, Bogotá, D. C., marzo 2016.

Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional, Anexo reservado, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual. Quinto Informe de Seguimiento al Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional, anexo reservado”, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, D. C., 2013.

Ministerio de la Protección Social, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos*

humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas, Ministerio de la Protección Social-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D. C., 2007.

- *Informe sobre la situación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Colombia*, Ministerio de la Protección Social, Bogotá, D. C., marzo 2010.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), “El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2009, Crisis económicas: repercusiones y enseñanzas extraídas”, Roma, 2009.

Organización de las Naciones Unidas, “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, Folleto informativo n.º 33, Naciones Unidas, Suiza, 2009.

Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, “El derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10 de la Comisión de Derechos Humanos”, E/CN.4/2001/53, 7 de febrero de 2001.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.º 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 1 de enero de 1991.

- *Observación General n.º 4, Artículo 11: El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991.

- *Observación General n.º 12, Artículo 11: El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999.

- *Observación General n.º 13, Artículo 13: El derecho a la educación*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.

- *Observación General n.º 14, Artículo 12: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

- *Observación General n.º 15, Artículos 11 y 12: El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.

- *Observación General n.º 18, Artículo 6: El derecho al trabajo*, E/C. 12/GC/18, 6 de febrero de 2006.

- *Observación General n.º 19, Artículo 9: El derecho a la seguridad social*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.

- *Observación General n.º 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. Violaciones corrientes de los derechos humanos al agua y el saneamiento”, A/HRC/27/55, 30 de junio de 2014.

Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos”, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Nueva York y Ginebra, 2004.

- “El derecho a la alimentación adecuada”, Folleto informativo n.º 34, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra. [Consulta: 10 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>.

- “El derecho al agua”, Folleto informativo n.º 35, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos-ONU-HABITAT-Organización Mundial de la Salud, Ginebra. [Consulta: 4 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ONU-HABITAT, “El derecho a una vivienda adecuada”, Folleto informativo n.º 21, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra. [Consulta: 3 de mayo de 2015]. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf.

ORTIZ, I. y BEHRENDT, C. (coords.), *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, versión castellana, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2017.

SABATES-WHEELER, R., ABDULAI, A. G., WILMINK, N., DE GROOT, R. Y SPADAFORA, T. R., “Linking Social Rights to Active Citizenship for the Most Vulnerable: The role of rights and accountability in the ‘making’ and ‘shaping’ of social protection”, United Nations Children’s Fund (UNICEF) Office of Research, Florence, 2017.

World Bank, *World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty*, *World Development Report*, Oxford University Press-World Bank, Nueva York, 2001.

Jurisprudencia y decisiones

Alemania, Tribunal Constitucional Federal, Sentencia 39 (1), 25 de febrero de 1975.

Argentina, Corte Suprema de Justicia, *Samuel Kot*, 5 de septiembre de 1958.

Argentina, Corte Suprema de Justicia, *Siri, Angel*, 27 de diciembre de 1957.

Colombia, Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera), Sentencia de 13 de marzo de 2013.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 009 de 27 de enero de 2015.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 219 de 13 de octubre de 2011.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 373 de 23 de agosto de 2016.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004), Auto 266 de 12 de junio de 2017.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial), Auto 071 de 19 de febrero de 2016.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial), Auto 261 de 16 de noviembre de 2012.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial), Auto 263 de 16 de noviembre de 2012.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Especial), Auto 410 de 5 de septiembre de 2016.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Novena de Revisión), Sentencia T-209/08 de 28 de febrero.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión), Sentencia T-388/09 de 28 de mayo.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión), Sentencia T-841/11 de 3 de noviembre.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Plena), Sentencia C-355/06 de 10 de mayo.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Auto 092/08 de 14 de abril.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión), Sentencia T-760/08 de 31 de julio.

Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 de 22 de enero.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Cinco Pensionistas” contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 98, Serie C de 28 de febrero de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” contra Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 112, Serie C de 2 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) contra Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 198, Serie C de 1 de julio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Jaramillo y otros contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 144, Serie C de 7 de febrero de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 154, Serie C de 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 182, Serie C de 5 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 220, Serie C de 26 de noviembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chocrón Chocrón contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 227, Serie C de 1 de julio de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlan y Familiares contra Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 246, Serie C de 31 de agosto de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman contra Uruguay. Fondo y Reparaciones*, Sentencia n.º 221, Serie C de 24 de febrero de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Reverón Trujillo contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 197, Serie C de 30 de junio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 158, Serie C de 24 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo*, Sentencia n.º 4, Serie C de 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor contra Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 218, Serie C de 23 de noviembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Wong Ho Wing contra Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia n.º 297, Serie C de 30 de junio de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A.

Estados Unidos de Norteamérica, Corte Suprema de Justicia, *Caso Marbury contra Madison*, 1 de febrero de 1803.

Inglaterra, Tribunal de Causas Comunes, *Caso El Colegio de Médicos contra Bonham*, 1610.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *I.D.G. contra España*, Comunicación n.º 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13 de octubre de 2015.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Miguel Ángel López Rodríguez contra España*, Comunicación n.º 1/2013, E/C.12/57/D/1/2013, 20 de abril de 2016.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Edward Young contra Australia*, Comunicación n.º 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Gueye et al. contra Francia*, Comunicación n.º 196/1985, CCPR/35/D/196/1985 (1989).

Organización de las Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *A. YilmazDogan contra Países Bajos*, Comunicación n.º 1/1984, CERD/C/36/D/1/1984 (1988).

Perú, Tribunal Constitucional (Pleno), *Caso Ley Universitaria*, Sentencia de 10 de noviembre de 2015.

Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso Azanca Alhelí Meza García*, Sentencia de 20 de abril de 2004.

Perú, Tribunal Constitucional (Sala Primera), *Caso José Luis Correa Condori*, Sentencia de 5 de octubre de 2004.

Perú, Tribunal Constitucional, *Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa)*, Sentencia de 12 de mayo del 2006.

Perú, Tribunal Constitucional, *Caso más de 5.000 ciudadanos contra el Congreso de la República*, Sentencia de 15 de junio de 2010.

República Dominicana, Suprema Corte de Justicia, Sentencia n.º 9 del Boletín Judicial n.º 1059 de febrero de 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Giacomelli contra Italia*, Sentencia de 2 de noviembre de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Schuler-Zraggen contra Suiza*, Sentencia de 24 de junio de 1993.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Van Kück contra Alemania*, Sentencia de 12 de junio de 2003.

Venezuela, Corte Suprema de Justicia (Sala Político-Administrativa), *Caso Cruz del Valle Bermúdez y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, Sentencia n.º 916 de 15 de julio de 1999.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Glenda López, Diana Irazábal, Sandra Acosta, Maira Perdomo, y otros contra el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)*, Sentencia de 6 de abril de 2001.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), *Caso Defensoría del Pueblo contra Comisión Legislativa Nacional*, Sentencia de 30 de junio de 2000.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 868 de 26 de junio de 2012.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1632 de 11 de agosto de 2006.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia n.º 1752 de 13 de agosto de 2007.

Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia de 2 de marzo de 2005.