

MODULO I: DERECHOS
HUMANOS EN LA
ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA
UNIDAD XIII



UNIDAD DE APRENDIZAJE XIII
ESCUELA DE JUECES DEL ESTADO

I. Introducción

Durante gran parte de la segunda mitad del siglo XX, en casi todos los países de Occidente, los DESC han sido objeto de un sinnúmero de restricciones y ataques provenientes de diversas esferas. Sin embargo su reconocimiento y ratificación en el ámbito internacional y su constitucionalización han abierto la posibilidad de hacer exigencias concretas sobre su cumplimiento. Así, los DESC se han convertido en derechos justiciables.

En franca polémica con las posturas infundadas y prejuiciosas que reducen el reconocimiento constitucional de los DESC a una mera expresión de aspiraciones, esta unidad pretende sentar las bases para una dogmática de los DESC que reafirme su exigibilidad judicial, a través de argumentos de la teoría del derecho, del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con este objetivo, la unidad propone estrategias y posibilidades de exigibilidad de estos derechos ante tribunales de justicia y ante ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

II. Propósitos Formativos de la Unidad

Propósito formativo general:

Fortalecer conocimientos y desarrollar habilidades en el respeto, observancia y aplicación de los instrumentos internacionales que reconocen, protegen y garantizan los derechos económicos, sociales y culturales, con el objetivo de que las y los jueces, en el desempeño de sus funciones y el desarrollo de sus actividades, coadyuven a la protección eficiente y real de estos derechos, asumiendo el carácter vinculante de los instrumentos internacionales como fuente de derecho obligatoria en el ejercicio de la función jurisdiccional en Bolivia.

Propósitos formativos específicos:

- Demostrar que no hay ninguna diferencia de tipo estructural entre los derechos fundamentales y explicar a los y las participantes la relación intrínseca entre los derechos económicos, sociales y culturales, por una parte, y los derechos civiles y políticos (DCP), por la otra.
- Familiarizar a las y los participantes con los principales instrumentos internacionales que protegen los DESC.
- Poner en conocimiento de los y las participantes la naturaleza de las obligaciones legales de los Estados parte con respecto al cumplimiento de los DESC.
- Informar a los y las participantes sobre el contenido y ámbito de protección de algunos DESC.
- Demostrar que los DESC son justiciables, es decir, sancionables, o al menos reparables ante cualquier comportamiento lesivo que atente contra ellos o ante cualquier omisión o falta de la prestación que constituye su objeto.
- Sensibilizar a los y las participantes sobre el papel que juegan las y los jueces en la protección de los DESC.

III. Índice de Contenidos

Tema 1: La estructura y contenido de los DESC y su exigibilidad

- 1.1. Evolución del contenido de los derechos humanos; grandes momentos de los derechos y los intentos de su clasificación
- 1.2. Consecuencias de la clasificación de los derechos
- 1.3. Integralidad e interdependencia de los derechos

Tema 2: Instrumentos internacionales y obligaciones del Estado en materia de DESC

- 2.1. Normativa relevante
- 2.2. Obligaciones genéricas de los Estados con relación a los DESC
 - 2.2.1 Obligación de adoptar medidas inmediatas
 - 2.2.2 Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos
 - 2.2.3. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

Tema 3: Justiciabilidad y exigibilidad de los DESC

- 3.1. Justiciabilidad de los DESC
- 3.2. Superación de los obstáculos para la justiciabilidad de los DESC
- 3.3. Vías de exigibilidad judicial de los DESC
 - 3.3.1. Exigibilidad directa
 - 3.3.2. Exigibilidad indirecta

UNIDAD DE APRENDIZAJE XIII

EL PAPEL DE LAS Y LOS JUECES Y TRIBUNALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC)

TEMA 1

LA ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LOS DESC Y SU EXIGIBILIDAD

1.1. Evolución del contenido de los derechos humanos; grandes momentos de los derechos y los intentos de su clasificación

Como vimos en acápites anteriores, los derechos humanos han evolucionado históricamente a partir de reglas de vida y valores muy ligados a la condición y naturaleza misma de ser humano, hasta convertirse en categorías jurídicas reconocidas en diversos cuerpos normativos. Esta evolución histórica, en el sentido de su positivización, fue acompañada por una evolución en su contenido, el cual se ha ido modificando con el paso del tiempo.

En el devenir de la historia los derechos fueron reflejando matrices político- ideológicas surgidas en un contexto histórico determinado. Esto incidió en la conceptualización, caracterización, positivación, generalización internacionalización y especificación de los derechos humanos, conforme estudiamos en la Primera Unidad Didáctica.

Tradicionalmente, se habló de tres generaciones de derechos: 1. Derechos civiles y políticos; 2. Derechos económicos, sociales y culturales y 3. Derechos colectivos y derechos de la solidaridad, clasificación que respondió a factores vinculados a:

- Una supuesta clasificación de carácter histórico basada en la aparición o reconocimiento cronológico de los DDHH por parte del orden jurídico normativo internacional. De acuerdo con esta interpretación, se distingue entre los “derechos de primera generación” o

“derechos civiles y políticos” y los “derechos de segunda generación” o “derechos económicos, sociales y culturales”.

- La mayor parte de los tratados en el ámbito de los DDHH, adoptados antes de 1993, hacen una distinción entre los denominados “derechos civiles y políticos” y los derechos “económicos, sociales y culturales”¹. El reconocimiento de ambos tipos de derechos en dos pactos internacionales distintos incidió en la clasificación: mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que reconocía a los DCP, los dotaba de una clara exigibilidad y justiciabilidad, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), al parecer, reconocía los DESC como meras declaraciones programáticas:

...los instrumentos que establecen DESC, eran considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para los Estados, a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos, que según esta visión, serían los únicos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado siendo exigibles judicialmente².

- Cuestiones ideológico-políticas: Mientras que los DCP eran asumidos e impulsados bajo el paradigma político-liberal y los principios de la libertad y la igualdad formal por países con gobiernos de corte liberal, los DESC eran asumidos e impulsados por países con gobiernos de corte progresista o hasta socialista, bajo los principios de igualdad real y solidaridad, principalmente en la década de los 70.
- El tipo de Estado al cual eran adscritos después de la adopción de los tratados: mientras que los DCP eran asumidos como característica fundamental del Estado liberal y del constitucionalismo liberal, los DESC eran relacionados al surgimiento de la fórmula Estado social y del llamado constitucionalismo social.
- La consolidación de diferentes paradigmas conservadores de regulación jurídica que afirmaban la justiciabilidad de los DCP a través de un amplio conjunto de garantías e instrumentos procesales tradicionales que tenían como medida el interés individual, mientras que los DESC carecían de estas garantías e instrumentos procesales, que resultaban limitados para ser exigidos judicialmente. Aquellas líneas de pensamiento negaban todo tipo de valor jurídico a los derechos sociales, “los caracterizaban como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político”³.
- El reconocimiento de carácter constitucional evidenciado por una cronología diferente en cada uno de los derechos. Así, gran parte de las Constituciones del siglo XIX solo reconocían en sus textos a los derechos civiles, políticos, la propiedad privada y las clásicas libertades económicas, entre ellas, la libertad de comercio e industria y la libertad de empresa. Dentro del constitucionalismo boliviano podemos evidenciar que a partir de la

¹ Es relevante advertir que ambos pactos datan del mismo año.

² Abramovich, Víctor; Courtis, Cristian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004, pág. 19.

³ Ibid.

Constitución bolivariana de 1826, las demás constituciones del siglo XIX también reflejan esa situación.

El reconocimiento de los DESC en el constitucionalismo mundial se dio durante la segunda década del siglo XX. La primera en hacerlo fue la Constitución de Querétaro, del 1917, seguida de la célebre Constitución de Weimar, de 1919, en Alemania. Ambas abrieron el paso del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social. Para el caso boliviano, esto sucedió con la reforma constitucional de 1938.

- En virtud de una interpretación restringida de los instrumentos internacionales, se intentó generar distinciones entre los DCP y los DESC con el objeto de adscribir cierto tipo específico de obligaciones de los Estados como correlato de cada categoría de derechos. Así, en el caso de los DCP las obligaciones del Estado se traducían en obligaciones negativas o de abstenciones, a diferencia de los DESC que exigían obligaciones positivas y brindar prestaciones positivas, es decir, los DESC traían consigo obligaciones *de hacer*; ello dificultaría su exigibilidad y justiciabilidad.

Con este razonamiento, para garantizar los DCP bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiendo su actuación en algunas áreas. En cambio, para garantizar los DESC el Estado debería erogar recursos para cumplir con las prestaciones positivas que se le exigen. Algunos autores señalan que esta diferencia tendría efectos concretos a momento de juzgar si un Estado ha violado un tratado, diferenciando una obligación de resultados en el caso de DCP y una obligación de medios o de comportamiento para el caso de DESC⁴.

OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

CADH, art. 1	Los Estados se comprometen a: Respetar y garantizar los derechos humanos del Pacto (civiles y políticos); sin discriminación (distinción) alguna; adoptando las medidas oportunas que fueran necesarias.
PIDCP, art. 2	
PIDESC, art. 2	Los Estados se comprometen a: Garantizar los DESC; sin discriminación alguna; adoptando medidas necesarias, pero hasta el máximo de los recursos que disponga y buscando progresivamente su plena efectividad.
Protocolo San Salvador, arts. 1, 2 y 3	

Con base en lo señalado por estos instrumentos internacionales surgió una anacrónica visión que señalaba que la expresión “hasta el máximo de sus recursos” originaba que toda obligación del Estado frente a los DESC estaba condicionada a los recursos económicos disponibles para tal fin, lo que supuestamente no sucedía con los DCP, para cuyo respeto y garantía no se necesitaba de ejecución de gasto público. Asimismo, de acuerdo con esta perspectiva, el enunciado “para lograr progresivamente” determina que los DESC no pueden ser garantizados inmediatamente, pues su efectividad resulta muy costosa y el Estado estaría incumpliendo continuamente. Esta

⁴ Al respecto, ver Abramovich y Courtis, óp. cit., 2004, págs. 22 y ss.

progresividad no la tienen los DCP que gozan de inmediatez.

En conclusión, podemos señalar que las posiciones que sostienen la pretendida distinción de los DCP con respecto a los DESC fundamentan que “el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los DESC implicarían el nacimiento de obligaciones positivas, es decir prestacionales, que deberían solventarse con recursos del erario público”⁵. De acuerdo con esta posición, las obligaciones del Estado en materia de derechos podrían ser caracterizadas de la siguiente forma:



Esta postura fue seguida por mucho tiempo por los órganos nacionales e internacionales. Se llegó a sostener, como ya dijimos, que las obligaciones del Estado se encontraban divididas en positivas y negativas. Sin embargo, esta postura no tardó en ser duramente cuestionada y devaluada hasta quedar en desuso.

Efectivamente, como vimos en la Primera Unidad Didáctica al hacer referencia a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, estas características dan pie a un enfoque integral u holístico de los derechos humanos; pues éstos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, individuales o colectivos, forman un conjunto inseparable y se encuentran relacionados unos con otros. En ese sentido, también se señaló que el carácter progresivo de los derechos humanos implica tanto gradualidad

⁵ *Ibíd.*, pág. 21.

como progreso, en el entendido que los derechos siempre van hacia adelante para su efectivización, con la aclaración que la progresividad es predicable de todos los derechos humano y que existe una base mínima que debe ser inexcusablemente respetada, que está contenida en la Constitución y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, sin que corresponda retroceder o efectuar interpretaciones restrictivas.

1.2. Consecuencias de la clasificación de los derechos

La distinción tajante entre DCP y DESC y la distinción de los niveles de las obligaciones estatales con cada grupo de derechos puso en duda la fuerza vinculante, la exigibilidad y hasta la juricidad o justiciabilidad de los DESC, ya que la satisfacción de estos dependería de la disponibilidad de recursos por parte del Estado, existiendo, por tanto, un condicionante económico, lo que generó que los DESC sean considerados, por mucho tiempo, de manera errónea, como derechos de segunda categoría, negándose, sobre la base de la clasificación entre DCP y DESC, la exigibilidad y justiciabilidad de estos últimos.

Por otra parte, como sostiene Perez Luño, los valores éticos asociados a los derechos humanos, son la libertad y la igualdad, respondiendo los DESC a este último valor, aunque evidentemente, los derechos humanos tienen dimensiones de libertad e igualdad, aunque su fundamento se base en una dimensión diferente de los valores. Así, por ejemplo, libertad formal e igualdad ante la ley, corresponden a los derechos civiles y políticos y la libertad real, entendida como capacidad, y la igualdad material, como punto de llegada, de los derechos sociales⁶.

También se ha intentado dar menos valor a los DESC a partir de considerar a éstos como derechos de prestación, y a los DCP como de abstención. Así, se sostenía que los derechos sociales exigen por parte de los poderes públicos actuaciones positivas, con mayor costo, lo que incluye, además, el desarrollo legislativo para darles contenido y precisión jurídica, y en ese sentido, por ejemplo, la Constitución española no contempla como derechos fundamentales a los derechos sociales, sino como principios rectores de la política social y económica, lo que tiene consecuencias prácticas por cuanto como principios no son tutelados en España por la acción de amparo constitucional, lo que genera conflictos vinculados a su exigibilidad mientras no sean desarrollados legislativamente.

Estas consecuencias en la clasificación de los derechos humanos, nos lleva a reflexionar sobre si esa división entre DCP y DESC es inherente a estos derechos o si es una opción política vinculada

⁶ SAURA ESTAPÁ, Jaime, *La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales*. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19294/exigibilidad_saura_PTD_2011.pdf

a su protección⁷. Provisionalmente se puede señalar que, actualmente, a partir de la evolución de la teoría de los derechos humanos, la internalización de los derechos humanos en las Constituciones, las obligaciones internacionales de respetar, proteger, garantizar y proveer todos los derechos, conllevan a afirmar que si no se protegen los DESC, se vulneran los DCP, y todo ello se explica, como se anotó precedentemente, a partir de la interdependencia de los derechos humanos.

1.3. Integralidad e interdependencia de los derechos

La evolución del concepto de derechos humanos es mucho más compleja que la clásica clasificación de los derechos en tres generaciones. Lo cierto es que la concepción teórica, la regulación jurídica y hasta el contenido de los derechos humanos han evolucionado pasando del concepto liberal e individualista clásico (libertades económicas y derechos civiles y políticos) a la concepción moderna, democrática y de fuerte inspiración socialista, de derechos económicos, sociales y culturales, por un lado, y a la concepción colectiva o solidaria de los derechos colectivos, por otro. “Así las cosas, se ha pasado de la ‘libertad-autonomía a la libertad-participación’, de los derechos individuales a los derechos colectivos y a los derechos de las colectividades”⁸.

Al respecto, acudiendo a varios autores, vale la pena ofrecer las siguientes precisiones histórico-jurídicas:

a) Aun cuando la clasificación por generaciones de derechos todavía sigue siendo usada en ciertos ámbitos, no ilustra la riqueza de su evolución histórica. Por ello, siguiendo a Bobbio, resulta más adecuado hablar de grandes momentos de los derechos humanos, lo cual sitúa a estas categorías como respuestas a los requerimientos de las sociedades en cada tiempo y lugar determinados.

b) Si se pretende alguna clasificación de tipo histórico, la más rigurosa resulta ser la siguiente:



⁷ Ibid.

⁸ Sobre esta idea, ver Uprimny, Rodrigo, “Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: Promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas”. En: VV.AA., *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA, 2002, pág. 2.

En general, se distinguen varias fases en la evolución de los derechos humanos, todas relacionadas con cuestiones ideológico-políticas y con el paso de un tipo de Estado a otro. Así, una primera fase podría corresponder a las revoluciones burguesas, cuando la proyección de la filosofía liberal consolidó al Estado liberal de derecho y privilegió los derechos civiles y los relacionados con la autonomía privada. En una segunda etapa, con el mismo tipo estatal, se reconocieron y se protegieron los derechos políticos, con un criterio censitario y de las clásicas libertades económicas⁹.

Con el agotamiento del Estado liberal de derecho y sus postulados, por un lado, y con el reposicionamiento del pensamiento socialista, que buscaba asegurar una igualdad efectiva entre las personas, surgen los DESC de la mano del Estado social y democrático de derecho¹⁰.

⁹ Al respecto, en Uprimny, et al. (*Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura; Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, págs. 20 y ss.) se advierte lo siguiente:

Las revoluciones burguesas y los derechos humanos: Los derechos civiles y políticos: La primera noción de derechos humanos es fruto de las revoluciones burguesas. Empieza a estructurarse en Inglaterra, se desarrolla en forma profunda durante la guerra de independencia norteamericana —en especial bajo el influjo de las declaraciones de derechos de los diferentes Estados de la Unión y muy particularmente de la Constitución del Estado de Virginia— hasta tomar cuerpo con la Revolución Francesa. Se busca ante todo establecer unos límites al poder del Estado, el cual se considera que no puede invadir la esfera privada de la actividad del individuo. Los derechos humanos nacen en cierto sentido contra el Estado puesto que originariamente no son concebidos como una exigencia de conducta positiva del poder público sino como el establecimiento de unos límites infranqueables a su intervención. Al decir de Jellinek, “sabemos que los derechos de libertad no son de naturaleza positiva, sino negativa, que no se fundan en una pretensión respecto de la acción, sino en un ‘no hacer’ del Estado”.

Las primeras declaraciones de derechos fueron más “liberales” que “democráticas” puesto que se preocuparon más de establecer unos límites a la intervención estatal que de definir las modalidades de participación popular en el ejercicio del poder y/o en la designación de los gobernantes. Se oponía entonces la noción moderna de libertad (libertad-autonomía) definida como seguridad y tranquilidad frente al Estado y como “poder hacer todo lo que no perjudique a otro” a la noción predominante en la Antigüedad (la libertad-participación) según la cual se era libre en tanto se participaba de la acción pública. Es cierto que también se integraron algunos elementos democráticos, a través de la consolidación de la democracia representativa y de la definición de los derechos políticos, pero la finalidad esencial de las declaraciones de derechos humanos de las revoluciones burguesas fue la de precisar los límites del Estado.

¹⁰ Ver Uprimny, et al., *óp. cit.*, 2006: *La influencia socialista y los derechos humanos: Los derechos económicos, sociales y culturales*.

La noción clásica de los derechos humanos corresponde al discurso estratégico de una burguesía en proceso de consolidación que buscaba destruir la monarquía feudal, acceder al poder político y asegurar una órbita de autonomía privada necesaria al desarrollo de la producción mercantil. Por eso, la idea inicial de los derechos del hombre estuvo asociada a la teoría de la división de los poderes, puesto que tal separación fue concebida como un mecanismo para limitar la arbitrariedad estatal y asegurar una esfera de autonomía privada, frente a los riesgos de un poder que, además de monopolizar el ejercicio de la violencia en un territorio dado, no tuviera límites.

Esta libertad-independencia de las revoluciones burguesas devino sin embargo, según la crítica hecha por el pensamiento socialista, una simple libertad formal. La escisión del hombre en ciudadano abstracto y trabajador mostraba que el individuo real solo era libre en tanto que ciudadano, mientras que en la vida de todos los días, en su trabajo y en sus relaciones con los demás, estaba atado y encadenado al proceso de producción capitalista. En esas condiciones, sólo quien era propietario podía gozar verdaderamente de los derechos humanos de primera generación, que eran entonces el paraíso de la propiedad privada como bien lo había mostrado Marx, para quien “ninguno de los llamados derechos humanos va más allá del hombre egoísta, el hombre que en la sociedad burguesa está separado de la comunidad, aislado de sus semejantes y enclaustrado en sí mismo, en su interés privado y en su voluntad particular”.

Como vemos, el ciudadano de la revolución francesa era en gran parte el propietario, puesto que el intercambio mercantil era lo que permitía la relación entre esos individuos separados y aislados. En últimas, los derechos humanos del iusnaturalismo se convirtieron así en simples libertades formales que legitimaban la explotación capitalista. Para la crítica marxista, el desfase entre la igualdad formal en la esfera de la circulación y la explotación capitalista y la desigualdad en el campo de la producción restan entonces todo contenido emancipador a los derechos humanos y a los valores que éstos pudieron haber encarnado en la época de ascenso de las revoluciones burguesas.

Ahora bien, debe distinguirse entre una crítica socialista radical y otra moderada. La versión radical resaltaba el papel que podían jugar los derechos humanos como encubrimiento de la dominación. Sin embargo, esta crítica radical no fue objeto de recepción en esta evolución de los derechos humanos, toda vez que implicaba el cuestionamiento de la idea misma de derechos humanos o la sustitución de los derechos civiles y políticos por los derechos sociales. Por su parte, la crítica moderada (asociada a autores como Bloch, Lasalle o Bernstein) consideraba que los derechos civiles y políticos eran insuficientes, toda vez que se requería no solo de libertad negativa sino también de libertad fáctica para que fueran posibles. En atención a ello, esta postura alimentaba la idea de que los derechos de primera generación debían ser complementados (y no sustituidos) por los derechos sociales. En esas circunstancias, se concluye que para asegurar una verdadera eficacia de los derechos humanos, para que éstos no sean un simple enunciado formal sin concreción práctica que encubre la explotación capitalista, es necesario asegurar a todos los miembros de la sociedad unas condiciones materiales mínimas acordes con su dignidad humana, mediante el establecimiento de mecanismos crecientes de participación, que eviten los efectos discriminatorios de las simples libertades civiles y políticas. De allí surge la concepción de los derechos económicos, sociales y

Finalmente, en la década de los 90 para el caso latinoamericano surgen los modernos derechos colectivos o de solidaridad que buscan la protección de la humanidad en su conjunto. En esta etapa surgen, por ejemplo, las Constituciones verdes¹¹, que empiezan a reconocer un conjunto de derechos colectivos y difusos; entre estos, los derechos relacionados con el medio ambiente, el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, a la libre autodeterminación y al patrimonio común de la humanidad. Por tal razón se habla de derechos de la solidaridad: “son nuevos ya que son a la vez oponibles al Estado y exigibles de él; pero sobre todo (y ésta es su característica esencial) ellos no pueden ser realizados sino por la acción solidaria de todos los actores del juego social: Estados, individuos y otras entidades públicas y privadas”¹².

Entre los derechos colectivos, merece especial mención el derecho al desarrollo, considerado como un “derecho síntesis”, toda vez que para su materialización se necesita la concreción de otros derechos ya reconocidos. Cabe resaltar que la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Resolución 41/128 de la Asamblea, el 4 de diciembre de 1986, estipula en su artículo 1.1 que “[e]l derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”; sin embargo, no todos los países del mundo han reconocido explícitamente su obligación de cumplir con esa obligación.

c) La integralidad e indivisibilidad¹³ de los Derechos Humanos. Desde la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), los derechos humanos han sido considerados indivisibles. Anthony explica que la Asamblea General de Naciones Unidas había emitido una resolución solicitando un documento vinculante sobre los derechos humanos basado en la DUDH, pero debido a la diplomacia de los años 1960 dos documentos fueron redactados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La indignación de algunos miembros de la Asamblea General fue tal que Argentina imploró que “no se dividiera el indivisible”¹⁴.

En 1968, en el 20o. aniversario de la DUDH, se elaboró la Proclamación de Teherán, que apuntó a la invisibilidad de los derechos humano: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos **económicos, sociales y culturales resulta imposible**”¹⁵. Pero es en la década de los 90, que la indivisibilidad de los derechos humanos es nuevamente puesta como el centro del

culturales que suponen una limitación del carácter absoluto de la autonomía individual y la propiedad privada. Esta nueva concepción implica entonces el abandono de la filosofía liberal en lo económico y la instauración de una concepción política interventora.

¹¹ En Sudamérica, la primera Constitución que positivó derechos de este tipo fue la Constitución brasileña de 1989. Abrió el camino y sirvió de paradigma para las posteriores reformas constitucionales realizadas en el resto del continente.

¹² Uprimny, et al., *óp. cit.*, 2006, pág. 20

¹³ Se refiere a la Declaración y Programa de Acción de Viena, que menciona las características de todos los DDHH.

¹⁴ Anthony, Dorothea. *Indivisibility of Human Rights: A Theoretical Critique (tesis de investigación)*. Sidney: University of Technology, primavera de 2010.

¹⁵ ONU. Proclamación de Teherán (proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968), ONU Doc. A/CONF.32/41 p. (1968), párr. 13.

trabajo. La Declaración de Viena de 1993 establece:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁶.

Desvirtuemos ahora las líneas de razonamiento que establecen que sólo puede hablarse con algún sentido de derechos cuando una determinada prescripción se limita a imponer obligaciones negativas, mientras que los DESC necesitarían obligaciones positivas, lo que sería conceptualmente imposible o materialmente inviable.

Al respecto diversos autores, muchos de ellos ligados incluso con líneas de pensamiento liberal, afirman una explícita interrelación entre obligaciones negativas y positivas del Estado con relación a las clásicas libertades económicas y los derechos llamados civiles y políticos. Así, muchos derechos civiles y políticos necesitan para su materialización

...un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado: obligaciones de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el derecho e impedir la afectación por parte de los particulares¹⁷.

Lo mismo podría aplicarse para gran parte de los DESC, que si bien exigen obligaciones positivas por parte del Estado caracterizadas por la erogación de recursos, también exigen en muchos de los casos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer. De esta manera se puede decir que “muchas de las acciones legales tendientes a la aplicación judicial de los DESC se dirigen a corregir la actividad estatal cuando éste incumple obligaciones de no hacer”¹⁸.

Como dice Jose Diokno, no podemos gozar de los derechos civiles y políticos si no gozamos de los derechos económicos, sociales y culturales, así como no podemos gozar de los derechos económicos, sociales y culturales si no gozamos de los derechos civiles y políticos. Es verdad que un hombre hambriento no tiene mucha libertad de elección. Pero es igualmente verdadero que un hombre bien alimentado que no tiene libertad de elección no podrá protegerse del hambre¹⁹.

En conclusión, podemos afirmar lo siguiente:

¹⁶ ONU. Declaración y Programa de Acción de Viena (aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993), ONU Doc. A/CONF.157/23 (1993), párr. 5.

¹⁷ Uprimny, et al., óp. cit., 2006, pág. 24.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Diokno, Jose W. “Human Rights Make Man Human” (5 de septiembre de 1981). En: Quane, Helen: *A Further Dimension to the Interdependence and Indivisibility of Human Rights? Recent Developments Concerning the Rights of Indigenous Peoples*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 25, 2012 (trad. libre del inglés).

- Tanto los DCP como los DESC constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas para el Estado. Es tan costoso para el Estado organizar elecciones libres y justas o crear un sistema jurídico que proteja el debido proceso, como es costoso organizar un servicio nacional de salud o un sistema educacional.
- Los DESC, al igual que los DCP, pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en el caso de los DESC las obligaciones positivas “revisten una importancia simbólica mayor para identificarlos”, puesto que para ellos, la prestación estatal representa “la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho, puesto que la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”²⁰.
- Más allá de lo dicho, aún hay grandes problemas conceptuales que impiden una distinción radical entre los DCP y los DESC, puesto que la concepción teórica y la regularización jurídica concreta de varios derechos clásicamente considerados como libertades económicas o DCP han adquirido un cariz social, con lo que son reinterpretados en clave social. El más claro ejemplo de esta afirmación resulta ser la propiedad. Además, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos apunta claramente a eso. El Convenio Europeo no contiene normas de derechos económicos, sociales y culturales, pero a través de normas de derechos civiles y políticos, como el derecho al respeto a la vida privada y familiar se han decidido casos sobre derecho a la salud y derecho a un medio ambiente saludable.
- Ambos tipos de derechos tienen niveles de obligación similares: positivas o de hacer, y negativas o de no hacer.
- Según el esquema de Van Hoff, referido a los niveles de obligación del Estado, todos los derechos tienen niveles de obligación similares. Al ser estas obligaciones del Estado, pueden en lo pertinente, ser obligaciones de los jueces en el ejercicio de sus funciones²¹:

²⁰ *Ibíd.*, pág. 25.

²¹ Abramovich, Víctor; Courtis, Kristian. “La estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad”. En: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, págs. 19-64.



Respetar. Deber de no inferir y no obstaculizar el acceso al goce del derecho



Proteger. Impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso al o los derechos.



Garantizar. Asegurar que el titular acceda al derecho cuando no pueda hacerlo por si mismo.



Proveer. Desarrollar condiciones para que los titulares accedan al derecho.

Por lo tanto, todos los derechos humanos implican obligaciones positivas y obligaciones negativas (también denominadas de “hacer” y “no hacer”). Así, todos los derechos pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado y sus funcionarios, entre estos el juez. En consecuencia, todos los derechos generan el mismo tipo de obligaciones, aunque en algunos derechos será más fácil identificar las obligaciones positivas, mientras que en otros, serán las obligaciones negativas²².

²² Abramovich y Courtis, óp. cit., 2002, pág. 26

TEMA 2

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DESC

2.1. Normativa relevante

Partiendo del reconocimiento internacional y doctrinal de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos²³, se pueden identificar ámbitos de protección de los DESC de carácter universal y regional (americano, europeo y africano):

Instrumentos universales

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008)

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Instrumentos regionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; "Protocolo de San Salvador" (1988).

Otros instrumentos internacionales importantes (soft law)

Principios de Limburgo sobre la implementación del PIDESC (1986).

Principios de Maastricht sobre violaciones a los DESC (1997). Empleados por el Comité de DESC para evaluar los informes estatales y para desarrollar las distintas observaciones generales al PIDESC.

En el marco del sistema universal de derechos humanos, conforme se ha anotado, además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, existen dos Pactos fundamentales: el Pacto

²³ A nivel internacional, en esta dirección de reconocimiento a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, se pronunció la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán, realizada en 1968, y en modo similar la resolución 32-130 de la Asamblea General de la ONU, de 1977, que consideró "el lugar del individuo en la colectividad y de los derechos de la colectividad con respecto de los individuos". El referido principio de interdependencia también fue plenamente reconocido por la Declaración y Programa de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial que se llevó a cabo en 1993. En su punto 1.5 establece que "todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí".

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que fueron adoptados en el mismo año (1966). Por ello, es pertinente preguntarnos:

¿Por qué existen dos pactos internacionales de derechos humanos?

Para responder esta pregunta, el Manual sobre derechos humanos en la Administración de Justicia, desarrolla una reseña histórica, fundamental para entender la historia y las implicaciones políticas que emergieron de la redacción y adopción del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, por su importancia la citamos in extenso:

La meta perseguida al redactar el Pacto Internacional de Derechos Humanos fue traducir los derechos formulados de manera general en la Declaración Universal en normas detalladas y legalmente vinculantes. La Comisión de Derechos Humanos se puso rápidamente en la tarea de elaborar el proyecto de los derechos civiles y políticos que estarían contenidos en el Pacto, y en su sesión quinta en 1949 adoptó, con 12 votos a favor y ninguno en contra, pero con tres abstenciones, una resolución en la cuál se expresó el punto de vista de que también era necesario incluir en el Pacto disposiciones sobre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, después del debate en su sesión sexta en 1950, la Comisión echó para atrás su posición y decidió, por 13 votos contra 2, no incluir derechos económicos sociales y culturales en el primer Pacto, el cual debía estar limitado a derechos civiles y políticos. Este pacto iba a ser “el primero de una serie de pactos y medidas a ser adoptadas con el fin de cubrir la totalidad de la Declaración Universal”. Ya en este momento se había tornado evidente para la Comisión, la cual estaba bajo la presión enorme de demostrar a las personas del mundo que podía producir resultados tangibles, que sería extremadamente difícil elaborar en poco tiempo un documento legalmente vinculante que también cubriera el complejo espectro de los derechos económicos sociales y culturales.

Durante la sesión quinta de la Asamblea General en 1950, el debate en torno a si debían elaborarse uno o dos Pactos fue discutido en el Comité Tercero. Una mayoría estuvo a favor de incluir las dos categorías de derechos en el mismo Pacto. Bajo la recomendación del Comité Tercero, la Asamblea General adoptó la resolución 421 (V) en la cual declaró que “el Pacto debe ser redactado con el espíritu y basado en los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [la cual] considera al hombre como una persona, a quién las libertades cívicas y políticas así como los derechos económicos, sociales y culturales pertenecen indudablemente”. Agregó que “el disfrute de las libertades cívicas y políticas y de los derechos económicos, sociales y culturales están interconectados y son interdependientes” y que “al estar privado de los derechos económicos sociales y culturales, el hombre no representa a la persona humana a quién la Declaración Universal considera como el ideal de hombre libre”. Por todas esas razones, la Asamblea General decidió incluir derechos económicos, sociales y culturales en el pacto de derechos humanos así como reconocer explícitamente la igualdad de hombres y mujeres en otros derechos. Por lo tanto, acudió al Consejo Económico y Social “para que solicitase a la Comisión de Derechos Humanos, en armonía con el espíritu de la Declaración Universal, que incluyese en el proyecto de pacto una clara expresión de derechos económicos, sociales y culturales de manera que los relacione con las libertades cívicas y políticas consagradas en el proyecto de pacto”. La Resolución 421 (V) fue adoptada por 38 votos contra 7, con 12 abstenciones, y la sección (E) allí incluida, la cual contenía la decisión sobre los derechos económicos, sociales y culturales, fue adoptada por 35 votos contra 9, con 7 abstenciones. Había, en otras palabras, una gran mayoría que en ese momento estaba a

favor de redactar sólo un instrumento legal que incorporara derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

En respuesta a la petición de la Asamblea General, el Consejo Económico y Social decidió por medio de la resolución 349 (XII) pedir a la Comisión de Derechos Humanos que preparara “un proyecto revisado de Pacto según los lineamientos indicados por la Asamblea General”.

En su sesión séptima en 1951, y a pesar de la resolución de la Asamblea General, la Comisión comenzó su trabajo discutiendo ampliamente la cuestión de si debía o no introducir derechos económicos, sociales y culturales en el Pacto, que ya contenía dieciocho derechos civiles y políticos. Eventualmente continuó con la redacción de un único Pacto, añadiendo a los ya existentes derechos civiles y políticos una serie de derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, el debate que se dio en la Comisión demuestra que la respuesta a la razón por la cual existen dos pactos en vez de uno, es más compleja de lo que en ocasiones es creído.

Después de considerar el informe de la Comisión, el Consejo Económico y Social, en vista de “las dificultades que pueden surgir al incorporar en un solo Pacto dos diferentes clases de derechos y obligaciones”, invitó a la Asamblea General “a reconsiderar su decisión en la resolución 421 E (V) de incluir en un mismo Pacto artículos sobre derechos económicos, sociales y culturales, junto con artículos sobre derechos cívicos y políticos” (ECOSOC, Resolución 384 C (XIII)).

Durante su sesión sexta, después de una discusión muy larga y, cada vez más polarizada en términos políticos, la cual además fue contaminada por una desconfianza profunda entre los países Socialistas y algunos Estados de Occidente, la Asamblea General le solicitó al Consejo Económico y Social “pedir a la Comisión de Derechos Humanos que redacte dos Pactos de Derechos Humanos, para ser sometidos simultáneamente a consideración de la Asamblea General en su sesión séptima, uno que contenga derechos civiles y políticos y el otro que contenga derechos económicos, sociales y culturales.” Los pactos debían ser aprobados al mismo tiempo por la Asamblea General “con el fin de realzar la unidad del fin deseado y para asegurar el respeto y la observancia de los derechos humanos” (Asamblea General resolución 543(VI)). Por consiguiente, la Comisión continuó en su octava sesión en 1952 con la redacción de dos Pactos²⁴.

La Resolución de la Asamblea General fue de 1952, pero es solamente en 1966 que los Pactos son elaborados. Los debates en el seno de la Asamblea fueron de lo más amplios y complejos. Muchos temas fueron abordados desde diversas ópticas: jurídicas, sociales y fundamentalmente políticas, entre otras. En 1962, debido a las discusiones frustradas sobre los dos Pactos, Jamaica sugirió que se elaboren, en lugar de Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales, una Declaración y un Convenio sobre Discriminación Racial y los mismos documentos sobre Intolerancia Religiosa²⁵.

En 1962, debido a varios ataques antisemitas ocurridos entre 1959 y 1960 en Europa, la idea de un documento sobre intolerancia religiosa ganó fuerza. La lógica era desviarse de las presiones

²⁴ OACNUDH. *Los derechos humanos en la administración de justicia: Un manual para jueces, fiscales y abogados*. Londres: International Bar Association, 2010, págs. 710-712.

²⁵ Jensen, Steven L. B. “The Jamaica Broker-UN Diplomacy and the Breakthrough for International Human Rights, 1962–1968”, En: *Europe and the Americas: Transatlantic Approaches to Human Rights*. (Inédito).

que la Guerra Fría estaba poniendo sobre las relaciones diplomáticas de los países dentro del sistema de las Naciones Unidas. Sin embargo, con la llegada de varios países africanos al sistema internacional, después de su independencia, cambió la dinámica de las negociaciones: el foco debería ser el racismo y la discriminación racial, que era un problema común en varios países²⁶.

En 1963, Jamaica, un país que resultó crucial para la elaboración de los documentos vinculantes de derechos humanos, sugirió que en 1968 se organizase la primera conferencia mundial sobre los derechos humanos. En su discurso, el representante jamaicano pidió que los países participantes en la conferencia preparasen informes sobre los avances en la lucha contra las violaciones de derechos humanos, no importando el nombre que tenían en cada país.

En 1965, la Asamblea General aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, lo que permitió la adopción de los dos Pactos el año siguiente. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), pionero en proteger y organizar en forma especializada los DESC, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.



Años más tarde, según la resolución 1985/17, del 28 de mayo de 1985, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas estableció un Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

²⁶ Jensen, óp. Cit.

(en adelante Comité), como el órgano de expertos independientes que interpreta y supervisa la aplicación del Pacto. Los Estados parte deben informarle periódicamente sobre la manera en que se ejercitan e instrumentan esos derechos. El Comité también elabora observaciones generales sobre ámbitos de especial atención en los que se requiera un pronunciamiento sobre la interpretación del Pacto.

El 10 de diciembre de 2008, sesenta años después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (abierto para ratificación en marzo de 2009). El Protocolo tiene suma importancia para la protección de esta categoría de derechos, tradicionalmente relegados a un segundo plano; pues, el art. 1 establece la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para recibir y examinar comunicaciones: “Todo Estado Parte en el Pacto que se haga Parte en el presente Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo”. El Protocolo ha sido ratificado por Bolivia mediante Ley N° 156 de 26 de julio de 2011, reconociendo de esta manera la competencia del Comité en tres tipos de procedimientos:

- ❖ Faculta a cualquier persona a presentar “comunicaciones individuales” ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- ❖ Hace posible el control de los demás Estados firmantes del Protocolo a través de las denominadas “comunicaciones interestatales”; y
- ❖ Habilita un cauce para investigar las violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales.

Comprendida la relatividad de la distinción conceptual entre DCP y DESC, cabe señalar que si bien la adopción en el plano internacional de dos pactos distintos fue hecha con la intención de establecer obligaciones de alcance diferente con relación a cada grupo de derechos, en la actualidad la brecha entre ambos grupos y Pactos se está estrechando gracias a diversas estrategias e instrumentos nacionales e internacionales que permiten la exigibilidad y justiciabilidad de todos los derechos reconocidos de manera igualitaria e interdependiente.

El siguiente cuadro vale para la comparación y reflexión:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Artículo 2.2: Consagra incondicionalmente la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos consagrados en el Pacto.	Artículo 2.1: Consagra la obligación de adoptar medidas es condicionada por la referencia a la disponibilidad de recursos y a la realización progresiva de la efectividad de los derechos.
Artículo 2.3: Establece expresamente el	El Pacto no contiene un provisión específica

derecho a un recurso efectivo en caso de violación de los derechos consagrados en el Pacto.	sobre un remedio efectivo en caso de Violación de derechos.
Mecanismos para su implementación: Comité de Derechos Humanos que recibe los informes presentados por los Estados, así como las comunicaciones de Estados Parte que aleguen la vulneración de los derechos del Pacto por otros Estados.	Mecanismos para su implementación: En su parte IV, establece un sistema de informes, sin prever mecanismos de comunicación de vulneraciones. En 1985 se crea el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales que emite observaciones generales en las que procura definir con mayor precisión las obligaciones concretas de los Estados en temas relacionados con DESC.
El Protocolo Facultativo del Pacto extiende la legitimación para presentar comunicaciones en las que se aleguen violaciones de los derechos del Pacto provenientes de particulares.	El Protocolo Facultativo al PIDESC (adoptado en 2008): Faculta a los particulares a presentar “comunicaciones individuales”. Hace posible el control de los demás Estados firmantes de dicho Protocolo a través de las denominadas “comunicaciones interestatales”. Habilita un cauce para investigar las violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales

En la actualidad, además de los informes y observaciones emanadas del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, hay otros instrumentos referidos a los DESC que han sido traducidos en principios: Principios de Limburgo y las directrices o Principios de Maastricht.

- ❖ **Principios de Limburgo** sobre la implementación del PIDESC (1986). En estos principios se exponen diversas opiniones sobre la interpretación de las disposiciones del Pacto. Establecen un marco amplio para comprender la naturaleza jurídica de las normas del Pacto y se usan generalmente para interpretar esas normas.
- ❖ **Principios de Limburgo** fueron complementados por las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los DESC (1997). Empleados por el Comité de DESC para evaluar los informes estatales y para desarrollar las distintas observaciones generales hechas al Pacto.

En el ámbito regional podemos señalar al a **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, especialmente el artículo 26, y el **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, vigente desde 1999 y conocido como Protocolo de San Salvador, que regula los mecanismos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Ambos son los

instrumentos que protegen estos derechos a nivel regional²⁷.

Podemos afirmar que a lo largo de éstos últimos años se ha concluido y aceptado en el ámbito nacional e internacional lo siguiente:

- ❖ Todos los derechos humanos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales tienen igual valor y dependen el uno del otro para su mutua realización.
- ❖ Hay dos Pactos internacionales de derechos humanos debido a la evolución histórica y diplomática de la elaboración de tratados internacionales de derechos humanos.
- ❖ En vista de los diferentes grados de desarrollo de los Estados, el Pacto tenía que proporcionar la posibilidad de implementación progresiva, aunque con ello nunca se tuvo la intención de sugerir que no había obligaciones inmediatas.
- ❖ La sugerencia de que los derechos económicos, sociales y culturales no son justiciables nunca fue aceptada en el proceso de elaboración del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- ❖ Pese a las diferencias de redacción de ambos textos, lo cierto es que las brechas existentes entre ambos pactos se han reducido por la labor de interpretación de los órganos de tratados y el trabajo de expertos en derechos humanos.
- ❖ Desde la creación en 1985 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han comenzado a producirse en el seno de las Naciones Unidas documentos que contribuyen a esclarecer el sentido de algunos derechos y las correspondientes obligaciones para los Estados.
- ❖ Más allá de la labor de interpretación por parte de los organismos internacionales, debido a la ausencia de mecanismos internacionales de justiciabilidad directa de los DESC, ha empezado a surgir un nuevo cauce para fortalecer su protección judicial a través de la aplicación del derecho internacional por los tribunales locales, lo que genera una interacción y auxilio en la tutela de los derechos humanos.

Ahora bien, vale la pena recordar que las interpretaciones de estos órganos tienen un valor fundamental y pueden ser invocados y aplicados en la resolución de las causas que se presentan ante los jueces, juezas y tribunales; pues, dichas interpretaciones resultan invocables para determinar el alcance de los derechos de los individuos y de las obligaciones estatales establecidas en el PIDESC.

En ese sentido, las interpretaciones, observaciones, informes y principios deben ser conocidas por las autoridades judiciales y, por su parte, la persona a quien se haya vulnerado un DESC puede invocar estos instrumentos para la protección de sus derechos ante tribunales locales.

²⁷ Cabe señalar que únicamente los derechos sindicales y el derecho a la educación, contenidos en el Protocolo (párrafo a) del artículo 8 y 13, respectivamente), pueden ser objeto de la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Comisión y Corte IDEH) El resto de los derechos contenidos en el Protocolo están sujetos a un mecanismo de supervisión previsto en el artículo 19, consistente en la presentación de informes periódicos al secretario general de la Organización de los Estados Americanos, quien los transmite al Consejo Interamericano, Económico y Social; al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura; a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y a los organismos especializados.

Como vimos a lo largo del módulo, el derecho internacional y el derecho interno interactúan auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos. La mayoría de las constituciones de los países reconocen la más alta jerarquización y fuerza vinculante a los tratados referidos a derechos humanos. Este hecho obliga al juez local a conocer la interpretación que se ha hecho de esos pactos en sede internacional.

Esta especial jerarquía de los tratados, condiciona el ejercicio del Estado y todos sus órganos, entre estos el Órgano Judicial, del pleno respeto y garantía de estos instrumentos: “Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino, también, la violación de la Constitución misma”²⁸.

En el plano interno la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales implica que éstos dicten fallos contrarios a la Constitución, por prescindir de normas de rango constitucional. Además, la vulneración de alguno de estos derechos por alguna autoridad judicial podría originar repetición por parte del Estado en caso de una denuncia internacional.

Sin embargo, más allá de la labor de interpretación de los organismos internacionales y de aplicación y observancia de los tribunales locales, “debido a la ausencia de mecanismos internacionales de justiciabilidad directa de los derechos contenidos en estos instrumentos y aun cuando estos existieran a las dificultades materiales y temporales que supone acudir ante un órgano internacional, resulta necesario profundizar un nuevo cauce para fortalecer su protección judicial”²⁹, que no puede ser otro que la aplicación de este derecho internacional por los tribunales locales que son los “que tienen a cargo el velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones internacionales asumidas por los distintos países en materia de derechos humanos incluidas las incorporadas por el PIDESC”³⁰.

La importancia de estos órganos ha sido establecida por la jurisprudencia constitucional en diferentes Sentencias. Así, la SCP 1250/2012, se pronunció expresamente sobre las obligaciones de los Estados al suscribir una Convención o Tratado de derechos humanos, señalando que las mismas deben cumplirse de buena fe conforme al principio *pacta sunt servanda*. Luego de revisar informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Relatoría de la Libertad de Expresión y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Derechos humanos, concluyó que los órganos de control del sistema interamericano e incluso universal, efectuaron a su turno diversas observaciones a los Estados partes en general y al Estado boliviano en particular sobre la vigencia y aplicación del delito de desacato, por lo que mantener al interior del ordenamiento jurídico dicha tipificación, no sólo implicaría incumplir nuestros compromisos internacionales sino desprestigiaría ante el resto de la comunidad internacional, a gobiernos democráticos y legítimos -incluido claro está al propio Tribunal Constitucional Plurinacional- al sentar una injustificada sospecha sobre vulneración a la libertad de expresión.

²⁸ Abramovich y Curtis, óp. cit., 2002, pág. 72.

²⁹ Ibid. p. 72.

³⁰ Ibid.

En el tema específico de los derechos económicos, sociales y culturales, el Tribunal acudió a las Observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Así, en la SCP 35/2014, el Tribunal citó a la Observación General 15, sobre el derecho al agua y sus componentes: “a) Disponibilidad, el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Estos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica; b) Calidad, necesaria para cada uso personal o doméstico, debe ser salubre, y por tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptable para cada uso personal o doméstico; y c) Accesibilidad, el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte y a un precio razonable”.

También cabe mencionar a la SCP 33/2017-S2 que acudió al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Observación General 5 sobre las personas con discapacidad.

2.2. Obligaciones genéricas de los Estados con relación a los DESC



2.2.1 Obligación de adoptar medidas inmediatas

El Comité ha sostenido que si bien la plena efectividad de los derechos puede ser realizada progresivamente, hay obligaciones con efecto inmediato:

1. Garantizar que los derechos se ejercerán sin discriminación (art. 2.2 del PIDESC).
2. Adoptar medidas (art. 2.1-1 del PIDESC). Implementar actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones. Este compromiso no queda limitado ni condicionado por ninguna otra

consideración (Observación General No. 3.1- 3.2).

Los Principios de Limburgo sostienen que un Estado viola el Pacto:

1. Cuando no logra remover a la mayor brevedad posible todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho.
2. Cuando no logra intencionalmente satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada y para cuya realización está capacitado.
3. Cuando adopta una limitación de un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo.
4. Cuando retrasa deliberadamente la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos por el Pacto, o que dicha conducta obedezca a falta de recursos justificada o fuerza mayor.
5. Cuando no logra presentar los informes exigidos por el Pacto.

Los Principios de Maastricht distinguen entre violaciones por acción y violaciones por omisión:

- **Violaciones por acción** (Principio 14):

1. Derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un DESC del que ya se goza.
2. Denegación activa de esos derechos a grupos o individuos particulares a través de una discriminación de derecho o de hecho.
3. El apoyo activo a medidas adoptadas por terceros que sean inconsistentes con los DESC.
4. La adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean aumentar la igualdad y mejorar la realización de los DESC para los grupos en situación de mayor vulnerabilidad.
5. La adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho.
6. La obstrucción o detención calculada de la realización progresiva de un derecho protegido por el Pacto, salvo que el Estado actúe a partir de una limitación permitida por el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o a razones de fuerza mayor.
7. La reducción o la desviación de gasto público específico, que resulte en la privación del goce de los DESC y no sea acompañada por medidas adecuadas para asegurar derechos mínimos de subsistencia.

- **Violaciones por omisión** (Principio 15):

1. La no adopción de medidas apropiadas según lo requerido por el Pacto y la falta de reforma o derogación de la legislación manifiestamente inconsistente con una obligación del Pacto.
2. La falta de sanción de legislación o la no puesta en efecto de políticas designadas para

- implementar las previsiones del Pacto.
3. La ausencia de regulación de las actividades de individuos o de grupos (regulación destinada a la prevención de violaciones de DESC cometidas por aquellos).
 4. La no utilización del máximo de los recursos disponibles para la plena realización del Pacto.
 5. La falta de supervisión de la realización de los DESC, incluido el desarrollo y la aplicación de criterios y de indicadores para evaluar el cumplimiento.
 6. La demora en la implementación de un derecho que el Pacto exige sea provisto inmediatamente.
 7. La no consecución de estándares mínimos internacionales de cumplimiento generalmente aceptado, cuyo cumplimiento esté dentro de las posibilidades del Estado;
 8. El incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales en materia de DESC, al entrar en acuerdos bilaterales y multilaterales con otros Estados, con organizaciones internacionales o con empresas multinacionales.

Por su parte, el Comité ha establecido la obligación de adoptar medidas inmediatas al tratar el contenido de algunos derechos del Pacto. Así, sostuvo que los Estados deben garantizar de manera inmediata que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación, y deben adoptar medidas deliberadas y concretas para la plena realización del artículo 12 del Pacto. (Observación General, OG, No. 14, punto 30).

El Estado adoptará libremente los medios apropiados para el cumplimiento del Pacto. En seguida, algunas de las medidas que deben ser adoptadas por el Estado.

a. Adecuación del marco legal

- Derogar aquellas medidas jurídicas que resultan manifiestamente contrarias a sus obligaciones en materia de DESC. Por ejemplo, aquellas normas que prohíban o impidan la formación de sindicatos, o que graven con impuestos elevados artículos de primera necesidad.
- Eliminar cualquier discriminación de iure o de facto, con lo que se debe eliminar cualquier norma, regulación o práctica discriminatoria que afecte el goce de los DESC (Principios de Limburgo: 37; Principios de Maastricht: 11, 12, 14b).
- Proveer de forma inmediata recursos judiciales efectivos contra cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los DESC (Principios de Limburgo: 35; Principios de Maastricht: 22).
- Con respecto a personas que se encuentran en situación de inequidad, el Estado tiene la obligación de sancionar normas que las protejan. Hay grupos susceptibles de sufrir un daño desproporcionado por la violación de un DESC: los grupos de bajos ingresos, las mujeres, los indígenas, la población de territorios ocupados, los refugiados, las personas desplazadas, los ancianos, los niños, los campesinos sin tierra y las personas con capacidades diferentes, entre otros. (P. Maastricht: 20).
- Los Estados deben aplicar medidas apropiadas para que las personas o grupos agraviados

dispongan de medios de reparación y de recursos; deben establecerse mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos (Observación General No. 9, punto 2). Al respecto, el Comité ha señalado algunas reformas concretas que deben emprender los Estados:

- A fin de garantizar el acceso a alimentos y recursos, debe asegurarse el derecho de las mujeres a heredar y a poseer tierras y bienes (OG No. 12, punto 26).
- Proteger el derecho a la salud mediante leyes que aseguren el acceso igual a la atención y a los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros, velando por que la privatización de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud, y el fácil acceso a equipos y medicamentos (OG No. 14, punto 35).
- Eliminar leyes que discriminen a grupos o individuos en su acceso a la educación (OG No. 13, punto 59).
- Adoptar leyes, inmediatamente, que impidan los desalojos forzosos y de derogar todas aquellas normas que los permitan (OG No. 7, punto 9).

b. Relevamiento de información, vigilancia efectiva y formulación de planes³¹

- Los Estados deben hacer vigilancia del grado de cumplimiento de los DESC.
- Destinar presupuesto para la realización de esta vigilancia.
- Los Estados deben formular un plan de acción para la implementación de los DESC (OG No. 1, puntos 3 y 4; OG No. 11, puntos 1, 3 y 8), y un plan de acción para la implementación de medidas inmediatas.
- El cumplimiento de las obligaciones descritas anteriormente y de otras establecidas en el PIDESC se evidencia, en principio, a través de la presentación —obligatoria para los Estados— de informes periódicos al Comité de DESC sobre la aplicación de los derechos y obligaciones consagradas en el PIDESC. La OG No. 3, punto 6, señala que en caso de que las políticas concretas encaminadas a hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto hayan tomado forma de leyes, se deberá rendir informe al Comité, determinando si tales leyes establecen algún derecho de actuación para aquellas personas o grupos cuyos DESC se hayan vulnerado. De la misma manera pide que se le informe en caso de que los derechos del Pacto sean reconocidos por la Constitución o se haya otorgado el carácter de derecho interno; todo esto con el fin de ver hasta qué punto tales derechos son justiciables ante tribunales nacionales.

c. Provisión de recursos efectivos

- La OG No. 3, punto 5, del Comité, de manera concordante con los Principios de Maastricht, No. 22, en una interpretación del artículo 2.1 del PIDESC, de enorme proyección para la

³¹ Con respecto a la vivienda, OG No. 4, punto 13; con respecto a desalojos forzosos, OG No. 7, puntos 19, 20 y 21; con relación a los procesos relacionados con la enseñanza, con políticas, instituciones y programas educativos, OG No. 13, punto 37; en referencia a la obligación de garantizar el acceso a la información sobre cuestiones relacionadas con la salud (solicitar, recibir y difundir), OG No. 14, punto 12 iv, 34; sobre la obligación de reducir la mortalidad infantil, OG No. 14, punto 14.

cuestión de justiciabilidad: considera que los Estados tienen la obligación de brindar de manera inmediata recursos judiciales efectivos. Por lo tanto, más allá de las particularidades de cada sistema jurídico, se podría decir que no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no posea, en algunas dimensiones, significativa justiciabilidad.

- De manera concordante, la OG No. 9 estableció que cuando un derecho reconocido en el Pacto no pueda ser ejercido sin una intervención del Poder Judicial, es necesario establecer recursos judiciales. En el punto 10 enumera aquellos asuntos que pueden ser tratados directamente por los tribunales sin necesidad de que se dicten otras normas.
- Los Estados deben brindar recursos judiciales efectivos e idóneos para materializar los DESC y para impedir o reparar violaciones de los DESC consagrados en el Pacto.

2.2.2 Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos

Los Estados deben asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto. (Principio de Limburgo 25, Principio de Maastricht 9, OG No. 3, punto 10). Esta obligación surge del artículo 2.1 del Pacto, y dependiendo del derecho su cumplimiento debe seguir diversos pasos:

- Adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción no alcance los mínimos exigibles.
- Conservar la situación, no retroceder en la implementación del derecho.
- Conforme con el modelo formulado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana³², respaldado por un amplio sector de la doctrina científica contemporánea³³, deben identificarse dos obligaciones fundamentales derivadas de los DESC:
 - a. La obligación de garantizar un contenido mínimo esencial perfectamente definido que conlleve obligaciones inmediatas para los Estados, pues se encuentra, como veremos, ampliamente relacionada con el goce de otros derechos; y
 - b. Una obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que atienda a las circunstancias particulares de cada Estado y al máximo de los recursos disponibles.

Las dos citadas clases de obligaciones (mínimas o esenciales y de progresividad) han sido protegidas en el sistema interamericano, especialmente, en forma respectiva, a través de dos vías:

³² Al respecto, cabe destacar las sentencias C-038-04, del 27 de enero de 2004 y C-251, de 1997 (los fundamentos 8 y 9); y SU-225 de 1998, fundamentos 11 y ss., que establecen: El mandato de progresividad en materia de derechos sociales no tiene un contenido puramente retórico ni debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos, ya que tiene implicaciones jurídicas específicas, destinadas a lograr una sociedad más justa, que logre erradicar las injusticias presentes. (...) En particular, el mandato de progresividad implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos. De otro lado, existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había precisado con anterioridad.

³³ Para ampliar, ver: Abramovich, Víctor; Courtis, Christian y Añón, M. J. *Derechos sociales, instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006; Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (5a. ed.). Madrid: Trotta, 2006.

- La interdependencia de los derechos económicos, sociales y culturales con otros derechos contenidos en la Convención Americana, y
- La protección que brinda el artículo 26 de la Convención Americana.

Con relación a la obligación de garantizar contenidos mínimos, podemos señalar que el contenido mínimo de muchos DESC ha sido definido por el Comité a través de la emisión de Observaciones Generales interpretativas de lo prescrito por el Pacto³⁴. Al respecto, el Comité ha delimitado el contenido esencial o mínimo de los siguientes derechos: a) derecho a una vivienda adecuada; b) derecho a una alimentación adecuada; c) derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, d) derecho al agua y e) derecho a la educación, entre otros.

Sobre el contenido mínimo de los DESC, numerosos autores³⁵ señalan que si bien la tarea del Comité de fijar estos contenidos mínimos reconocidos en el Pacto resulta importante, se debería adoptar un sistema de indicadores para evidenciar el nivel de cumplimiento de las obligaciones del Estado en aquellos DESC que son pasibles de cuantificación; por ejemplo, la erradicación del analfabetismo —conectado con el derecho a la educación— o la erradicación de algunas enfermedades endémicas —conectado con el derecho a la salud—. Temas relacionados con desarrollo, condiciones de vida, servicios básicos y otros también podrían tener indicadores.

Sin embargo, es importante dejar claro que muchos derechos, como el derecho a la educación y la salud, implican mucho más que la erradicación del analfabetismo o de enfermedades endémicas; requieren un análisis profundo para que se creen indicadores de todos sus aspectos.

En los últimos años el empleo de indicadores para ver el cumplimiento de los DESC ha sido muy útil en el tratamiento nacional e internacional de los mismos. En el caso de Bolivia, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha medido la efectividad de ciertos DESC a través de indicadores que dan cuenta fundamentalmente de la voluntad y capacidad del Estado de promover y proteger estos derechos.

³⁴ Hasta la fecha, el Comité ha desarrollado las siguientes Observaciones Generales: Observación General 1: "Presentación de informes por parte de los Estados parte" (1989); Observación General 2: "Medidas de asistencia técnica internacional" (artículo 22 del PIDESC; 1990); Observación General 3: "La índole de las obligaciones de los Estados parte" (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto; 1990); Observación General 4: "El derecho a una vivienda adecuada" (párr. 1 del artículo 11 del pacto; 1991); Observación General 5: "Las personas con discapacidad" (1994); Observación General 6: "Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con edad" (1995); Observación General 7: "El derecho a una vivienda adecuada" (párrafo 1 del artículo 11: los desalojos forzosos; 1997); Observación General 8: "Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales" (1997); Observación General 9: "La aplicación interna del pacto" (1998); Observación General 10: "La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales" (1998); Observación General 11: "Planes de acción para la enseñanza primaria" (artículo 14 del PIDESC; 1999); Observación General 12: "El derecho a una alimentación adecuada" (artículo 11 del PIDESC; 1999); Observación General 13: "El derecho a la educación" (artículo 13 del PIDESC; 1999); Observación General 14: "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 12 del PIDESC; 2000); Observación General 15: "El derecho al agua" (artículos 11 y 12 del PIDESC; 2002); Observación General 16: "Sobre el igual derecho de hombres y mujeres a disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales"; Observación General 17: "Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)" (apartado c), párrafo 1, artículo 15 del PIDESC); Observación General 18: "El derecho al trabajo" (artículo 6 del PIDESC; 2005); Observación General 19: "El derecho a la seguridad social" (2008); Observación General 20: "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales" (2009); Observación General 21: "Derecho de toda persona a participar en la vida cultural" (artículo 15, párrafo 1o. del PIDESC; 2009).

³⁵ Entre ellos, Abramovich y Courtis, óp. cit., págs. 91 y 92.

2.2.3. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

❖ **Obligación de progresividad.** El artículo 2.1 del PIDESC, inciso c), establece:

Cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas (...) especialmente económicas y técnicas (...) para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

La noción de progresividad tiene dos sentidos complementarios:

- El reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos reconocidos en el Pacto supone una cierta gradualidad. (OG No. 3, punto 9).
- El sentido de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC.

❖ **Obligación de no regresividad.** Significa la prohibición de adoptar políticas y medidas, y sancionar normas que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población en el momento de adopción del tratado. De esta obligación emerge también la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o en su caso de derogar los ya existentes³⁶. Estas prohibiciones se encuentran, entre otras, en la OG No. 3, punto 9, y en los Principios de Maastricht: 14avo.

Existen posibilidades de reclamo judicial de la obligación de no regresividad. Esa obligación se consolida como una verdadera limitación impuesta sobre los órganos del Estado ante cualquier política, medida o reglamentación restrictiva de los DESC previamente reconocidos. Excepcionalmente, en algunos países en crisis económica³⁷ la prohibición de regresividad en materia de ciertos DESC previamente reconocidos ha sido suspendida en el marco del denominado principio de razonabilidad, que permite aceptar sin responsabilizar al Estado, ciertas medidas o reglamentaciones regresivas, en ciertos casos excepcionales. Disposiciones de este tipo son sometidas a un minucioso test y juicio de razonabilidad, en los que la carga de la prueba de la necesidad y razonabilidad de la medida es del Estado³⁸.

En conclusión podemos afirmar que hay una extensa lista de las obligaciones del Estado frente a los DESC. Algunas son inmediatas y otras son progresivas como las siguientes:

Regulación posterior (establecer normas permisivas o de prohibición al Estado o a particulares en el caso de vulnerar o restringir un DESC reconocido).

³⁶ *Ibíd.*, pág. 94.

³⁷ Claro ejemplo de regresión en materia de DESC es lo acontecido recientemente en España, Grecia Portugal en Europa, y hace algunos años en Argentina.

³⁸ Para ampliar, ver Abramovich y Courtis, *óp. cit.*, págs. 96 y ss.

Acciones positivas fácticas: políticas públicas favorables a la implementación de los DESC, planes de acción y acciones positivas normativas.

Provisión de servicios a la población de forma exclusiva o con cobertura mixta.

Asignación de fondos y subsidios para las diferentes instituciones estatales encargadas de la implementación de los DESC.

Transferencia de fondos a la ciudadanía para garantizar el ejercicio de algunos derechos. Un ejemplo en Bolivia es el Bono Juancito Pinto que contribuye al ejercicio del derecho a la educación de niñas y niños.

Organización de una estructura para la implementación de los planes de acción y **acciones normativas positivas**.

Creación de instituciones, cuando sea necesario, que se encarguen de la implementación de los DESC.

Destinar políticas, normas y recursos para garantizar que el órgano judicial este en condiciones de garantizar los DESC.

TEMA 3

JUSTICIABILIDAD Y EXIGIBILIDAD DE LOS DESC

3.1. Justiciabilidad de los DESC

Podemos entender la justiciabilidad como aquella posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho.

En este sentido, la calificación de un derecho como pleno no es simplemente el cumplimiento de la obligación por parte del Estado, sino la existencia de un poder jurídico del titular para actuar en caso de incumplimiento del Estado. Es, por lo tanto, la posibilidad del titular del derecho de conseguir, a través de una queja o demanda que termine en una sentencia, el cumplimiento y materialización de un DESC.

La condición de la justiciabilidad se basa en la previa positivización de los DESC y en lo establecido por los artículos 13, 256 y 410 de la Constitución, que señalan que los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, gozan de fuerza vinculante y deben ser aplicados de manera directa por todos los órganos e instituciones del Estado. Queda claro, entonces, que la Constitución boliviana confiere un tratamiento especial y privilegiado a todos los tratados e instrumentos referidos a derechos humanos, entre ellos los referidos a los DESC, y la justiciabilidad se ve fortalecida con la identificación de las obligaciones mínimas de los Estados con relación a los DESC.

Además, cabe señalar que la justiciabilidad está expresamente señalada en el art. 109 de la CPE, que establece:

Artículo 109.

I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y **gozan de iguales garantías para su protección.**

3.2. Superación de los obstáculos para la justiciabilidad de los DESC

Varios han sido los impedimentos para la justiciabilidad de los DESC, sin embargo, todos pueden ser superados en el marco de la igualdad, unidad e interdependencia de los derechos humanos. Entre los obstáculos que en algún momento dificultaron la justiciabilidad de los DESC se encuentran los siguientes:

- La supuesta naturaleza de este tipo de derechos como disvalor inherente, lo que dificulta su justiciabilidad. De acuerdo a lo estudiado en los temas 1 y 2 de esta unidad, todo derecho

supone un complejo conjunto de obligaciones a ser cumplidas por el Estado. Por ende, es falso que los DESC posean alguna característica inherente que los imposibilite de gozar de tutela judicial y, por tanto, exigibilidad.

- La vaguedad de los textos normativos en su contenido, es decir, los problemas de determinación de la conducta debida. Este problema no está ligado solamente a los DESC, sino también a los DCP. No obstante, jamás eso ha llevado a la afirmación de que los DCP no sean derechos exigibles judicialmente, sino más bien se ha impulsado la tarea de especificación de su contenido a través de la reglamentación administrativa y normativa específica, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica.
- En el plano internacional las Observaciones Generales del Comité y sus recomendaciones frente a los informes de los Estados son un buen ejemplo de esta tarea de definición del contenido mínimo de los DESC.
- Otra buena fuente de especificación de derechos es el sistema de peticiones individuales establecido por el Protocolo Facultativo al PIDESC. A medida que más países vayan ratificando el Protocolo, mayor será la contribución del Comité en la especificación de los DESC.
- Los problemas de falta de especificación del contenido de un derecho son típicos de las normas constitucionales o de tratados de derechos humanos, dado que se trata de normas de contenido general para el orden jurídico. Esto otorga mayor flexibilidad y adaptabilidad a instrumentos normativos cuya modificación es difícil. Por lo tanto, la generalidad es necesaria y no constituye un problema en sí mismo.
- Con relación al problema de la posibilidad de determinar la conducta debida, cuando de DESC se trata, podemos señalar que la especificación de la conducta debida ha sido desarrollada en la mayoría de casos por la vía de la reglamentación, la evolución dogmática y el desarrollo jurisprudencial.
- La falta de una práctica institucional de interpretación de tratados internacionales e informes de derechos humanos.

Al respecto, cabe citar lo siguiente:

que el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la determinación de una conducta concreta que deba exigirse al Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la razonabilidad, o bien la de carácter adecuado o apropiado, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de los actos de los Poderes Políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes Políticos en la elección concreta de la Política Pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr

esa satisfacción³⁹.

- ❖ La autorrestricción del Poder Judicial debido a cuestiones políticas y técnicas. Este problema refleja el debate del activismo judicial, es decir, el debate entre lo que es política y lo que es técnica; la definición si el juez, además de ser convocado a decidir sobre un problema de derecho, debe resolver problemas de política pública, por ejemplo, los referidos a qué sectores o grupos merecerán protección preferente del Estado, o sobre la conveniencia o no de determinada política.

Al respecto, cabe señalar que no hay definiciones esenciales o absolutas acerca del carácter político de una cuestión. La línea que separa las cuestiones políticas de las cuestiones netamente jurídicas es delgada y movediza; así lo han demostrado muchos tribunales de la región que, ampliando sus poderes de revisión, juridizaron una cuestión de política pública y obligaron al Estado al cumplimiento de sus obligaciones contraídas en materia de DESC⁴⁰.

- ❖ La escasa tradición de control judicial en la materia, que es en realidad un obstáculo de carácter cultural, presente en jueces y ciudadanos. Debido a la poca cantidad de acciones judiciales de protección de los DESC, los jueces y tribunales nacionales tienen poca experiencia en el control judicial de estos derechos. Pese al reconocimiento constitucional de los DESC hay ciertas concepciones conservadoras acerca del papel institucional del Órgano Judicial en la protección y garantía de los derechos ESC. Además, las víctimas de estas violaciones no acuden al Órgano Judicial y dirigen sus reclamos hacia otros mecanismos de presión.
- ❖ La ausencia de mecanismos procesales adecuados para la tutela de los DESC. Es decir, la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los DESC, puesto que la mayoría de las acciones judiciales tipificadas en el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los DCP clásicos. La incidencia colectiva de la mayoría de los DESC, genera problemas de legitimación activa que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan a las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales. Este hecho tan común pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales. Además, aunque muchos de los DESC requieren satisfacción urgente, las sentencias que condenan al Estado con respecto a obligaciones de hacer, no cuentan con resguardos procesales suficientes, hecho que dificulta su ejecución.

Al respecto, podemos decir que el derecho procesal contemporáneo se ha hecho cargo de este problema, abriendo la acción de amparo constitucional para la tutela de los DESC y

³⁹ *Ibíd.*, pág. 126.

⁴⁰ Al respecto, ver los fallos en materia de DESC de la Corte Constitucional de Colombia. Disponibles en: www.corteconstitucional.gov.co.

creó nuevas acciones de protección de los derechos colectivos y difusos, como la acción popular y la acción de cumplimiento.

Así, el art. 128 de la CPE establece que “La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

Por su parte, el art. 135 de CPE establece que “La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”.

En cuanto a la acción de cumplimiento, el art. 134 de la CPE establece que procede en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida. Esta acción por tanto no tutela de manera directa derechos, sin embargo, sí lo hace de manera indirecta ante el incumplimiento de una norma que tienen incidencia en derechos fundamentales. Esta acción, por tanto, puede ser presentada ante el incumplimiento de una norma vinculada a los derechos económicos sociales y culturales, como ha ocurrido en el ámbito de la salud y seguridad social, como será posteriormente.

Las acciones de defensa descritas se constituyen en un gran avance para la justiciabilidad de los DESC en Bolivia, que han sido utilizadas para la tutela de los derechos individuales (amparo constitucional) y colectivos (acción popular). Así, los derechos al trabajo, a la educación, a la vivienda, entre otros, han sido tutelados en su dimensión individual a través de la acción de amparo constitucional (SCP 152/2015-S2, 897/2013, entre otras) y en su dimensión colectiva, cuando los accionantes son colectividades, por ejemplo naciones y pueblos indígena originario campesinos (487/2014, 572/2014, entre otras).

El Tribunal Constitucional Plurinacional, además, se ha pronunciado de manera expresa sobre la justiciabilidad de los derechos fundamentales; por ejemplo, la SCP 1122/2017 – S1, haciendo referencia a las características del modelo constitucional asumido, señaló a las siguientes: 1) **Igual jerarquía, directa aplicabilidad y directa justiciabilidad de los derechos fundamentales**; 2) El cambio de roles de las autoridades jurisdiccionales y administrativas; y, 3) El bloque de constitucionalidad y su preminencia en el orden interno, añadiendo que:

“En efecto, uno de los pilares del modelo constitucional boliviano, es la igualdad jerárquica de todos los derechos fundamentales, incluidos claro está los derechos económicos, sociales y culturales, así como su directa aplicabilidad y por ende, su directa justiciabilidad. A su vez, la directa aplicabilidad, implica un cambio esencial en el rol de las autoridades jurisdiccionales, ya que estas deben aplicar

y garantizar la eficacia máxima de los derechos insertos en el bloque de constitucionalidad, para lo cual, las autoridades jurisdiccionales, deben utilizar un criterio esencial de interpretación denominado “interpretación desde y conforme al bloque de constitucionalidad”; en tal sentido, en caso de existir una ley expresa sea esta formal o material, la autoridad jurisdiccional, como primer garante y celador del respeto a los derechos fundamentales, debe velar porque el tenor literal de la norma esté conforme con el contenido material de la parte dogmática de la Constitución y del Bloque de Constitucionalidad, caso contrario, a través de los criterios de interpretación basados en el pro hómine, favoris débiles, pro-actione, pro-libertatis, pro justicia social, entre otros, deben asegurar la “eficacia máxima de los Derechos fundamentales”.

Los aspectos antes descritos, inequívocamente implican un cambio de roles de los jueces, cuya labor en un contexto ius-positivista, se limitaba a una interpretación exegética, merced al método de la subsunción; de manera que, los jueces ordinarios y autoridades administrativas, no estaban facultados a realizar ningún juicio de valor ni siquiera vinculado a la compatibilidad de la norma con los Derechos Fundamentales; en cambio, en el marco de los postulados del Estado Constitucional de Derecho, las autoridades jurisdiccionales son las primeras garantes del respeto a los derechos fundamentales y deben aplicar directamente los derechos en el marco de pautas específicas de interpretación y de acuerdo a una coherente argumentación jurídica”.

También cabe mencionar a la SCP 222/2016-S2 que, sobre la base de precedentes constitucionales como los contenidos en las SSCCPP 002/2012, 1714/2012, entre otras, señaló que:

“...uno de los pilares esenciales del Estado Constitucional de Derecho, es el respeto a los derechos fundamentales, los cuales de acuerdo con lo previsto en el art. 109.I de la CPE, concordante con el art. 13.III de la misma Ley Fundamental, gozan de igual jerarquía y son directamente aplicables y justiciables.

En este orden, el constituyente advirtió que la directa justiciabilidad de los derechos y garantías fundamentales se operativice a través de las acciones de defensa diseñadas constitucionalmente, entre ellas, la acción de amparo constitucional, consagrada para la defensa de los actos y omisiones que lesionen derechos y garantías fundamentales, cuyo ámbito de protección se encuentra delimitado por los arts. 128 y 129 de la CPE.

Bajo la perspectiva señalada, la acción de amparo constitucional se configura como una verdadera garantía jurisdiccional destinada, a través de un procedimiento rápido y oportuno, a resguardar los derechos fundamentales expresados en la Norma Suprema y en el bloque de constitucionalidad, con excepción de aquellos que encuentren resguardo en otros mecanismos específicos de defensa. Así lo estableció la SCP 0002/2012 de 13 de marzo, y ratificado en la SCP 1284/2014 de 23 de junio”.

3.3. Vías de exigibilidad judicial de los DESC

La exigibilidad de los DESC puede ser directa o indirecta, conforme se pasa a desarrollar a continuación:

3.3.1. Exigibilidad directa

Los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser exigidos directamente a través de la vía judicial, bien de manera individual a través de la acción de Amparo Constitucional —que en Bolivia abarca un ámbito de protección amplio y no restringido a los derechos fundamentales como en otras legislaciones (Colombia, España), o cuando se trata de una colectividad a través de la Acción Popular.

Ahora bien, pueden presentarse dos situaciones:

1. Que la conducta exigible del Estado se encuentre claramente determinada, es decir, que el contenido mínimo del DESC exigido esté establecido en una norma o jurisprudencia interna, o en una norma pronunciamientos de los órganos de protección, ya sea del sistema universal o interamericano. En este supuesto, la conducta que debe tener el Estado para reparar la violación puede ser señalada sin dificultad por el tribunal de garantías, de manera similar a como ocurre ante la violación de un derecho civil o político.

2. Que la obligación del Estado frente a un DESC no esté determinada; situación en la que también es posible que se exija directamente; pues como vimos en anteriores Unidades Didácticas, el Estado tiene niveles de obligación generales frente a todos los derechos: respetar, proteger, garantizar, satisfacer los derechos reconocidos. En este supuesto la conducta que debe exigirse al Estado resulta más compleja, por cuanto las autoridades judiciales que conozcan una acción de defensa con estas características, tendrán que tender un mayor activismo judicial, que se traduce en lo siguiente:

- ❖ La declaración del juez o tribunal de garantías de que la omisión estatal es una violación del derecho en cuestión. Esta declaración resultará de la comparación hecha entre las medidas que el Estado debió haber adoptado para la protección o satisfacción del derecho, y con las medidas efectivamente adoptadas por él, si es que estas existieran (en muchos casos el Estado puede no haber tomado ninguna medida para la satisfacción del DESC).
- ❖ El emplazamiento al Estado de realizar la conducta debida, una vez precisada ésta y, en ese marco, deben ser entendidas, por ejemplo, las sentencias exhortativas, es decir, aquellas que exhortan al Estado a realizar determinada actuación.

El Órgano Judicial puede señalar los poderes políticos del Estado enfatizando la conducta debida, puede declarar violado un DESC por omisión del Estado y proponer la conducta que debe realizar el Estado para satisfacer el derecho violado. Esto se ha evidenciado en casos concretos relacionados con derechos sensibles, como el derecho a la salud de personas en situación de inequidad.

El ejemplo paradigmático de este tipo de activismo puede encontrarse en las Sentencias Constitucionales vinculadas a los derechos a la salud y seguridad social, que son derechos

de naturaleza social, como la SSCC 411/2000-R, 433/2000-R, 530/2000-R, 687/2000-R, 1052/2001-R, 392/2002-R y 0026/2003-R, entre otras, en las que se concedió la tutela ante enfermedades crónicas o graves que deterioran paulatinamente el organismo de la persona en caso de no recibir tratamiento, cuyo costo es considerablemente elevado, por lo que, frente a ello, estas sentencias se basaron en el art. 158 de la CPE abrogada, que establecía que “El Estado tiene la obligación de defender el capital humano protegiendo la salud de la población; asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas; propenderá asimismo al mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar”.

Así, la SC 0026/2003-R de 8 de enero, pronunciada dentro de un recurso de amparo constitucional formulado por la Defensora del Pueblo alegando que COSSMIL, a través de su Comité de Prestaciones en Salud, y la Junta Superior de Decisiones, así como el Tribunal Supremo de Justicia Militar, declaró improcedente la solicitud de su representado para continuar con la entrega de medicamentos antiretrovirales, imprescindibles para el tratamiento del SIDA que padece, con lo que se está conculcando sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social. El Tribunal Constitucional declaró la procedencia del recurso, disponiendo que COSSMIL continúe otorgando las prestaciones que el representante del recurrente requiera, con cargo al Ministerio de Salud y Previsión Social.

Conforme a ello, si con la Constitución Política del Estado abrogado se generó un entendimiento favorable y garantista hacia los derechos a la salud y seguridad social, con la norma Fundamental actual, es posible tutelar de manera más amplia los derechos económicos, sociales y culturales. Si se revisa la jurisprudencia constitucional, se puede advertir, que la línea jurisprudencial vinculada a enfermedades crónicas o graves que deterioran paulatinamente el organismo se ha mantenido en el actual Tribunal Constitucional Plurinacional. Así, por ejemplo las SSCCPP 802/2013-L, 1551/2012, entre otras.

Pero además, el Tribunal Constitucional Plurinacional protegió indirectamente el derecho a la seguridad social en acciones de libertad, vinculando ese derecho con la vida, que se encuentra dentro del ámbito de protección de dicha acción, de conformidad al art. 125 de la CPE. En ese sentido, la SCP 0229/2015-S3 concedió la acción de libertad porque el Director del Hospital Viedma de Cochabamba suspendió el tratamiento de hemodiálisis que debía recibir el accionante, sin adoptar ninguna medida administrativa o de otra índole para garantizar la continuidad y calidad del mencionado servicio afectando sus derechos a la vida y salud.

Por otra parte, ante el despido de personas que padecen enfermedad renal crónica, que requieren de tratamiento continuo por la seguridad social, el Tribunal Constitucional entendió que es posible su tutela a través de la acción de libertad. Así, la SCP 122/2015-S1, entendió:

FJ. III.4. "... Justo Chambi Poma, necesita de manera permanente estar conectado por lo

menos tres veces a la semana a un equipo hemodiálico, para poder depurar y filtrar la sangre, usando la máquina con el fin de eliminar temporalmente los desechos peligrosos del cuerpo y de ese modo poder subsistir; extremos, que no se requieren en otro tipo de enfermedades, que tienen características diferentes y tratamientos ambulatorios de larga data de protocolos menos urgentes, que hacen la diferencia con el presente caso, puesto que de no obrar con prontitud como corresponde en menos de una semana podría perder la vida; por tal razón la acción de libertad al ser su tutela de carácter extraordinario, tiene como particularidad esencial el informalismo, por la ausencia de requisitos formales en su presentación; la inmediatez, por la urgencia en la protección de los derechos que resguarda; la sumariedad, por el trámite caracterizado por su celeridad; y, general porque no reconoce ningún tipo de privilegio, inmunidad o prerrogativa; ahora bien, queda claro que dada la necesidad, la urgencia y peligro de la vida del accionante, éste se vio motivado a recurrir a esta acción de defensa. Estos extremos no fueron considerados por los funcionarios públicos ahora demandados, quienes tenían la obligación de velar sobre todo por la salud y seguridad de Justo Chambi Poma, no solo por su condición de enfermo sino, porque ellos tenían conocimiento de que es poseedor de un carnet de discapacidad el cual le otorga inamovilidad funcionaria debido a su situación, hecho que le protege de manera directa tal como lo establecen los arts. 6 y 13 de la LPD, ya que su problema de salud se encuentra directamente vinculado con la vida, debido a que sin la diálisis que requiere de forma constante, él no tiene oportunidad de vivir; es así, que esta acción tutelar tiene como finalidad fundamental el lograr el respeto y vigencia de los derechos a la vida como primario, inherente al ser humano, cuya protección es prioritaria por constituir un bien jurídico esencial y fuente de los demás derechos, siendo que no puede estar supeditado a formalismos y menos intereses particulares o institucionales por ello su tutela puede ser solicitada de manera directa; asimismo, queda claro que por su discapacidad se encuentran en un estado de indefensión, en relación a los ahora demandados quienes menoscabaron sus derechos fundamentales.

Finalmente, cabe mencionar que también vía acción de cumplimiento es posible cuestionar la ineficiencia o el incumplimiento de obligaciones establecidas en la Constitución o en las Leyes. Así, la SCP 1564/2014 que fue pronunciada dentro de una acción de cumplimiento en la que el accionante denunció el incumplimiento del art. 38.II de la CPE y otras normas reglamentarias, por cuanto el Gobierno Municipal de Cochabamba suscribió un Convenio con el Complejo Hospitalario Viedma para la prestación de servicios de tercer nivel para la atención del SSPAM; sin embargo, dicho hospital se negó a dar continuidad a la mencionada prestación. El Tribunal Constitucional Plurinacional concedió la tutela solicitada, respecto al deber omitido contenido en lo dispuesto por el art. 38.II de la Constitución Política del Estado, que dispone que los servicios de salud serán prestados de forma ininterrumpida, por cuanto el Complejo Hospitalario Viedma, interrumpió el servicio de salud por trámites de carácter administrativo y financiero, sin tener en cuenta que no podían ser suspendidos, menos aún al tratarse de enfermedades terminales y de personas de la tercera edad, por el riesgo del bien jurídico más importante dentro del ámbito constitucional, como es la vida, de preferente atención, frente a actos administrativos o financieros.

3.3.2. Exigibilidad indirecta

Si debido a algunos obstáculos mencionados, resulta imposible la tutela judicial directa de un DESC, hay estrategias para protegerlo indirectamente, forzando su consideración en juicio a través de varias vías:

a) Principio de igualdad y prohibición de discriminación

El PIDESC, en su artículo 2.2 establece que los Estados tienen la obligación de garantizar el ejercicio sin discriminación de todos los derechos reconocidos en el Pacto. Por lo tanto, cuando un determinado derecho económico o social ha sido reconocido a determinadas personas o grupos en una determinada medida, sí es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiarios y la de quienes aún no lo son, controlando la legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho⁴¹.

Al respecto hay jurisprudencia relevante como la emanada del Comité de Derechos Humanos de la ONU en los casos *Zwaan de Vries vs. Países Bajos* y *Broeks vs. Países Bajos*⁴². Ambos se refirieron a las prestaciones por desempleo reconocidas en la legislación holandesa. La norma señalaba que la mujer casada que solicitaba las prestaciones tenía que comprobar que su salario había sido la principal fuente de ingreso de su familia, requerimiento que no se aplicaba al solicitante varón casado o soltero ni a la mujer soltera. En este caso el Comité estableció que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 26 del Pacto, toda legislación estatal que reconozca un DESC debe cumplir con el principio de igualdad y no discriminación.

b) Acceso a la justicia y debido proceso, o tutela judicial o administrativa

Los elementos componentes de la garantía amplia del debido proceso sirven y están siendo utilizados para la protección de los DESC. "...la riqueza de las implicaciones de este concepto instrumental permite el tratamiento de violaciones de DESC indirectamente, a partir de una crítica de las formas dispuestas por el Estado como condición de su afectación"⁴³.

De la misma manera, la herramienta procesal del debido proceso permite denunciar al Estado ante organismos internacionales por la omisión de brindar garantía de acceso a la justicia y a recursos judiciales y garantías procesales eficaces para la protección de los DESC. De esta manera se consiguió la protección de diversos DESC en los casos sostenidos ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos: *Salesi vs. Italia*⁴⁴ y *Schule-Zraggen vs. Suiza*⁴⁵.

Lo mismo se puede hacer en el sistema interamericano, toda vez que no existen obstáculos para

⁴¹ *Ibíd.*, pág. 169.

⁴² CIDH, Comunicaciones No. 182/1984 y 172/1984, respectivamente.

⁴³ Abramovich y Courtis, *óp. cit.*, 2002, pág. 179.

⁴⁴ CEDH, Caso *Salesi vs. Italia* (1993).

⁴⁵ CEDH, Caso *Schuler-Zraggen vs. Suiza* (1993).

la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana a los derechos económicos, sociales y culturales.



La experiencia del Tribunal Europeo en Derechos Humanos en este ámbito es amplísima, puesto que ha conocido numerosos casos de debido proceso relacionados con la garantía de los DESC⁴⁶46.

c) La protección de los DESC a través de los derechos civiles y políticos (DCP)

Dada la interdependencia de los DCP y los DESC, se puede afirmar que en muchos casos las violaciones de los primeros afectan también a los segundos y viceversa. Así, otro medio de justiciabilidad de los DESC consiste en emplear las vías de protección judicial existentes para los DCP, de modo que se protejan por conexitud los DESC. Con este fin se puede traducir la violación de un DESC en la violación de un DCP, cuya justiciabilidad no está puesta en duda. Por ejemplo, lo acontecido con el derecho a la salud por su conexitud con el derecho a la vida, o el derecho a la vivienda por su conexitud con la propiedad, o el derecho de asociación con los derechos sindicales⁴⁷. En este tipo de estrategias resulta importante incidir en las obligaciones positivas del Estado con los derechos vinculados.

d) La protección de los DESC débiles a través de la protección de otros DESC fuertes

Es el caso de los derechos de los consumidores y otros derechos que protegen el ambiente. Se pueden utilizar los mecanismos de tutela que existen para garantizar estos DESC fuertes, para garantizar otros DESC débiles; utilizar la amplia jurisprudencia que existe con relación a demandas colectivas en temas ambientales para otro tipo de demandas colectivas, de tipo laboral,

⁴⁶ TEDH, casos Kaufman vs. Bélgica (1972), Ruiz Mateos vs. España (1983), Deumeland (1986), Lombardo (1992), Submann vs. Alemania (1996), Buchholz vs. Alemania (1996) y Lobo Machado vs. Portugal (1996), entre muchos otros.

⁴⁷ Al respecto ver: CIDH, caso Baena Ricardo y otros-2001

por ejemplo.

EN CONCLUSIÓN

Es falso que las posibilidades de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales sean escasas. Hay un abanico de acciones posibles: las posibilidades, estrategias y herramientas procesales para la justiciabilidad y exigibilidad de los DESC son diversas. Con el tiempo, los canales para su protección van ganando especificidad y eficacia gracias a la labor conjunta de organismos internacionales, tribunales internacionales y nacionales, ONG, y el trabajo de doctrinarios y activistas.

Como vimos a lo largo de la unidad, actualmente para su justiciabilidad se pueden utilizar:

- ❖ Acciones constitucionales: Acción de amparo constitucional, acción de inconstitucionalidad acción popular, acción de cumplimiento.
- ❖ Acciones civiles de reparación de daños y perjuicios, etcétera.
- ❖ Planteamiento a instancias internacionales sobre la violación del Estado a su obligación de asegurar esta categoría de derechos sin discriminaciones ni de forma parcial.
- ❖ Entrelazar las obligaciones positivas y negativas a momento de exigir las.
- ❖ Denunciar al Estado, en el ámbito nacional o internacional, de incumplimiento de obligaciones negativas.
- ❖ Exigir en el ámbito nacional o internacional el cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas.
- ❖ Plantear la protección de los DESC, ligándolos íntimamente con DCP u otros derechos colectivos.
- ❖ Plantear la protección de los DESC débiles, ligándolos con los DESC más fuertes y consolidados en su protección
- ❖ Utilizar formas de control de cumplimiento de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado: indicadores del estado de cumplimiento de algunos DESC.

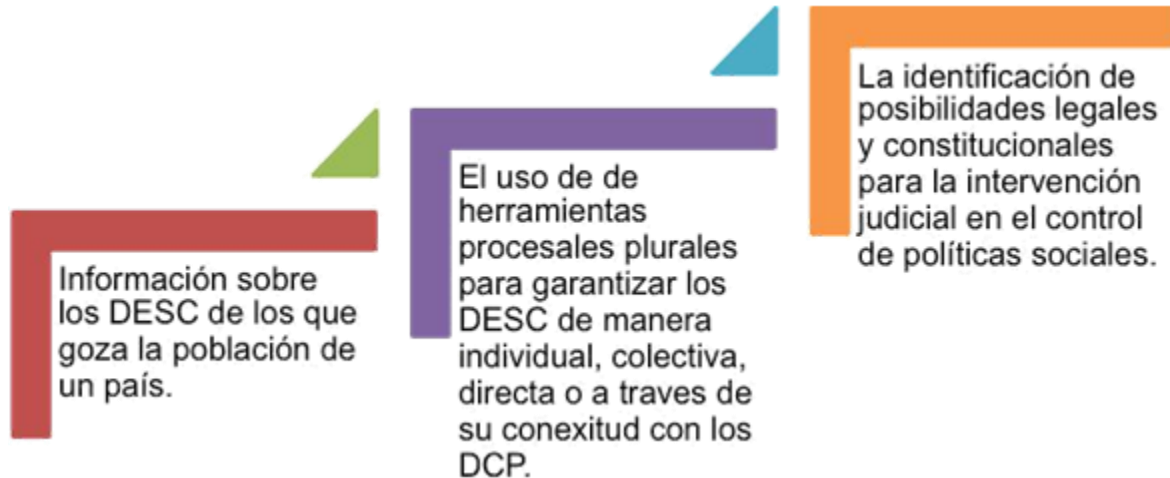
PARA REFLEXIONAR

La posibilidad de satisfacción de los DESC ha superado el marco del Estado y se situó en el plano de la cooperación internacional.

Una sentencia constitucional o una proveniente de algún organismo internacional que declare que el Estado está en mora o que ha incumplido con sus obligaciones en materia de DESC tienen un gran valor por sí mismas, pues son la mejor forma de comunicar a los poderes públicos de las necesidades de la agenda pública.

Una actuación adecuada del Poder Judicial puede ser un poderoso instrumento de definición de políticas públicas.

Cabe señalar algunos puntos de vital importancia para la justiciabilidad de los DESC:



La identificación de posibilidades legales y constitucionales para la intervención judicial en el control de políticas sociales, con el único objeto de garantizar la eficacia de los DESC reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de protección de derechos humanos, se justifica con el cambio de concepción de modelo de Estado en Bolivia y en varios países de la región.

Esta nueva concepción de Estado deja de lado los mínimos sociales del Estado social y democrático de derecho y postula un nuevo modelo de Estado más evolucionado y garantista, denominado Estado Constitucional, el cual se estructura, como vimos en la Unidad 1 del módulo, con una premisa esencial: “la eficacia máxima de los derechos”, en el marco del principio de no discriminación, del principio de rendición de cuentas, y de responsabilidad del Estado en caso de vulneración por acción u omisión de cualquier categoría de derechos.

Para que este modelo de Estado no quede en la retórica constitucional se requiere del ejercicio real de cinco elementos esenciales⁴⁸:

⁴⁸ Para ampliar, ver: Guastini, Ricardo. “La ‘Constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: *Neoconstitucionalismo (s)*. Ed. M. Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, págs. 62 y ss.



En un Estado de estas características el juez o autoridad administrativa, con el objeto de garantizar los DESC, debe:

a) Aplicar de manera directa y sin condicionante alguna los derechos reconocidos en la Constitución, y en virtud del bloque de constitucionalidad, aquellos reconocidos en los diversos tratados e instrumentos de protección de derechos humanos, aún en ausencia de normativa expresa.

b) En casos concretos y al amparo de criterios de interpretación de cualquier norma, medida o política a la luz de la Constitución, como pautas hermenéuticas destinadas a asegurar una eficacia máxima de los derechos fundamentales, el juez o autoridad administrativa tiene el deber de interpretar extensivamente el tenor literal de la normativa a ser aplicada.

c) Aplicar el principio de favorabilidad y la ponderación de derechos.

d) Aplicar los tratados e instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

IV. Bibliografía

Abramovich, Víctor; Curtis, Kristian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

Abramovich, Víctor; Curtis, Christian; Añón, M. J. *Derechos sociales, instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006.

Abramovich, Víctor; Curtis, Kristian. “La estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad”. En: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

Cançado, Antônio A. *La indivisibilidad de los Derechos humanos*: São Paulo: Del Rey, 2011.

Diokno, Jose W. “Human Rights Make Man Human” (5 de septiembre de 1981). En: Quane, Helen: *A Further Dimension to the Interdependence and Indivisibility of Human Rights? Recent Developments Concerning the Rights of Indigenous Peoples*, Harvard Human Rights Journal, vol. 25, 2012.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (5a. ed.). Madrid: Trotta, 2006.

Gaviria, Carlos. *Sentencias, herejías constitucionales*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002.

Guastini, Ricardo. “La ‘Constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En *Neoconstitucionalismo (s)*. Ed. M. Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, págs. 62 y ss.

Jensen, Steven L. B. “The Jamaica Broker-UN Diplomacy and the Breakthrough for International Human Rights, 1962–1968”. En: *Europe and the Americas: Transatlantic Approaches to Human Rights*. (Inédito).

OACNUDH. *Los derechos humanos en la administración de justicia: Un manual para jueces, fiscales y abogados*. Londres: International Bar Association, 2010.

Uprimny, Rodrigo. “Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: Promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas”. En: VV.AA., *El debate sobre la Constitución*. Bogotá: ILSA, 2002.